



Informe de Investigación

Título: La legítima defensa y el estado de necesidad

Subtítulo: -

Rama del Derecho: Derecho penal	Descriptor: Derecho penal general
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: estado de necesidad, legítima defensa, defensa putativa
Fuentes: Jurisprudencia, Doctrina, normativa	Fecha de elaboración: 07-2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina.....	1
Concepto. Diferencias con la legítima defensa y con la coacción.	1
Naturaleza jurídica.....	4
REQUISITOS.....	7
EL CONCEPTO DE DEFENSA PUTATIVA. PROPUESTA DE DEFINICIÓN.....	7
3 Normativa.....	12
LEY NACIONAL DE EMERGENCIAS Y PREVENCIÓN DEL RIESGO.....	12
CÓDIGO PENAL.....	12
4 Jurisprudencia.....	13
Resolución : 2009-0562	13
Res: 2001-01369.....	13
Res: 2007-1082	23
Res: 2006-00477	26
Res: 2005-00838	28

1 Resumen

En este informe se desarrolla el concepto de la legítima defensa y del estado de necesidad. Sus diferencias y requisitos de configuración. Igualmente, se desarrolla con Requejo, el concepto de la defensa putativa como variación o redefinición de la legítima defensa. Se aporta la normativa que da forma a estas figuras y la jurisprudencia que evidencia su puesta en práctica y configuración en la realidad.

2 Doctrina

[Díaz Palos]¹

Concepto. Diferencias con la legítima defensa y con la coacción.

La ley no define propiamente el estado de necesidad, lo da por supuesto, según veremos al estudiar el texto penal español. Es, pues, de gran importancia una investigación propedéutica del concepto que nos permita comprender su alcance legal.

Los autores acostumbran a insertar como eminentemente comprensiva la definición de Franz VON LISZT: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos". Destaquemos en este concepto aquellas palabras que creemos constituyen la nota esencial, a saber, la inexcusabilidad del remedio, la inevitabilidad del mal, la cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. En efecto, el estado de necesidad viene a ser equivalente de urgencia, apuro, peligro inminente y, en algún modo, el acto necesario está emparentado con la fatalidad — *fatum* — y la fortuidad — *casus* — . La diferencia está en la diversa intensidad cogente. En la necesidad, la voluntad aun puede escoger, pero la premura psicológica es tan angustiosa que queda reducida a una simple alternativa (CHIRONI). No es extraño, pues, que los griegos juzgaran obra de la fatalidad y no de la voluntad humana los actos producidos por una necesidad cruel y que el célebre aforismo "la necesidad no tiene ley" (*necessitas non habet legem*) goce de una venerable antigüedad y se haya expresado en todos los idiomas. Fueron los autores franceses quienes, para significar la situación coacta del necesitado, manejaron el concepto *contrainte moral*, pero acabó por imponerse la expresión germánica *nothstand*. Es la que prevalece en Italia (*stato di necessità*) y en España (estado de necesidad) al importarse el tecnicismo alemán. En estas precisiones terminológicas se ve ya palpar el proceso evolutivo que ha sufrido esta causa de exención de la responsabilidad. Sin adelantar su fundamento y naturaleza jurídica, que serán objeto de estudio en posterior apartado, nótese el objetivismo que apareja la acuñada expresión "estado de necesidad", acorde con su prevalente y fundamental carácter de causa de justificación que, por fin, le ha sido reconocido. No obstante, el *substrakuwi* de premura psicológica en que el sujeto necesitado se encuentra, agudizado en los casos más extremos de la exigente, vuelve a retornar a un primer plano cuando se habla del estado necesario como causa de inculpabilidad fundada en la no exigibilidad de otra conducta. El doble signo subjetivo y objetivo preside, en definitiva, el estado de necesidad y penetra toda su naturaleza jurídica. La tan anhelada consideración unitarista no se ha logrado, por tanto, a diferencia de la legítima defensa, que parece haber llegado al cénit de su perfección técnica y acabamiento jurídico. Con todo, el progreso del estado necesario es evidente si se tienen en cuenta la multiplicidad de casos que caben en su seno. Su riguroso encuadramiento en una de las dos vertientes (justificación, inculpabilidad) representa un gran avance, puesto que todas las consecuencias jurídicas de uno u otro enclave fluyen de modo natural y claro. Desde el simple hurto de un panecillo para no morir de hambre al caso de los naufragos que se disputan la *tabula unius capax* (o tabla de Carneades, porque ya contempló el caso este sofista griego), la variedad de situaciones fácticas, presididas por la necesidad, es inagotable.

Esta naturaleza híbrida del *status necessitatū* exige su neta separación de la justificante por excelencia, la legítima defensa. El parentesco entre ambas eximentes lo puso de relieve CARRARAI al comprender a las dos dentro de la coacción, la cual vendría a asumir doble forma: acción (correspondiente al estado de necesidad) y reacción (característica de la legítima defensa). La fórmula fue retomada por MORIAUD para decir que en el estado necesario hay un simple ataque y en la legítima defensa un contraataque, dándose así a entender cuál es la verdadera distinción, implícita en aquellas denominaciones la legitimidad del que se defiende, en contraste con la ilicitud del que agrede; en cambio, en el estado de necesidad, la lucha tiene lugar entre dos intereses legítimos, uno de los cuales sucumbe para que el otro pueda salvarse, pues, hay esa paridad jurídica entre ambos menes, el Derecho ha de tomar en la pugna una posición. No puede esperar a que haya un vencedor para consagrar su triunfo por el hecho



