



LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Dr. Yoruanys Suárez Tejera
Lic. Aracelys León Rodríguez
Universidad de Cienfuegos, Cuba
yoruanys@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Yoruanys Suárez Tejera y Aracelys León Rodríguez (2017): "Los presupuestos teóricos de la legítima defensa como causa de justificación de la responsabilidad", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (marzo 2017). En línea:

<http://www.eumed.net/rev/caribe/2017/03/responsabilidad.html>

Resumen

La legítima defensa está dentro de los eximentes de la responsabilidad penal que regula el Código Penal cubano. En algunos casos es contradictorio teniendo en cuenta los rasgos que caracterizan sus elementos y en otros es omiso, por lo que su reconocimiento es casi nulo. Por ello es propósito de la investigación formular los presupuestos teóricos de la legítima defensa con vista a su correcta regulación en la legislación penal sustantiva cubana, como causa de justificación.

Palabras claves: eximente, legítima defensa, agresión y justificación.

Summary

Self-defence is among the absolatory of penal responsibility which regulate Cuban Penal Code. In some cases it is contradictory taking into account the characteristics of its elements and it ignores them in others, so it can be barely recognized. That's why the purpose of this research is to formulate theoretical assumptions of the self-defence to lead its correct regulation in the Cuban Penal Legislation as a cause of justification.

Key Words: absolatory, self-defence, aggression and justification.

1. Introducción

El delito es un fenómeno histórico - social. Consiste en una acción u omisión que además de ser antijurídica y punible, exige para su configuración la culpabilidad del sujeto (Mir Puig 1996: 611), pues en caso contrario la conducta cometida por el mismo no conlleva la imposición de una pena.

Luis manifiesta que no es antijurídica la acción que constituye un medio adecuado para alcanzar el fin de la convivencia que el Estado regula (Jiménez de Asúa 1958: 952). La antijuridicidad desde la perspectiva del Derecho Penal consiste en que el autor, al realizar una conducta tipificada en el ordenamiento jurídico, ha desobedecido una norma vigente y ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, la simple adecuación de una acción a un tipo legal, no comporta la afirmación de su carácter antijurídico. Es necesario además que se compruebe la ausencia de toda causa de justificación.

Las causas de justificación permiten declarar conforme al derecho actos que se adecuan a la descripción contenida en los tipos legales, estos son casos excepcionales en los cuales la norma no puede ser respetada (Maurach 1962: 611). El orden jurídico al permitir su infracción, admite

en consecuencia la lesión del bien jurídico protegido. Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera de lo cual no es racional reclamar responsabilidad alguna.

En consonancia con lo anterior, Renén considera que cuando existe una situación de conflicto entre dos intereses, uno ilegítimo y otro legítimo, la ley frente a ese conflicto considera preponderante el de quien se defiende. Por lo que, cuando para salvaguardar ese interés del peligro que le amenaza, se sacrifica el otro, la conducta que tal lesión produce se estima lícita apreciándose una eximente de la responsabilidad penal. El aludido autor alega que “por causa eximente de la responsabilidad penal se entiende aquella circunstancia anterior o concomitante al acto delictivo, que excluye la responsabilidad penal por ese acto, a pesar de que concurren todas las condiciones necesarias para configurar el delito” (Quirós 2005: 144-145). De acuerdo con ello, sólo podrá apreciarse cuando resulten debidamente comprobados los requisitos que exige la ley para su integración.

Entre las aludidas excepciones se encuentra la eximente de la legítima defensa como una causal de justificación. El artículo 21 apartado 2 del Código Penal cubano regula que obra en legítima defensa el que impide o repele una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada. Además deben concurrir los requisitos de necesidad objetiva de la defensa así como la proporcionalidad entre la agresión y la defensa de acuerdo con las circunstancias de la persona, medios, tiempo y lugar.

La Ley Penal sustantiva cubana al regular los elementos que la conforman, dígame la agresión y la defensa, en algunos casos es contradictoria en cuanto a los rasgos que los caracterizan de acuerdo a su naturaleza jurídica y en otros es omisa, por lo que su reconocimiento es casi nulo. Lo expresado trae como consecuencia que se vulnere el principio de seguridad jurídica, al ser uno de sus aspectos esenciales el que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo que implica para el Derecho Penal la existencia de una ley que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

La novedad de la investigación está dada porque a pesar de que los antecedentes de la legítima defensa datan de la antigüedad, su tratamiento es escaso y contradictorio. Se desconoce la existencia de trabajos en los cuales su objeto de análisis versa sobre el tema. Por ello la investigación constituye la primicia de un estudio anhelado por juristas desprovistos de un material de orientación y ayuda, cuya base teórica se sustenta en las concepciones más modernas existentes sobre el tema a las cuales se afilian las autoras.