mismo del vencimiento como quería STAMMLER (5). Este criterio, con razón fue tachado de repugnante por ALIMENA (6). Podemos, por tanto, concluir, que en la reacción defensiva se afirma el derecho por el defensor de cuya órbita se excluye automáticamente el agresor; en tanto que en el ataque necesario se produce un conflicto entre bienes protegidos por el Derecho, se produce una verdadera colisión de normas protectoras, por ejemplo, la que protege la vida del hambriento frente a la que cubre el patrimonio atacado por el famélico. El choque se resuelve, no obstante, con arreglo a criterios jurídicos, subordinando el interés inferior al superior (criterio del interés preponderante) con la consiguiente jerar-quización de las normas protectoras. A una escala de valores tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico corresponde un rango normativo dentro de ese mismo ordenamiento. Incluso puede suceder que la evaluación de los bienes en conflicto haya de hacerse con arreglo a criterios que la ley vigente no nos proporciona y entonces se habla de un "estado de necesidad suprallegal" aunque no metajurídico, puesto que decidirán los principios que sirven de base al ordenamiento jurídico o la idea misma del Derecho (7). Un tal recurso sabemos que es común a todas las causas de justificación (vid. "ANTI JURICIDAD") y valedero, por tanto, para el estado de necesidad como justificante. El problema se agudiza cuando los bienes en pugna estén en paridad, es decir, sean de igual valor, en cuyo caso parece que el Derecho ha de enmudecer y adoptar una posición neutral. Para que ello no suceda, aun cabe trasladar el problema al campo de la culpabilidad: la acción necesaria habrá sido injusta, pero inculpable. Por ello, no andaba tan descaminado CARRARA al relacionar el estado de necesidad con la coacción. Ciertamente que hoy se ha independizado aquél de ésta. Más aún; podríamos afirmar que tiende a suplantarla en cuanto el estado de necesidad ha llegado a alcanzar en Derecho español su máxima expansión. Como dijimos en otro lugar, reducida la coacción a la vis compulsiva, su fundamento queda parificado con el del estado de necesidad en ésta su versión extrema (vid. "COACCIÓN") y, en verdad, no ha faltado algún intérprete del texto legal que haya pedido la exclusión del miedo insuperable, en vista de la amplitud ganada por el estado de necesidad. Sin embargo, el profesor ANTÓN ONEGA no deja de señalar la distinta raíz psicológica de ambas eximentes: el estado de necesidad es compatible, aun en su extremo más agudo de pugna entre dos vidas, con la más perfecta serenidad de ánimo; en tanto que el miedo insuperable radica en un estado emotivo especial, y sin duda, porque en esta situación psicológica no es posible la reflexión, el legislador no ha hecho mención de que el mal conminado sea eludible por otros medios distintos al del acto ilícito. Hemos de ver, en cambio, y ya lo hemos adelantado, que es de esencia en la necesidad la inevitabilidad de la conducta. En resumen, el estado de necesidad es una institución bifronte en cuanto causa de justificación o de inculpabilidad, siquiera predomine el primer carácter, por ser mucho más numerosos los casos en que los bienes que entran en colisión son de desigual entidad y más raros, pero más dramáticos, los casos en que los bienes en pugna son de igual magnitud. Podríamos decir que en estas últimas situaciones, lo que pierde en extensión el estado necesario lo gana en intensidad. Pues bien, en cuanto causa de justificación el estado de necesidad se engarza con la legítima defensa en un presupuesto natural de necesidad común y anterior a ambas, como lo demuestra la idéntica raíz germánica (Notwer y Nothstand) de sus respectivas denominaciones. Las diferencias entre ambas causas excluyentes del injusto creemos haberlas puesto ya de relieve: en la defensa sólo el que se defiende está amparado por el Derecho; en el estado de necesidad los dos titulares de los bienes en colisión están salvaguardados por el Derecho, aunque luego éste justifique el sacrificio del inferior. En cuanto causa de inculpabilidad, el estado de necesidad se enlaza con la coacción. La diferencia estriba en que aquél entraña siempre la inevitabilidad del mal y en ésta el acento recae en lo insuperable del miedo; en la necesidad, el sujeto capta la verdadera situación, y en consecuencia actúa, dominado o no por la angustia; en la coacción, al sujeto se le aparece el mal inminente y actúa siempre dominado por el terror. Por otra parte, el miedo puede servir de complemento a la legítima defensa incompleta para cubrir el exceso en la reacción defensiva, función que no puede llenar el estado de necesidad inculpable, pues, como hemos reiterado, en él los dos intereses en pugna están amparados por el ordenamiento y, en consecuencia, cualquiera de los dos titulares, al atacar al



otro, lo hace injustamente) Por lo mismo, y como hemos de ver, el atacado que se halle en el mismo trance de necesidad inculpable puede defenderse legítimamente.

[Cardini]²

Naturaleza jurídica

Precedentemente diferenciado y caracterizado el instituto, es dable, ahora, tratar de desentrañar su naturaleza jurídica.

Naturaleza es, para el Diccionario de la Academia, esencia o propiedad característica de una cosa. Idénticamente, en la terminología tomista, es "per quod res est" o "id quod est ac coeteris rebus", o sea lo que la cosa es; esto es, lo que hace que hace que algo sea lo que es y no otra cosa (entre varias). Es su "quididad" (vocablo que, en la filosofía tomista, responde a la pregunta "quid est?", o "quid sit" (algo así como en Husserl el "eidhos"). De ahí que este capítulo se podría rotular (como lo he hecho en mi otro trabajo homónimo) "eidética jurídica". No obstante la unidad del ordenamiento (noción monista del derecho), es indudable que la naturaleza jurídica 'el instituto (que constituye la temática de este capítulo) varía según se la enfoque, ya sea desde el ángulo del derecho civil (derecho privado, objetivo primordial de este estudio), ya sea desde el enfoque del derecho punitivo (derecho público).

Desde la toma de posición (para emplear una terminología en boga entre algunos jus-filósofos) del derecho punitivo interesa, primordialmente, desentrañar si el acto necesitado constituye una causal de justificación o de inimputabilidad.

En un interesante comentario de un conocido libro del maestro Jiménez de Asúa (2), en el cuadro de las causas y caracteres que excluyen el concepto de infracción y de la pena, se incluye el estado de necesidad como una verdadera causa de justificación.

Para la escuela positiva (Ferri, Florián, etcétera) se justifica el acto necesario en la falta de "temibilidad" del agente, o con Blasco Fernández de Moreda, por ausencia de antijuridicidad.

Dejaré el derecho punitivo, para ceñirme al derecho civil.

Vimos que la "contrainte", amalgamada con el "e. de n.", es la causa del confusionismo de algunos autores entre ambos institutos, distingo que, sin embargo, aparece nítido incluso en otros autores tan antiguos como Crome (5), y que es un "jus receptum" en la doctrina moderna.

Desde el ámbito privatista —único que se contempla en este trabajo— cabe dejar sentado, repito, que se evita el confusionismo (reinante en esta temática) con esta observación, que constituye a la vez una de mis conclusiones sobre esta materia: bajo el mismo rótulo de "e. de n.", tal como se insinúa al comienzo de este trabajo, se suele pensar en situaciones fácticas muy disímiles: el hurto famélico; la tabla única de salvación; la persona, bombero o no, que rompe el maderamen de puertas y ventanas, viola el domicilio para penetrar en la casa incendiada en miras a salvar a una posible víctima del fuego; el alije o echazón de mercaderías del barco, cuando la carga excesiva lo hace peligrar; el contrato de salvamento en alta mar; la falta de consentimiento del paciente en la intervención quirúrgica; las "offendicula" o defensas mecánicas predisuestas; los sacramentos suministrados en "e. de n."; el llamado aborto eugénico o eugenésico; la legislación emsrgencial y en general los hechos y actos administrativos del gobierno defacto; "la violación en "e. de n." del juramento o del sacramento; etc. La ejemplificación podría multiplicarse hasta el infinito, porque es tan disímil, variado, múltiple, proteiforme, polifacético el modo de presentársenos en la praxis diaria el "e. de n.", como disímil, variada, múltiple, proteiforme y polifacética la realidad.