En tanto su importancia radica en que se determinan los presupuestos teóricos de la legítima defensa como causa de justificación de la responsabilidad penal, contribuyendo a una correcta regulación e impartición de justicia. Dentro de los métodos de investigación empleados se encuentran el exegético, que facilita profundizar en su regulación; el jurídico comparado, que posibilita cotejar o contrastarla con diversos textos normativos. Además, se utilizan la inducción – deducción, el análisis – síntesis y el jurídico propositivo.

En la ciencia, en sentido general, el conocimiento actual cancela todo el conocimiento del pasado, ocupando su lugar. El conocimiento futuro convertirá en anticuado el conocimiento presente, el cual es por el momento el más aceptable (Valdez 2004: 43). Por ello en el artículo se concretan una serie de consideraciones que propiciarán un proceso de reflexión sobre la eximente objeto de análisis. En correspondencia con lo expresado se precisa como objetivo general: formular los presupuestos teóricos de la legítima defensa con vistas a su correcta regulación en la legislación penal sustantiva cubana como causa de justificación.

2. Puntos de coincidencia y de distinción entre la legítima defensa y otras causas eximentes de la responsabilidad penal.

Debido a los problemas existentes en cuanto a la regulación de la eximente de la legítima defensa en el Código Penal cubano, en ocasiones acontece que el órgano judicial la confunde con otras de las reguladas en la norma sustantiva penal. Establecer la distinción entre ellas es importante, toda vez que los efectos que se derivan de su reconocimiento son diferentes. Por ello en el presente epígrafe se examinan los puntos coincidentes y diferentes entre la eximente que se analiza y otras causas eximentes de la responsabilidad penal.

a) La distinción entre la legítima defensa y el miedo insuperable.

La justificación por legítima defensa se presupone, según Claus, siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual (Roxin 2001: 35). Por su parte Renén considera que para diferenciar las eximentes de legítima defensa y el miedo insuperable se aducen dos argumentos. Primero, quien obra en legítima defensa actúa legítimamente, mientras que quien obra bajo los efectos del miedo insuperable no actúa justificadamente, el hecho es ilícito, lo que sucede es que actúa de manera excusable. Segundo, en la legítima defensa no es preciso entrar en el estudio de la situación psíquica en que el autor se hallaba en el momento del hecho; mientras que en el miedo insuperable la exención se concede de acuerdo al especial estado psíquico en que el sujeto se hallaba (Quirós 2005: 243).

A pesar de lo anterior, la distinción principal de las eximentes del miedo insuperable y de legítima defensa radica en la dirección que puede tomar la actuación del sujeto que experimenta la emoción de miedo, por cuanto el temor a un peligro, en sí mismo, es común a una y otra. La eximente del miedo insuperable según Miguel Ángel no es apreciable cuando el sujeto, dominado por los impulsos del miedo, reacciona contra el causante del mismo (Olmedo 2011: 53). Además, le acomete con los medios que tiene a su alcance, porque en tal caso está fuera de duda que el miedo, lejos de ser insuperable, ha resultado vencido por el agente.

El sujeto, en tales condiciones, o sea, cuando reacciona contra quien constituye la fuente de donde proviene la situación de miedo podrá alegar, según las circunstancias que en la ejecución de los hechos hubieren concurrido, que se hallaba en situación de legítima defensa. Es erróneo estimar la concurrencia de la eximente del miedo insuperable cuando el sujeto dirige su actuación contra la propia fuente de la que emana el peligro; podrá ser apreciada, en su caso, la eximente de legítima defensa si concurren sus requisitos legales.

b) La distinción entre la legítima defensa y el estado de necesidad.

La teoría penal, según Renén, suele comprender, dentro de la esfera de la eximente de estado de necesidad, tanto la situación de necesidad creada por un acontecimiento natural como la que pueda provenir de la acción de un hombre. Con arreglo a este criterio, tanto obraría en estado de necesidad quien destruye la puerta de un local para escapar del peligro motivado por un voraz incendio desatado en el lugar como quien la destruye porque un tercero le obligara a ello, pues lo coloca en una situación de inminente ataque generador de un peligro. En ambos casos si existe un situación de peligro. Si esto fuera así, la eximente de la legítima defensa resultaría superflua, porque en todos los casos el peligro inminente determinante de esta eximente se identificaría con el peligro inminente del estado de necesidad (Quirós 2005: 513).

A juicio de las autoras, es posible establecer un principio de distinción entre la acción propiciada y la acción necesaria, fundada en la naturaleza de la fuente de peligro. En la acción propiciada la situación de necesidad proviene de una acción humana, de una amenaza, mientras que en el estado de necesidad se trata de un acontecimiento natural, de un hecho peligroso.

En la legítima defensa, la salvación cometiendo el delito que luego la ley justifica es impuesta; en el estado de necesidad, es necesaria, sin que para ello medie ningún imperativo extraño, humano. A pesar de ser indudable que en ambos puede hablarse con propiedad de la justificación objetiva del acto.

La diferencia se ha pretendido hallar en que el Derecho, para no castigar, en la legítima defensa se refiere solo al peligro de destrucción, deterioro o daño que restringe la libertad de voluntad del sujeto, y que no autoriza a exigirle el respeto al bien jurídico ajeno; mientras que en el estado de necesidad atiende a que el autor obra para salvar un bien jurídicamente prevaleciente, lo que no sólo lo coloca en la condición de un no insubordinado contra el orden jurídico, como lo es el coaccionado, sino, además, en la de un cooperador para su mantenimiento.

No obstante, esta solución es susceptible de dos importantes objeciones. La primera precisa que el estado de necesidad también exige, entre sus requisitos, que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado, lo cual limitaría la defensa del agredido, porque frente a un peligro de agresión a la vida, el agredido estaría obligado a responder de tal manera que no pusiera, a su vez, en peligro la vida del agresor. En tanto la segunda plantea que una de las diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa radica en que en aquel se produce la colisión entre

dos intereses jurídicos igualmente legítimos y quienes sostienen el punto de vista subjetivo están obligados a reconocer que en la legítima defensa uno de los intereses es ilegítimo.

c) La distinción entre la legítima defensa y el trastorno mental transitorio.

El Código Penal de Cuba regula en el artículo 20.1 la eximente del trastorno mental transitorio, causa con la que igualmente suele confundirse la legítima defensa. Ambas tienen un carácter subjetivo porque provienen del propio sujeto, de ahí su similitud.

En el trastorno mental existe el carácter subjetivo, alega Ernesto, lo que no existe es el sujeto psicológico que lo comete, es decir, faltan los elementos subjetivos del delito (Pérez 2005: 35). En otro sentido el que psicológicamente desorganizado comete un delito involuntariamente y sin prever su ocurrencia, su psiquismo desorganizado no procesa su conducta. Lo realizado no se determina por su personalidad habitual, es decir, en lo subjetivo es como si fuera otro, distinto del resto de las personas. Santiago es del criterio que quienes aluden a la imputabilidad se enfocan en el efecto perturbador de la lucidez mental que supone la vivencia del miedo (Mir, 1985: 25).

Pero, cuando se alude a la legítima defensa, no se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino de que se halla sometido a un peligro pero continúa con su capacidad cognoscitiva, es decir, comprende la naturaleza de sus actos. No habrá que tener en cuenta características patológicas del autor, como neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante circunstancias en que el hombre normal lo superaría, entraría en juego el trastorno mental transitorio, excluyente de la imputabilidad. La eximente de la legítima defensa ha de reservarse para los casos en los que el hombre al actuar contra el mal amenazante para evitar una supuesta lesión no pueda respetar la norma.

3. Rasgos que caracterizan los elementos que conforman la eximente de la legítima defensa.

3.1 La ilegitimidad de la agresión

Según se ha manifestado, en concordancia con lo establecido en la norma sustantiva cubana, en cuanto a la ilicitud de la agresión que provoca la defensa, en primera instancia se debe entender como ilegítima, es decir, sin derecho, no autorizada por ninguna norma jurídica, y que atente contra un interés socialmente protegido. De lo anterior se deriva el supuesto de que la defensa no puede surgir de una agresión que procede del ejercicio legítimo de un derecho o del cumplimiento de un deber jurídico, o en general, de una condición que en derecho se valora positivamente, ya que en dicho caso su injerencia en los bienes no debe tenerse por ilegítima, sino legítima, pues resultaría irreconocible como eximente.

Luis coincide con lo anterior. Para dicho autor el ataque amenazante consiste en la exigencia, de su ilicitud. Destaca que no puede considerarse un ataque frente al que quepa reaccionar en legítima defensa, aquel que provenga de la actuación legal de los órganos (Jiménez de Asúa 1977: 188).

Por su parte Mariano considera que no es necesario la alusión al término sino que coincide con que la agresión lleva envuelta en sí misma la ilegitimidad, esto es lo de ser opuesto o contraria a la ley (Jiménez: 263). Siendo criterio de las autoras que lo trascendental es la valoración de la índole de la agresión, pues si bien todo acometimiento puede ser ilegítimo no parece ser cualquier intervención o injerencia en el círculo de los derechos de otros, toda vez que la ilegitimidad del ataque depende de la intervención y no de la persona que la ejecuta.