Pero lo que es indudable, que el sustrato de lo que he rotulado "hecho necesitado" es una situación fáctica compleja, que configura uno de esos "hechos-estados" o "estados de hecho" que la doctrina moderna (Betti, Messineo, Albaladejo, Pugliatti, etc.) rotulan "hechos complejos" (como en materia penal el llamado estado peligroso, que, en la certera definición de Grispigni, sería "la molto rivelante capacita di divenire, con probabilitá, autore de reato: la muy revelante capacidad de tornarse, con probabilidad, autor de delito).

Si se quiere precisar aún más la categoría de este hecho jurídico, pienso, por mi parte, que le correspondería el calificativo de "hecho justificativo" e, incluso, "hecho justificativo constitutivo de estado" (de necesidad), así como se habla de hechos impeditivos, extintivos, etc.

Cuando se dan los supuestos de esa situación fáctica —el "hecho-estado" o "estado de hecho", compuesto, complejo (el "nos-tand" del derecho alemán), que es en realidad el "estado de necesidad" (cuando reúne los requisitos que la doctrina ha fijado), nace un verdadero "derecho de la necesidad" —el "nothrech"—, que torna lícita la conducta del agente al realizar lo que técnica, específica, incisivamente se llama "hecho, acto o conducta necesitada" (o necesaria). El primero es pues el presupuesto o sustrato del segundo. Y el primero es un hecho jurídico, de los que Piccard llama jurígeno, jurigénico, jurigenético" o constitutivos, como los llama otro sector de la doctrina moderna.

El segundo es uno de esos actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato producir efectos jurídicos y que nuestro Código regula en los arts. 898 y 899.

En este sentido el "status necessitatis" ("stricto sensu") es uno de esos hechos a los que Vélez alude en la nota al tít. I, lib. I, sec. 2º del Código) cuando afirma que ese hecho jurídico "es el elemento de la relación jurídica", o un hecho sometido al derecho, en la certera y elegante formulación de Roguin. Y esta "situación jurídica" ("status") (7), para emplear nomenclaturas modernas, funcionará en relación o en función de determinado sujeto, implicante de una conducta "en expectativa" —la conducta o hecho necesitado— que, al manifestarse, como acota Perassi, en proyección constante, configura lo que, en el tecnicismo jurídico moderno, se ha dado en llamar un "estado".

Es decir, que el examen fenomenológico del instituto impone distinguir dos vivencias distintas del llamado "e. de n.":

- a) El "status necessitatis", cuya naturaleza jurídica es un hecho-estado o estado de hecho complejo, y
- b) El hecho necesitado, que es un acto lícito (de los arts. 898 y 899).

-Conviene aclarar aquí que "status" —estado— difiere de derecho subjetivo, de poder y de facultad, y que es una situación jurídica que se adhiere y se mantiene con cierta permanencia aún independiente de la voluntad y del cual derivan efectos jurídicos e incluso correlativamente comporta deberes y obligaciones, como acota Messineo(8).

Así entendida, esta noción de "estado" está aquistando, en el ámbito de la doctrina moderna, insospechadas proyecciones.

En su segunda acepción, el hecho acto o conducta necesitada vimos que es uno de esos "simples actos voluntarios lícitos (artículos 898 y 899) que Boffi Boggero (9) llama actos voluntarios lícitos propiamente tales y Orgaz (10) simples actos voluntarios. Se oponen éstos a los actos jurídicos o "ne-gociales" del art. 944.

Mientras en éstos el efecto querido o que se supone, por el ordenamiento, querido por las partes, nace "ex voluntate", en aquéllos nace "ex lege".

Vimos, "retro", cómo el hecho humano condensado en el aforismo "ex facto oritur jus", debe



conjugarse o amalgamarse con la voluntad del ordenamiento (el "ex lege", según algunos), tornándose más simple el problema si se acepta, como lo propugno, por mi parte, este aditamento al referido aforismo "ex facto oritur jus": "quia jus sic voluit" (porque el ordenamiento así lo quiere).

Es sabido que estos simples actos voluntarios lícitos se diversifican dicotómicamente. según lo acota la doctrina alemana y la peninsular (italiana), en: actos semejantes a los negocios jurídicos, ej., la interpelación, y en actos reales, no semejantes a los negocios jurídicos, que un sector de la doctrina peninsular rotula de "operaciones jurídicas"; entre estos últimos, la conducta necesitada o más precisamente, el "e. de n." ("status necessitatis strictu sensu")(11).

Y como se acaba de explicar, esta conducta, o hecho, o acto humano es esencialmente: a) voluntario; b) lícito.

Naturalmente que las opiniones se diversifican en sus variantes. A título ejemplificativo recordaré que Aliara (12) habla, en la especie, de "falta de voluntad hipotética", en cuya virtud el ordenamiento admite, por hipótesis, que en ausencia del activo aberrante la voluntad se habría formado en forma diversa o no se habría formado del todo.

Si bien he anticipado la solución que he creído deber dar al problema —voluntariedad del acto necesitado—, creo conveniente agregar que he tenido en cuenta los puntos de vista dispares en la doctrina universal cuya meditación presidió aquella; y entre ellos no quiero silenciar aquí que, sin embargo, para Fernando Díaz Palos (13), entre los relativamente modernos, el hecho necesitado sería involuntario.

Este enfoque es erróneo; a lo sumo, con Mirebelli (14), podría hablarse de un "coeficiente de la voluntad entera" (tesitura que guarda cierta similitud con la precitada de Aliara). Mi tesitura es antagónica con este enfoque, que permitiría, "jure condendo", la aplicación del art. 907 (3456 del Esbogo).

Recuérdese que Freitas distinguía el daño producido por acto involuntario del emergente del "e. de n."

El art. 3500 del Esbogo se refiere al que salvó la propiedad de otro... y, en la ejemplificación, mentase al supuesto de la avería gruesa y el de la responsabilidad estatal cuando el daño causado (a la propiedad ajena) beneficiase a la población entera. Como se ve, el eximio jurista brasileño tenía ya ideas muy claras en la materia, no obstante no haber profundizado la misma.