El agredido no está jurídicamente obligado a soportar el menoscabo que significa el acto de aquel. Según sentencias Nos. 18 de 22 de febrero de 1963, 109 de 17 de agosto de 1963, 192 de 15 de septiembre de 1959, 233 de 7 de octubre de 1959 y 388 de 11 de noviembre de 1966 dictadas por el Tribunal Supremo Popular de Cuba, la ilegitimidad de la agresión es, por lo tanto, la regla y la falta de derecho del agresor no depende de que haya querido el menoscabo para el atacado, sino de que el Derecho lo autorice a defenderse frente al intento de causárselo. Por lo demás, por qué se le ha de exigir al sujeto enfrentar un peligro, aún y cuando éste sea legítimo, si representa para él una amenaza. El principio de autoprotección le concede el

derecho de salvaguardarse y en consecuencia no le obliga a someterse a situaciones que le sean adversas. Lo que sucede es que se le estaría justificando actuar contrario a la administración y la jurisdicción con el pretexto de que se está autodefendiendo y el Estado no lo puede permitir, pues una de sus funciones es la de mantener el orden social. Motivo por el que debe quedar descartado. No se puede optar en estos casos por un derecho individual cuando se ven afectados derechos colectivos. De ahí que a pesar de lo expresado, debe mantenerse el aludido rasgo.

3.2 La actualidad o inminencia de la agresión

En cuanto a la agresión que conlleva a que el sujeto obre en defensa de su persona o derecho o de un tercero, según el Código Penal cubano ha de ser inminente o actual. No tiene tal carácter la que se dirija a peligros ya pasados, pues la acción tiene que ser en defensa de un bien jurídico y no para vengar una ofensa anterior.

No obstante lo expresado Renén considera que podría valorarse dos opciones. La primera es la que estipula que será inminente el ataque que, si bien aún no se ha materializado en daño a un bien jurídico, su proximidad resulta tan inmediata que constituye una evidente y real amenaza a dicho bien jurídico. En tanto para la segunda, por agresión actual se entiende el ataque que de forma inmediata tiene lugar o que todavía continúa, a un interés o a un derecho jurídicamente protegido. Agresión actual es aquella que se ha iniciado y no ha cesado. La eximente de la legítima defensa no puede ampararse en aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados (Quirós 2005: 218).

Por su parte Fernando considera que la conducta defensiva realizada una vez consumada la agresión, ya no cabe concebirla como legítima defensa sino como mera venganza retributiva. Al estimarse suficiente la inminencia de la agresión, esto es, que haya indicios suficientemente claros de su proximidad y que una mayor espera frustrase las posibilidades de una defensa, no es necesario que haya tentativa. Basta con que la agresión esté pronta a desencadenarse, para que exista una agresión inminente desde que se está ante los actos preparatorios próximos a la tentativa o los actos que se encuentren vinculados directamente con ella, pero que no es propiamente una tentativa (Díaz 1971: 59).

Al respecto Carlos refiere que la defensa supone que un bien jurídico esté en peligro, en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados preparatorios, a condición que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio (Fontán 1966: 143). De igual modo Reinhart sobre el tema expresa que el último requisito que ha de ser exigido, es la actualidad de la agresión, en tanto considera que la esencia y fin de la legítima defensa sirve para aclarar el concepto, pues la legítima defensa no pretende evitar hechos punibles, sino proteger bienes jurídicos (Maurach 1962:38).

Según opinión de las autoras, si la finalidad de la legítima defensa es la de evitar que se materialice la lesión al bien jurídico en peligro, resulta entonces, que no se hace necesario aguardar a que el ataque se produzca para quedar jurídicamente atribuido de la facultad de repelerlo. Por lo mismo que se dice que la legítima defensa es lícita mientras el peligro subsista, resulta correcto que no puede reconocerse esta eximente en caso de agresión pasada. La legítima defensa cesa cuando el peligro deja de ser actual y por eso no cabe apreciar que una persona obra en defensa propia, cuando ya no corría peligro.

3.2 La falta de provocación de la agresión

Exige el Código Penal de Cuba para apreciar la legítima defensa, que la agresión no haya sido provocada por el sujeto que después se defiende. De ello se deduce un problema al no referirse el artículo 21.2 del Código Penal vigente ni a la suficiencia ni a otra circunstancia que limite conceptualmente esa provocación. Por lo que resulta necesario exigir determinadas condiciones objetivas y subjetivas, a fin de alcanzar la suficiencia requerida y evitar las injusticias en los casos de provocaciones insignificantes.

Según Ricardo al simple provocador de la agresión, no se le niega el derecho de defenderse. El provocar tiene dos significados, uno desde el punto de vista objetivo, en el que puede provocar la agresión cualquier acto inocente del que luego se defiende (Núñez 1999: 7). Un gesto, una

palabra o un proceder carente de toda intencionalidad o imprudencia, puede motivar la reacción de un malvado, que es la verdadera causa de la agresión.

El otro punto de vista es aquel en el que se considera que la provocación como conducta que perjudica a su autor, por lo que debe tener, necesariamente, un significado subjetivo. Desde esta perspectiva, la provocación exige la falta de inocencia del autor (Núñez 1999: 367). Sin embargo, para volver ilegítima la defensa, no basta que se haya provocado la agresión en el doble sentido objetivo y subjetivo, es necesario además que esa provocación sea suficiente.

Antonio manifiesta que en realidad la provocación suficiente equivale a agresión ilegítima. Quien provoca crea en realidad un falso estado de necesidad (Camaño s/f: 65 y 67). Gramaticalmente, provocar significa excitar, incitar, inducir a uno con palabras para que se enoje, en tanto como especie, significa incitar a otro a que ejecute la agresión. Por consiguiente, quien se vea en la necesidad de defenderse no debe de haber dado, por su parte, causa al ataque sufrido, incitando o provocando al agresor.

Mariano expresa que determinar cuándo el acto indebido o ilícito del agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ello, sólo puede resolverse, como indica Jiménez de Asúa, mediante un proceso empírico - cultural de la concreta situación, pues sólo de esta forma se puede resolver si el acto indebido o ilícito del que después resultó agredido dio tan sólo ocasión a la agresión por su torpeza o culpa o, por el contrario, representó una verdadera y descarada provocación (Jiménez 1952: 227).

Enrique considera que es suficiente la provocación, que atendiendo al orden con que suceden las cosas, excite o influya en la agresión y que extinga o atenúe la responsabilidad del acometimiento y la culpabilidad de la agresión (Bacigualupo 1996: 235). Sobre la provocación suficiente, Vincenzo aduce que no toda provocación debe invalidar la repulsa legítima y habla de una relación de proporción entre la causa y el efecto (Manzini 1949: 67). De lo anterior se colige que el problema de la provocación suficiente, es un problema inmanente al de la proporcionalidad en la defensa. Una injuria no es constitutiva de una provocación suficiente, de tal suerte que pueda ser repelida con un disparo de arma de fuego.

Renén considera que si provocar en el orden gramatical consiste en excitar, incitar o estimular para que otro se enoje, el acto, gesto o expresión provocativo es el que excita, incita o estimula a realizar lo que, sin el acto, gesto o expresión no se hubiera realizado (Quirós 2005: 226). Por lo que es opinión de las autoras que no solo excluye la legítima defensa aquella provocación que disculpa, sino que enteramente justifica la reacción del provocado.

Por lo que se puede concluir que la provocación ha de ser suficiente, pues es esta la que extingue o atenúa la culpabilidad de la agresión. Esta no será suficiente cuando no explica de una manera cumplida y satisfactoria el ataque mismo. Es decir, basta que el que se ve obligado a defenderse no haya empezado por ser un injusto agresor, en cuyo caso su defensa no aparecería como justa, habiendo motivado el ataque. Al respecto Orlando coincide con Cuello Calón al manifestar que es preciso que el defensor hay dado lugar a la agresión con su conducta injusta, excitando o provocando al agresor (Gómez 1991: 593).

Por su parte Ricardo considera que según el orden en que común y naturalmente se produzcan los hechos, la provocación debe ordinariamente determinar una agresión (Núñez 1991: 360). En tanto Antonio considera que para que la provocación sea suficiente, dicha suficiencia debe medirse en orden a la proporción y a la oportunidad (Camaño s/f: 67). Solo es fundamento y razón capaz de excluir la aplicación de la legítima defensa, la provocación intencional. Es decir, concurre la provocación solo cuando el sujeto ha actuado con el fin o el propósito manifiesto, de causar esa reacción. Deliberadamente la provocación tiene que haberse dirigido a producir ese efecto.

Según opinión de las autoras por todo lo antes expuesto, el acto, gesto o expresión provocativo es suficiente cuando es bastante, relevante, no insignificante ni leve sino grave, capaz de lograr una excitación que induzca al agresor a efectuar deliberadamente el ataque o sea dirigido a producir ese efecto.

3.4 La necesidad de la defensa

El tema de la necesidad en la defensa de igual modo es suscitado. Si esta condición no ocurre podrá haber defensa contra el agresor, pero esa defensa no eximirá de responsabilidad penal a quien la lleve a cabo. La necesidad objetiva en esta causa de justificación es la clave para resolver el problema de los bienes defendibles.

Carlos dice que la necesidad, que es la base de la defensa, es también la medida de su extensión (Fontán 1966: 142). Por su parte Maggiore maneja la necesidad como oportunidad en el tiempo, en el entendido de que la agresión no ha de ser pasada, ni proseguir después de que el agresor esté reducido a la impotencia (Maggiore 1954: 54).

Fernando considera que la defensa debe ser, ante todo, necesaria, pues el orden social no puede tolerar el crimen cometido para evitar la agresión, sino cuando es imposible evitarlo de otra forma (Díaz 1971: 66-67). En tanto para Orlando todos los bienes son defendibles, aunque debe exigirse la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido (Gómez 1991: 283).