Y por fin, recuerdo que el ordenamiento aprehende a los hechos humanos como "factum" o hecho condicionante (o desencadenante) de las consecuencias de los arts. 900 y sigs. Parecería que sólo aprehende los actos voluntarios, pero no es así, ya que el acto involuntario también acarrea consecuencias jurídicas según el citado art. 907, amén de otros efectos en el derecho de familia, etc.

Aun cuando la licitud del acto necesitado constituye, hoy, doctrina pacífica universal, para Spota (lo) éste aparece como "acto excesivo", si bien reconoce su licitud, sin perjuicio de que, agrega, procede la reparación integral del daño ocasionado; sin necesidad de hablar de dolo o culpa. "Esta tesitura conduce a un resultado justo, en orden a la equidad, y Radbruch recuerda, con razón, que toda buena hermenéutica debe tender a un resultado justo".

Para concluir, propugno, por mi parte, con la tendencia más moderna, erigir el "e. de n." en un verdadero principio general del derecho, y desde luego ese "factum" obligacional constituirá una nueva y moderna fuente de obligaciones, como el enriquecimiento sin causa, la voluntad unilateral —tal como aparece magistralmente dibujada en la obra homónima de Boffi Boggero—(16), etc.; tesitura que parece informar un reciente trabajo de Valiente y que ya admitía Bielsa.

[Gonzalo]³

Requisitos

Un requisito es una circunstancia o una condición necesaria para que se produzca algo; es una exigencia a cumplir, por lo tanto, para que se pueda hablar de la configuración de la causa de justificación del estado de necesidad, debe reunir todas las exigencias contenidas en la norma penal.

Así entonces, la acción que reúna objetivamente todos los requisitos de la eximente está de acuerdo con el derecho, y, por consiguiente, el acto está justificado, o sea, no puede ser punible porque el ordenamiento jurídico lo aprueba.

Nuestro código Penal, en el artículo N°. 27 exige para la calificación del estado de necesidad tres requisitos. El primero es positivo, "que el peligro sea actual o inminente"; y los otros dos, negativos, "que no se haya provocado voluntariamente 1 que no sea evitable de otra manera". Con respecto al primero se refiere a la actualidad o inminencia del mal, de la base para que se de la eximente; por otra parte, se califica al peligro, pues no es cualquiera el que lo origina, sino que debe ser actual o inminente. En cuanto a los otros dos; los negativos, le han establecido por parte de la doctrina y legislaciones para evitar serios abusos bajo su amparo.

[Requejo Conde]⁴

El concepto de defensa putativa. Propuesta de definición

No han encontrado las eximentes putativas en general ni la legítima defensa putativa en particular una regulación específica expresa a lo largo de nuestra codificación. Escasos han sido igualmente los códigos que han tratado de forma concreta estas eximentes¹.

Su régimen jurídico se ha canalizado a través de la normativa amplia del error y como supuestos de error que recae en los presupuestos objetivos de la situación de justificación.

En Alemania, durante las primeras décadas de siglo, la defensa putativa originó una viva controversia doctrinal que generó abundante literatura, siendo encarado su estudio posteriormente en común con otras eximentes putativas o en un enfoque general del tema del error.

Entroncada en la antigua doctrina germana con el exceso en la legítima defensa o defensa excesiva, su denominación no se conocía como tal, sino que recibía el tratamiento establecido para el exceso en la defensa. Posteriormente, autores como GRATTENAUER o GRÁVELL comenzaron a distinguir una *tutelae deculpatae* culpable de un *excessus in defensionis*, según que respectivamente faltare alguna de las circunstancias de la legítima defensa de tal modo que no fuese realizada en su forma completa o que se empleara más fuerza y más tiempo en su ejercicio. Igualmente, otros autores, entre ellos el mismo FEUERBACH, indicaron ya las fronteras de separación y diferenciación entre el exceso en la legítima defensa y la defensa putativa, pues donde no fuera establecido un derecho en sí de legítima defensa no podría hablarse ni de legítima defensa antijurídica ni culpable, ya que si bien en un principio consideradas como subespecie o variedad de exceso en la defensa, donde no existen las condiciones necesarias que integran la legítima defensa no cabe hablar de legítima defensa.

Las diferentes formas de aparición de lo que son unos mismos presupuestos de la legítima defensa permitirá unas veces una clara delimitación de ambas figuras y otras veces un límite confuso que llevará a algunos escritores a apoyarse en un rechazo a una separación tajante. Ello es así porque la situación justificante de legítima defensa está integrada por unos presupuestos o requisitos esenciales y básicos, y al mismo tiempo delimitados en la forma y en el tiempo necesarios para su ejercicio. Yes el factor cronológico el que se constituye asimismo en uno de sus elementos esenciales. Estos presupuestos o requisitos esenciales se apoyan en dos pilares fundamentales: la situación de la legítima defensa y la correspondiente acción de defensa necesaria. La situación de legítima defensa viene así constituida por un elemento o dato fáctico de necesaria realización y soporte de los demás, la existencia de una agresión o ataque a un bien jurídico por una persona a otra; un elemento valorativo representado por la ilegitimidad del ataque en el concepto de antijuridicidad; y un tercero, que la agresión ilegítima sea actual. Por esto, frente a una agresión ilegítima actual es justificado ejercer una acción defensiva necesaria, constituida y delimitada por el requisito fáctico de la actualidad, de la existencia de una agresión ilegítima actual. La determinación de este requisito y la fijación de sus límites es el punto de arranque y la fuente de discrepancias doctrinales de definición de las distintas clases de defensa ejercitadas, de la creación de zonas grises de ubicación de unas u otras, y de oscuridad en la diferenciación de las mismas.

Ausencia de agresión. Anticipación y prolongación innecesaria de la defensa

Es el establecimiento del instante temporal de realización de la acción de defensa necesaria y su relación cronológica con la agresión ilegítima el factor decisivo a la hora de calificar la defensa ejercitada frente a la agresión. Sin perjuicio de analizar más abajo estos conceptos⁵, hemos de adelantar a efectos de dar una definición de introducción a la defensa putativa que si bien legítima defensa y defensa putativa se excluyen mutuamente en la simultaneidad, ambas pueden ser enlazadas en una relación de sucesión o continuidad fáctica, de tal modo que la defensa putativa suceda siempre a la legítima defensa y no a la inversa, y ello puede ocurrir en función de dos factores:

Primero. Porque desde el punto de vista temporal, el ejercicio anticipado del derecho a la legítima defensa y su relación inmediatamente próxima a la agresión ilegítima es, como hemos señalado, el factor que delimita en este caso la legítima defensa justificada de otras defensas que no están justificadas. Puesto que como no es preciso que la agresión se haya materializado en lesión para ejercer legítimamente el derecho de legítima defensa porque ésta devendría ya ineficaz, haciendo incluso una defensa más tardía y cercana a la agresión de mayor lesividad el daño causado al agresor, lícito es por disposición legal impedir y no sólo repeler el ataque antijurídico. Por ello, una defensa adelantada a la agresión en directa conexión recae bajo el ámbito justificativo de la legítima defensa. La separación cronológica excesiva que haga romper dicha relación caerá fuera de este ámbito⁶.