La necesidad, más que un simple requisito de la defensa, sin el cual esta subsistiría en sí, aunque excesiva, es una condición de la que no se puede prescindir, toda vez que es una *conditio sine qua non*. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habrá legítima defensa sin necesidad. Tiene que constituir una situación objetiva, lo que no significa que el sujeto crea que tiene que defenderse, sino que por todo el curso de los acontecimientos y por todo el conjunto de las particulares circunstancias existentes en el momento del hecho, ese sujeto está obligado a defenderse según sentencias Nos. 53 de 4 de mayo de 1962, 9 de 7 de febrero de 1963, 256 de 30 de abril de 1959 y 418 de 12 de septiembre de 1968, dictadas por el Tribunal Supremo Popular de Cuba. En opinión de las autoras la coincidencia en el tiempo resulta imprescindible al concepto de necesidad.

La necesidad es todo esto: supone oportunidad del empleo de la defensa, imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que amenaza, a la entidad del bien jurídico que violentamente se ampara y a la figura típica que surge de la reacción.

3.5 La proporcionalidad entre la agresión y la defensa

El Código Penal de Cuba exige igualmente que exista proporcionalidad entre la agresión y la defensa. Por tanto, el juez tiene que compararlos, lo cual no es siempre fácil de compatibilizar. Además, es irracional que se le pueda exigir a quien se encuentra en un estado de peligro y ante el cual no puede dominar ni oponerse, que calcule el alcance de sus acciones, a pesar de que no ha perdido su capacidad cognoscitiva.

Exige la proporcionalidad entre la agresión y la defensa determinadas en cada caso con criterios razonables, según las circunstancias de personas, medio, tiempo y lugar, el artículo 21.2 inciso b del Código Penal cubano. En el mismo no se hace alusión como en legislaciones foráneas a los a los métodos utilizados por el agresor y el agredido. Al respecto Francisco manifiesta que es unívoco pensar, obligar a la víctima a utilizar un objeto análogo al que emplea el agresor, si en el caso concreto no le es alcanzable (Pavón 1978: 25).

Renén considera que el primer punto que debe deducirse en el tema es el de si la proporcionalidad ha de ser subjetiva o sea si debe medirse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto que se defiende u objetiva en el sentido de que debe medirse con arreglo a las circunstancias concurrente en el hecho (Quirós 2005: 246-247). Vincenzo considera que ha de atenderse a las circunstancias propias del agredido y a sus fuerzas físicas en referencia a las del ataque. La proporción entre la defensa y la ofensa más que a los medios usados por el agredido con relación a los que empleó el agresor, debe referirse a la cualidad de los bienes lesionados y a las del bien que se amenaza (Manzini 1949: 49).

El criterio objetivo planteado en la teoría penal es aquel que sostiene que para llevar a cabo la determinación de la proporcionalidad no ha de ser el criterio del propio sujeto en apuro el que se debe tener en cuenta, sino elevado a norma generalizada, la apreciación de un hombre razonable en el momento de ser atacado. Ello permite que no se alcance una fórmula subjetiva de la proporcionalidad, sino un método susceptible de individualización de ella. No es el criterio

subjetivo, el que ha de servir para afirmar que subjetivamente el agredido estaba en estado de completa legítima defensa. Ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por ataque, medido en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio del hombre razonable que en ese instante y circunstancias resulta agredido, para que concurra la eximente de la legítima defensa.

En cuanto al carácter absoluto de la proporcionalidad entre la agresión y la defensa en la teoría penal se considera que significa identidad o equivalencia absoluta entre la agresión y la defensa o relativa. Renén considera que la proporcionalidad entre la agresión y la defensa no significa identidad, equivalencia o igualdad absoluta, matemática entre los medios empleados para la agresión y los utilizados por la defensa, sino que se trata de un juicio valorativo efectuado por el tribunal con vistas a los antecedentes y circunstancias del hecho y de las personas que intervienen en el hecho (Quirós 2005: 247). El tribunal conforme a lo expresado, deberá juzgar el caso según el momento de la acción y con criterio empírico, la agresión y la defensa que no siempre resultaran suficientemente equivalentes, adoptando el criterio que corresponda a una opción razonable es decir, prescindiendo del criterio de quien se defendió.

Es criterio de las autoras que la ponderación del ataque y la defensa deberá llevarse a cabo mediante la comparación en cada caso particular, es decir atendiendo a la situación fáctica de cada suceso según la fuerza, la peligrosidad del agresor, sus características, así como la naturaleza, importancia, intensidad, seriedad y gravedad del peligro corrido y los actos, anteriores y concomitantes que hayan mediado en la ejecución del hecho. Toda vez que ante la potencialidad ofensiva desplegada por el agresor y las posibilidades defensivas de la víctima, el mismo medio puede o no ser razonablemente necesario.

En cuanto a la proporcionalidad Eugenio ha expresado de modo aceptado que los medios con los cuales la defensa se ejerce y en los que la defensa consiste, pueden ser variadísimos. La multiplicidad de los medios es correlativa a la amplitud de los derechos que se defienden. Pero los medios deben converger todos al fin esencial de repeler la inminente ofensa (Florian 1929: 30). Entre el acto defensivo ejecutado y este fin debe existir una relación de proporción.

3.6 Defensa de un tercero

Juan al hacer precisiones sobre la legítima defensa de terceros señala que es tradicional que las leyes reconozcan no solamente el principio de autodefensa, sino que, dada una situación de peligro, determinada por una agresión injusta autoricen a cualquiera a intervenir en apoyo del necesitado. Considera que las condiciones de esta defensa son en general las mismas de la defensa propia (Ramos 1943: 349). Criterio que es compartido por José al referir que la legítima defensa comprende tanto un derecho propio como un derecho ajeno. Considera que lo exige así su naturaleza intrínseca, el triunfo del derecho sobre la injusticia y el estímulo del deber moral de asistencia (Peco 1942: 116).

Se suscitan algunos problemas en relación a este tema en el artículo 21.3 de la antes mencionada Ley. Para la solución de esos problemas debe tenerse en cuenta que no se especifica en el mismo quién debe ser el autor de la provocación, pues solo excluye al tercero defensor y autoriza que el acometido pueda ser el provocador. Sin embargo es exigencia del propio precepto para que se admita la defensa llevada a cabo por un tercero, que la agresión sea ilegítima, siendo este requisito, común a la legítima defensa propia y la de un tercero. De lo que se deduce que si hay provocación, la agresión determinada por ella es legítima, siempre que sea proporcionalmente razonable a la provocación. Es por ello que en los casos de participación, la legítima defensa de terceros no puede darse, no solo porque ha habido participación en la provocación, sino porque ha habido provocación.

En opinión las autoras no debe regularse por separado la legítima defensa de un tercero de la propia, sino que los requisitos exigidos han de ser comunes a ambas sin diferenciación alguna. Puesto que de lo contrario, dos personas, se podrían poner de acuerdo dolosamente, para que mientras una provoca al agresor, la otra o sea el tercero que viene en su defensa, pueda causar un daño, al supuesto agresor, so pretexto de actuar en legítima defensa del tercero, cuando verdaderamente el móvil de este es de venganza, resentimiento u otro motivo ilícito.

4. Presupuestos teóricos para la correcta regulación de la eximente de la legítima defensa en la normativa penal cubana.

Se concibe un conjunto de presupuestos, que en su integración pueden constituir la base de una futura metodología, a ser empleada al instante de realizarle una modificación a la Ley penal sustantiva de la eximente de la legítima defensa. Para la conformación de los presupuestos se utiliza una directriz teórica que se encuentra orientada a la obtención de criterios doctrinales en materia de la eximente de la legítima defensa que le permitan aplicar correctamente la norma penal.

Primer grupo: Presupuestos que conforman el marco conceptual, integrado por la definición de la eximente como soporte básico y los elementos que la integran.

a) La eximente se configura en los siguientes términos: obra en legítima defensa de su persona, derechos y de un tercero, el que repele un peligro real y actual inherente a una agresión inminente, ilegítima y no provocada de manera suficiente. Además debe existir una coincidencia en el tiempo entre la agresión inminente y la defensa que se presenta como necesaria. De igual modo se precisa proporcionalidad entre ambas, atendiendo a la situación fáctica de cada suceso según la fuerza, peligrosidad del agresor, sus características, naturaleza, importancia, intensidad, seriedad y gravedad del peligro corrido, y los actos, anteriores y concomitantes que hayan mediado en la ejecución del hecho.

Asimismo obra en legítima defensa el que impide o repele en forma adecuada un peligro real o actual de daño inherente a una agresión inminente contra la paz pública, los bienes o intereses sociales o del Estado. Además la existencia de una voluntad de defensa a ha ser el único móvil que induzca al defensor y no la venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

b) La agresión consiste en el comportamiento interaccional o acto de fuerza entre un agresor y una víctima proyectado a colocar en peligro de lesión a intereses jurídicamente protegidos.

c) La defensa es la conducta que realiza el agredido como reacción ante el peligro real y actual inherente a una agresión inminente. Responde a un estado de necesidad, de preservar un bien y como tal tiene su razón de ser en el instinto de conservación que es immanente al ser humano.

Segundo grupo: Presupuestos relativos a los rasgos que deben caracterizar a la agresión como elemento integrante de la eximente.

a) La agresión tiene que ser ilegítima. No puede considerarse agresión frente a la que quepa reaccionar en legítima defensa, aquella que provenga de la actuación legal de los órganos.

b) La agresión tiene que ser inminente como consecuencia de un peligro actual y real. El peligro a pesar de ser la periferia de la agresión, puede acontecer que cuando es actual o real, subsista en forma autónoma, antes de que la agresión haya comenzado a mostrarse o se haya materializado.

c) La provocación suficiente. El acto, gesto o expresión provocativo es suficiente cuando es bastante, relevante, no insignificante ni leve sino grave, capaz de lograr una excitación que induzca al agresor a efectuar deliberadamente el ataque o sea dirigido a producir ese efecto.