Segundo. Porque a la legítima defensa excedida en su contorno temporal y ejercitada más allá de su límite necesario podrá dar paso y sucederle una defensa putativa siempre que existiendo la citada relación cronológica de inmediatez necesaria entre agresión y defensa revista el exceso en este límite temporal de finalización de la agresión el carácter subjetivo derivado del error. Al margen de dicha relación, la defensa deja de ser putativa para convertirse en actitud de venganza y ánimo de revancha hacia el agresor.

Por ello, la anticipación del derecho a la legítima defensa como adelantamiento del límite constitutivo del comienzo de la agresión ilegítima quedará encuadrada en la legítima defensa justificativa de la acción de defensa ejercida si, tanto la situación básica de ésta (existencia y antijuridicidad de la agresión), como la acción de la defensa necesaria (ante la inminencia de la agresión ilegítima) se dan en la realidad, puesto que si la agresión ilegítima no es inminente o



inmediatamente próxima sino que por el contrario sólo existe en la representación del supuesto defensor (agresión aparente) o puede ser prevenida de otra manera, falta desde todo punto la situación esencial de la legítima defensa, la existencia de la agresión antijurídica, con lo que llegaremos al ámbito de la defensa putativa, o incluso ni siquiera a ella.

En segundo lugar, la prolongación innecesaria en el ejercicio del derecho a la legítima defensa no excluye en principio la existencia previa y concomitante de la situación justificativa de la legítima defensa. Y sólo cuando este excedente defensivo descansa en una representación psíquica errónea del autor, es decir, en un error, podrá sucederle una defensa putativa, referida no ya a la situación, sino a la acción de defensa, que en este caso por devenir temporalmente innecesaria por exceso cronológico no es consecuencia imprescindible de la agresión, sino una infracción de su límite final subjetivamente imputable al defensor.

Si bien, por tanto, una acción en defensa putativa puede suceder a una situación real previa de legítima defensa, legítima defensa y defensa putativa se excluyen en la simultaneidad de su realización fáctica. La defensa putativa supone objetivamente la parte negativa de la legítima defensa, la existencia de una legítima defensa ficticiamente representada en la mente del autor, pues sobre la base negativa de un juicio erróneo de la realidad carece de la presencia del presupuesto necesario para la legítima defensa. Esta idea fue recogida por numerosos autores del presente siglo, que hacían ya referencia a la idea de ficción jurídica en la que se encuentra el autor de la defensa putativa y supuesto defensor, considerando la legítima defensa como la acción injusta que realiza el autor en la falsa creencia de encontrarse en situación de legítima defensa que le autoriza al sujeto a defenderse y que de existir realmente justificaría el hecho.

La defensa putativa es de esta forma un juicio falso, una errónea suposición, una representación o idea equívoca de la realidad, que en la psique del autor se simboliza objetivamente en los requisitos que integran la situación justificativa de legítima defensa y que de haber realmente existido harían lícita la conducta.

Necesario será por tanto establecer cuáles son estos requisitos que integran la defensa putativa, y los caracteres que han de revestir cada uno de ellos. Si la situación que justifica la legítima defensa viene determinada por la presencia de tres pilares fundamentales: la existencia de una agresión por una persona, que esta agresión sea antijurídica, y que también sea actual, y concurriendo tales elementos es lícita una defensa necesaria, la defensa putativa es el reverso de la legítima defensa, puesto que implica que de facto faltan alguno de estos elementos esenciales que componen la causa de justificación de la legítima defensa. Constituye por lo tanto la defensa putativa, como su presupuesto fundamental, la ausencia de agresión o de su carácter antijurídico, pero también de su cualidad de actual⁸.

1. Falta de agresión ilegítima. Así, desde un primer punto de vista sería defensa putativa la defensa ejercida por error en la ausencia objetiva de los presupuestos de la causa justificativa de la legítima defensa, es decir, la errónea apreciación de que concurre un ataque por una persona determinada, o un ataque injusto, pero que en verdad es aquél inexistente, o proviene de otra persona diferente, o está autorizado⁹.

2. Continuación de la defensa más allá de la agresión. En efecto, es igualmente defensa putativa la acción realizada en la creencia de que dicho ataque antijurídico es actual cuando en determinado momento ya no lo es. Es la acción de defensa putativa frente a una situación parcial de legítima defensa representada por una agresión ilegítima que no es actual la que incide en una zona sombreada de conceptualización jurídica no siempre uniforme. Se señala comúnmente por la doctrina la falta de actualidad de la agresión ilegítima como elemento que, afectado por el error, puede originar una acción de defensa putativa, ya que la ficción jurídica de legítima defensa puede recaer en la acción necesaria mediante representación de una agresión que no es actual.



Gran parte de la doctrina ha defendido esta forma de error constitutiva de la defensa putativa que traspasa los límites justificativos del derecho de legítima defensa, tanto cuando este excedente precede al límite inicial legal de la defensa como si sucede al límite final o de cierre de la misma. Estos excesos erróneos se han catalogado unas veces de defensa putativa, otras veces de exceso en una defensa a diferenciar de la defensa putativa, pues en la defensa putativa el autor supone como dados los presupuestos de la legítima defensa sin que en el curso de la acción haya existido en algún momento una situación real de defensa. Pero quien, concluido ya el ataque, continúa efectuando la defensa ejercida directamente tras éste se situaría en igual posición que quien lesiona sin que exista anterior situación de legítima defensa, y si además ello es por error existirá una defensa putativa¹². Si la defensa putativa significa la errónea suposición de una situación de legítima defensa, lo es tanto cuando el autor toma erróneamente los presupuestos justificativos de la misma como cuando realiza más de lo que para la defensa del ataque es necesario, si bien mientras el exceso en la legítima defensa sirve para caracterizar un estado objetivo de cosas, el concepto de defensa putativa caracteriza la interpretación del autor sobre dicho estado.

Esta asimilación se fundamenta además porque estando constituida la defensa putativa de una situación previa que permite la correspondiente acción de defensa necesaria, cuando el ejercicio de la defensa deviene innecesario, y ello tiene su origen en un error, esta defensa errónea se ha de calificar de putativa, porque de lo contrario haríamos coincidir el concepto de legítima defensa únicamente con su situación, mientras que la acción ejercitada es igualmente un factor que determina el calificativo de aquella como legítima, y por lo tanto cuando la acción defensiva ya no es necesaria, faltando parte de su situación justificativa, nos encontramos ante una acción de defensa putativa, una situación parcial de legítima defensa, uno de cuyos presupuestos ya no existe por causa de error.

Por tanto, no sólo puede revestir la forma de defensa putativa el adelantamiento de la acción de defensa que intenta impedir en la mente del autor una agresión ilegítima que se presenta como inminente pero que en la realidad sólo tiene apariencia de agresión inmediatamente próxima porque no es real, sino también como decimos, la defensa ejercitada más allá del contorno permitido del derecho a la legítima defensa, cuando por errónea percepción, el defensor que, en un principio se encuentra ante una situación de legítima defensa, ante una agresión ilegítima actual, traspasa el límite de ésta, excediendo en el tiempo la medida necesaria. Pero si bien en este caso la defensa putativa sucede a una situación previamente existente de legítima defensa, en el primer caso, esta situación no existe, porque, o bien existiendo agresión ilegítima, se justifica el derecho a la legítima defensa misma, lícita cuando ésta es ya inminente, o, no existiendo aquélla, la aparente agresión en la psique del defensor se califica de defensa putativa que, en este caso, no sucede pues a la situación de legítima defensa, sino que concurre alternativamente con ella.

Veamos por el contrario las figuras que quedan al margen de la defensa putativa, aunque presenten caracteres similares.

Conceptos afines a la defensa putativa

Una cuestión distinta a la defensa putativa es el llamado "pretexto de la legítima defensa"¹⁵. Defensa putativa y pretexto a la legítima defensa no son en ningún caso conceptos sinónimos, puesto que éste es aquel supuesto en el que el autor pretende actuar en legítima defensa pero sabe de su acción lesiva, conoce que no se encuentra en situación de legítima defensa¹⁶.

Tampoco constituye una defensa putativa la errónea creencia en la existencia de una causa de justificación no reconocida por el Ordenamiento jurídico penal, consistente en que el autor da por válida una norma permisiva que el Ordenamiento jurídico no ha recogido para justificar una conducta, así como los errores sobre la ilegalidad, ilicitud o prohibición de la conducta, ni sobre la

punibilidad de la acción, ni sobre los límites o alcance en los que está redactada una causa de justificación.

Finalmente, han de quedar excluidos del concepto de defensa putativa los errores padecidos sobre los elementos accidentales de la legítima defensa, tanto recaiga sobre la proporcionalidad de la reacción defensiva como sobre la suficiente provocación del defensor. El exceso intensivo erróneo no podrá ser calificado como defensa putativa, aunque lo sea debido a un error del defensor sobre la intensidad de su defensa.

Por el contrario, y según lo que se ha expuesto en páginas anteriores, la defensa putativa va sin embargo a descansar en el presupuesto básico y fundamental, la ausencia de una agresión ilegítima actual. Elemento fáctico y también básico es el ataque de una persona determinada; elemento de valoración jurídica es la cualidad de lo antijurídico del ataque. El error sobre cualquiera de ellos es un error sobre el presupuesto necesario de la legítima defensa que califica a ésta de putativa. Pero además, este ataque antijurídico está limitado en el tiempo, y la actualidad es un elemento también cognitivo que constituye tanto un presupuesto de la legítima defensa como su límite, por lo que nuevamente el error sobre la misma ha de calificarse de defensa putativa.

Propuesta de definición

Antes de entrar a analizar con profundidad estos presupuestos, adelantamos un concepto de defensa putativa como la acción, legítima o ilegítima, que el autor realiza en la falsa creencia de encontrarse ante una situación justificativa de legítima defensa, ejerciendo una acción frente a una ataque inexistente, frente a una persona distinta de su agresor, o frente a un ataque autorizado o que ya no existe.

La defensa putativa puede revestir el carácter de legítima o de ilegítima. Se entiende por defensa putativa legítima aquélla que es realizada por el defensor en la creencia razonable, fundada y objetivamente invencible sobre la presencia de cualquiera de sus elementos esenciales. Sus efectos serán por tanto los mismos que la exigente plena de legítima defensa, esto es, la justificación de la acción. La defensa putativa será ilegítima cuando el error revista otros caracteres diferentes, esto es, cuando el defensor pudo haberlo evitado, o le fue subjetivamente invencible. Su eficacia opera sólo en el ámbito de la culpabilidad¹⁹.

Ilustramos este concepto con algunos ejemplos que nos ayuden a entender mejor esta figura jurídica y que servirán de modelo para la exposición de nuestra tesis:

1. Amador, joven apenas salido de la minoría de edad penal, se siente injusta y gravemente agredido y amenazado por David, que portaba una pistola sin balas. Amador, creyendo que estaba cargada, dispara a David matándole (STS de 20 de Marzo de 1972 n° 1442 JA).
2. Jesús, delincuente habitual de delitos patrimoniales y contra quien pende una orden de busca y captura, atenta contra un agente de policía que con el uniforme propio de su cargo y en el ejercicio de sus funciones intenta detenerle, ante la creencia de que actuaba ilícitamente y sin saber que se trataba de un policía (STS de 26 de Mayo de 1987 n° 3131 JA).
3. Plinio dispara contra su hermano causándole la muerte, creyendo que éste, que anteriormente le había amenazado varias veces, aunque no de muerte, hacía un ademán o gesto con la mano que mantenía en el interior del bolsillo de la cazadora, lo que le hizo pensar en la eventualidad de que hiciera uso del arma que pensó que portaba (STS de 2 de Noviembre de 1987 n° 8432 JA).
4. Domingo, de cuarenta y ocho años y precaria salud física, sale a las once de la noche de su domicilio a pasear a su perro. Al ver acercarse a Juan y creyendo que iba a atracarle, le exige a voces que se detenga, anunciándole su negativa a entregarle objetos de su propiedad. Juan,



sintiéndose increpado, se dirige a él para pedirle explicaciones, actitud que refuerza la creencia de Domingo en el atraco, por lo que saca un revólver autorizado que lleva, disparando a Juan a un metro de distancia y produciendo su muerte inmediata (STS de 1 de Diciembre de 1987 n° 9518 JA).

5. "En un vagón del metro de New York en el que viajan en ese momento 15 ó 20 personas, cuatro jóvenes de raza negra se dirigen a uno de los pasajeros, que ya ha sido atracado varias veces, pidiéndole con cierto descaro que les dé cinco dólares. El pasajero sin mediar palabra saca su revólver y dispara cinco tiros, alcanzando a uno de los jóvenes que queda gravemente herido" (caso Goetz).