Tercer grupo: Presupuestos relativos a los rasgos que deben caracterizar a la defensa como elemento de la eximente de la legítima defensa.

a) La necesidad tiene que constituir una situación objetiva. Esto no significa que el sujeto crea que tiene que defenderse, sino que por todo el curso de los acontecimientos y por todo el conjunto de las particulares circunstancias existentes en el momento del hecho, ese sujeto está obligado a defenderse. Se requiere de una coincidencia en el tiempo entre la agresión inminente y la defensa presentada como necesaria, es decir, la reacción no puede tener lugar después de pasado el peligro.

b) La proporcionalidad entre la agresión inminente y la defensa, deberá llevarse a cabo atendiendo a la situación fáctica de cada suceso según la fuerza, peligrosidad del agresor, sus características, naturaleza, importancia, intensidad, seriedad y gravedad del peligro corrido, y los actos, anteriores y concomitantes, que hayan mediado en la ejecución del hecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La agresión es el comportamiento interaccional o acto de fuerza entre un agresor o una víctima encaminado a colocar en peligro de lesión a bienes jurídicamente protegidos. Se define al peligro como el estado en el cual, de acuerdo con las circunstancias que concurren en un momento y lugar determinado, le confieren a esa situación capacidad suficiente para causar un daño o perjuicio. Se necesita ánimo de defensa del mismo modo que se requiere voluntad de ataque.

SEGUNDA: La eximente de la legítima defensa como causa de justificación, funda su legitimidad en que se salvaguarda el interés preponderante. Existe una colisión de intereses en el que se hace prevalecer el bien jurídico protegido mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante. La persona que obra en situación de peligro actúa bajo el instinto de conservación y supervivencia, que es el núcleo de la defensa propia; por lo que esa actuación se encuentra validada por el interés preponderante como causa subyacente. De ahí, que los elementos esenciales de esta son: la defensa y la agresión inminente causante de la primera.

TERCERA: Los presupuestos teóricos que han de concurrir para la configuración de la eximente de la legítima defensa son: la existencia de un peligro real y actual inherente a una agresión inminente, ilegítima y no provocada de manera suficiente. Además se precisa una coincidencia en el tiempo entre la agresión inminente y la defensa que se presenta como necesaria, así como una proporcionalidad entre ambas, atendiendo a la situación fáctica de cada suceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Colombia: Temis S.A.
- Camaño, A. (s/f). *Legítima Defensa*, segunda edición. Montevideo: Barreiro y Ramos, S.A.
- Díaz, F. (1971). *La legítima Defensa*. Barcelona: BOSCH.
- Florian, E. (1929). *Derecho Penal, parte general*, tomo I. Imprenta y Librería “La Propagandista”. **Falta el país (Buscar en Internet)**
- Fontán, C. (1966). *Tratado del Derecho Penal*, tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gómez, O. (1991). *Legítima Defensa*. Bogotá: Temis.
- Jiménez de Asúa, L. (1958) *Tratado de Derecho Penal*, tomo III. Buenos Aires: Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (1977) *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV. Buenos Aires: Losada.
- Jiménez, M. (1952). *La Antijuridicidad*. México: Imprenta Universitaria.
- Maggiore, G. (1954). *Derecho Penal*, vol. I. Bogotá: Temis.
- Manzini, V. (1949). *Tratado de Derecho Penal*, tomo III. Buenos Aires.
- Maurach, R. (1962) *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel
- Miguel OLMEDO, *El miedo insuperable*, 5 de noviembre de 2011. <http://esunmomento.es/contenido.php?record>
- Mir Puig, S. (1996) *Derecho Penal, parte general*. Barcelona: TECFOTO.
- MIR, S. (1985). *Derecho Penal, parte general*. Barcelona. **Buscar la editorial Internet**
- Núñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires.
- Pavón, F. (1978). *Manual de Derecho Penal Mexicano*. México: Porrúa.
- Peco, J. (1942). *Proyecto del Código Penal Argentino*. La Plata.
- Pérez, E. (2005). *Manual de Psiquiatría Forense*. La Habana: ONBC.
- Quirós, R. (2005). *Manual de Derecho Penal, tomo III*. La Habana: Félix Varela.
- Ramos, J. (1943). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Talleres Ariel A.Berro.
- Roxin, C. (1992). *Los últimos desarrollos de la Política Criminal, en Política Criminal y estructura del delito*. Barcelona **Buscar la editorial Internet**
- Valdez, C. (2004). *Problemas Sociales de la Ciencia y la Tecnología*. La Habana: Félix Varela.