3 Normativa

LEY NACIONAL DE EMERGENCIAS Y PREVENCIÓN DEL RIESGO⁵

Artículo 3.- Principios.

Para aplicar esta Ley, se tomarán en consideración, los siguientes principios fundamentales en esta materia: Estado de necesidad y urgencia: Situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico, con el menor daño posible para el segundo y a reserva de rendir luego las cuentas que demandan las leyes de control económico, jurídico y fiscal.

CÓDIGO PENAL⁶

Artículo 27.- Estado de necesidad.

No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Artículo 28.- Legítima defensa.

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

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



agresión.

Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquél que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.

4 Jurisprudencia

Resolución : 2009-0562 ⁷

Estado de necesidad: presupuestos

Texto del extracto

“ III . [...] El artículo 27 del Código Penal contempla la causa de justificación del estado de necesidad. Dice dicho artículo en lo que interesa: “No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual e inminente; b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y c) Que no sea evitable de otra manera. El elemento justificante del estado de necesidad es la necesidad de la lesión del bien sacrificado, de menor valor con respecto al bien salvado. Debe haber por tanto, una colisión de bienes o intereses jurídicos, producto del peligro inminente (como se dice en doctrina seguro o muy probable) de la pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación, lesionando otro de menor valor relativo. Igualmente, la situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado y se requiere que la acción sea necesaria, pues no lo es, si el peligro podía evitarse sin lesionar el bien jurídico. En el presente caso se aduce la existencia de un estado de necesidad pues los imputados requerían del suministro de agua potable a través de camiones cisterna, los cuales ingresaban hasta el inmueble de los imputados por medio de una servidumbre. Al no poder realizar tal cometido un camión cisterna, cuyas dimensiones eran superiores, los imputados, según se razona en la sentencia, se vieron en la obligación de cortar el seto de ciprés que bordeaba dicha servidumbre. La discusión se ha suscitado en este asunto con relación a la existencia del peligro real e inminente con respecto al suministro de agua y la imposibilidad de actuar de otra manera, elementos que en el fallo se consideran como dados y que motiva la causa de exclusión de la antijuricidad . Pero como se indicó con anterioridad, el Tribunal no profundiza en establecer en el caso en concreto si efectivamente se daban los presupuestos objetivos del estado de necesidad ni hace referencia a las inconsistencias apuntadas en las versiones distintas dadas durante el juicio.”

Res: 2001-01369⁸

Estado de necesidad: error en declaratoria de estado de necesidad estado de necesidad y urgencia en decretos ejecutivos

Texto del extracto

I.- Sobre la admisibilidad. El accionante, en su condición de Contralor General de la República, se encuentra legitimado para interponer esta acción directa de inconstitucionalidad, sin necesidad de asunto previo, en los términos del párrafo 3° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.- Objeto de la impugnación. El Contralor General de la República solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1° apartes c) y d) del Decreto Ejecutivo #23321-S, de 18 de mayo de 1994, publicado en La Gaceta #102 de 27 de mayo de 1994; el texto íntegro del Decreto Ejecutivo #23394-MOPT, de 10 de junio de 1994, publicado en La Gaceta #119 de 22 de junio de 1994; el texto íntegro del Decreto Ejecutivo #24463-MOPT, de 23 de junio 1995, publicado en La Gaceta #143 de 28 de julio de 1995; el acto administrativo singular adoptado en la sesión #021-95, artículo 1°, de 4 de octubre de 1995; y el texto íntegro del Decreto Ejecutivo #24653-S-MOPT-MIRENEM, de 21 de agosto de 1995 publicado en La Gaceta #192 de 10 de octubre de 1995. Dichas normas establecen:

El artículo 1° apartes c) y d) del Decreto Ejecutivo #23321-S:

" Artículo 1°- Declárese Emergencia Nacional en el campo de la Salud durante el tiempo que técnicamente se requiera, para: (...) c) asegurar el suministro suficiente de agua potable a la población y la adecuada disposición de las excretas; y d) solucionar la crisis del Sistema Hospitalario Nacional."

El Decreto Ejecutivo #23394-MOPT:

" 1°- Que los cantones Central, Paraíso, El Guarco y Oreamuno, que conforman el Valle del Guarco de la Provincia de Cartago se encuentra afectados por una crisis en su alcantarillado sanitario, pluvial y el acueducto de agua potable, la cual se torna más grave ante la escasez de fuentes de agua y plantas de tratamiento de aguas negras y servidas.

2°- Que esta situación representa una profunda amenaza potencial a la salud, que exige la acción inmediata del Poder Público para planificar, coordinar y ejecutar las acciones necesarias para la pronta rehabilitación de las zonas afectadas y eliminar los riesgos que esta situación conlleva.

3°- Que, ante esta inminente y grave amenaza a la salud pública, los mecanismos administrativos ordinarios resultan insuficientes para enfrentar eficaz y enérgicamente las lamentables secuelas de la crisis, por lo que debe recurrirse a medios excepcionales de actuación gubernamental; y por tanto

Decretan:

Artículo 1°- Declárese emergencia nacional la situación de los acueductos potables y alcantarillado sanitario en la ciudad de Cartago, y en particular, se declara como zona de desastre los cantones Central, Paraíso, El Guarco, Oreamuno, que conforman el Valle del Guarco de la provincia de Cartago. La Comisión Nacional de Emergencia podrá solicitar, cuando lo juzgue pertinente al Poder Ejecutivo la inclusión de otras zonas de desastre, sin perjuicio de las atribuciones que le confiere el artículo 14 del Reglamento de Emergencias Nacionales N°4020-T del 13 de agosto de 1974.

Artículo 2°- La Comisión Nacional de Emergencia designará, como Unidad Ejecutora al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y a las demás instituciones públicas, que estime pertinentes para la ejecución de las políticas, obras y demás medidas necesarias que se acuerden para el cumplimiento del Plan Regulador General que elabore.

Artículo 3°- Se autoriza a las instituciones, entidades autónomas y empresas del Estado, así como



a todo otro ente u órgano público, a prestar toda la ayuda y colaboración necesaria para la atención de esta emergencia nacional; debiendo coordinar la Comisión Nacional de Emergencias todas las actividades y acciones correspondientes.

Artículo 4°- La Comisión Nacional de Emergencias podrá destinar fondos, contraer préstamos, otorgar avales y aceptar, donaciones en relación con la atención de la presente emergencia nacional y, en general, directamente y a través de las Unidades Ejecutoras que se designen, gozará de amplias facultades legales en el desempeño de su cometido. Todo lo anterior conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes en el país.

Artículo 5°- La presente declaratoria de emergencia se mantendrá hasta tanto no exista pronunciamiento de las unidades ejecutoras que compruebe que la situación de emergencia no ha sido superada.

Artículo 6°- Rige a partir de su publicación."

El Decreto Ejecutivo #24463-MOPT:

" 1. Que como consecuencia de la disipación del fenómeno conocido como "El Niño/Oscilación Sur" (ENOS), para el presente año se pronostica una estación lluviosa más intensa de lo normal.

2. Que lo anterior se evidencia con la aparición temprana, durante la segunda quince del mes de marzo, de la transición entre la estación seca y la estación lluviosa, lo que presagia un invierno muy riguroso.

3. Que la formación de tornados en el Valle Central durante el mes del mayo del año en curso constituye una consecuencia notoria de la inestabilidad atmosférica imperante, manteniéndose hasta la fecha los acumulados de lluvia superiores al promedio en la mayoría de las estaciones meteorológicas de la Vertiente del Pacífico.

4. Que en los dos últimos años se han presentado diferentes situaciones de necesidad y urgencia por calamidad pública, a raíz de deslizamientos y de frecuentes inundaciones en diferentes áreas urbanas y rurales de todo el territorio nacional.

5. Que para el presente año se pronostica, conforme a los organismos técnico–científicos especializados en la materia y para la Cuencia del Caribe, una temporada de doce ciclones, de los cuales al menos ocho alcanzarían el grado de huracán, esperándose de estos últimos, tres huracanes intensos, categoría 3 a 5 en la escala Saffir/Simpson, cuyos rasgos oscilan de 1 a 5. De acuerdo a dichos pronósticos, por lo menos uno de estos huracanes se desplazará por el área de influencia de Centro América.

6. Que dichos pronósticos permiten estimar que la actividad esperada por tales fenómenos sea un cuarenta por ciento superior al promedio de lo ocurrido en situaciones semejantes durante los últimos cuarenta y cinco años.

7. Que lo anterior se corrobora con la aparición del huracán "Allison", el más tempranero que ha emergido en los últimos trece años, iniciando la temporada de los huracanes, cuyo período de duración se estima que se extenderá desde el 1° de junio hasta el 30 de noviembre.

8. Que en razón de lo expuesto, durante la época de lluvias resultará inevitable el surgimiento de situaciones potencialmente peligrosas para las personas, sus bienes y sus derechos, dada la intensidad con que habrá de producirse de producirse los temporales y una serie de fenómenos conexos, tal y como ya ha ocurrido en la mayor parte del territorio nacional.

9. Que se precisa dotar del marco jurídico necesario para hacer frente a los efectos de dicho fenómeno, en la medida de lo posible con la debida anticipación para así mitigar las consecuencias materiales y sociales de su impacto en el territorio de la República. Por tanto,

DECRETAN:

Artículo 1°: Declárese estado emergente de necesidad y urgencia por calamidad pública, a los efectos de lo prescrito por la Ley Nacional de Emergencia, N° 4374 del 11 de agosto de 1969 y sus reformas, la situación causada por los fenómenos climáticos provocados por los temporales y otras circunstancias similares y asociados con éstos y que durante este año están azotando y continuarán afectando al país, como consecuencia de la disipación del fenómeno llamado "El Niño/Oscilación Sur" (ENOS).

Artículo 2°: Para los efectos correspondientes se tienen como comprendidas dentro del presente Decreto, todas las obras de infraestructura situadas en los cantones que hayan resultado o resultaren afectados por las intensas lluvias y sus eventos conexos, incluyendo las vías públicas, edificios públicos, casas de habitación y diversas estructuras y edificaciones en general.

Artículo 3°: La Comisión Nacional de Emergencias designará como Unidades Ejecutoras, a aquellas dependencias o instancias administrativas que estime pertinentes para la ejecución de las políticas, actividades y demás medidas necesarias que se acuerden para el cumplimiento inmediato del "Plan Regulador General" que se elabore para atender la emergencia, tomando en cuenta el acaecimiento efectivo del fenómeno según su magnitud en las distintas regiones del país, los daños materiales y sociales de mayor importancia y los medios y acciones, inmediatas y mediatas, tendientes a la solución de la presente emergencia.

Artículo 4°: Se autoriza al Poder Ejecutivo y las instituciones, entidades autónomas y empresas del Estado, así como a todo otro ente u órgano público, a efecto de que tomen las medidas presupuestarias y materiales que sean necesarias para dar aportes y prestar toda la ayuda y colaboración necesaria para la atención de esta situación de necesidad y urgencia por calamidad pública.

Artículo 5°: Para la atención de la presente situación de necesidad y urgencia, la Comisión Nacional de Emergencia podrá destinar fondos, contraer préstamos, otorgar avales y aceptar donaciones de instituciones autónomas, semiautónomas, privadas y organismos internacionales, según lo previsto por la Ley Nacional de Emergencia, N° 4374 del 11 de agosto de 1969 y el Decreto Ejecutivo N° 4020-T del 13 de agosto de 1974 y sus reformas.

Artículo 6°: La presente declaratoria de necesidad y urgencia por calamidad pública se mantendrá hasta tanto no exista un pronunciamiento emanado de las Unidades Ejecutoras y avalado por la Comisión Nacional de Emergencia, con base en el reporte técnico-científico que al efecto se realice, demostrativo de que la situación ha sido definitivamente superada.

Artículo 7°: Rige a partir de su publicación.

El Decreto Ejecutivo #24653-S-MOPT-MIRENEM:

I.- Que la adecuada disposición de los desechos sólidos, en el país en general y sobre todo en el Área Metropolitana, se ha convertido en un serio problema que atenta severamente contra la Salud Pública, contra la vida misma de los habitantes de nuestro país y contra un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, valores que constituyen derechos supremos e inalienables que deben ser tutelados y resguardados por el Estado.

II.- Que ante el cierre del relleno Sanitario de Río Azul y al no tenerse a la fecha, un sitio adecuado para instalar un nuevo relleno sanitario, nos enfrentamos ante un caso de "calamidad pública", toda vez que la inadecuada disposición de los desechos sólidos, ha expuesto a la población en general a serios problemas de salud, como lo son la intensificación de casos de dengue, malaria y cólera; enfermedades que han sido declaradas de "Emergencia Nacional", según el Decreto Ejecutivo 23321-S, publicado en "La Gaceta" #102 del 27 de mayo de 1994.



III.- Que el manejo de desechos sólidos, es una responsabilidad esencialmente de los entes municipales del país, los cuales se ha visto hasta la fecha, imposibilitados para dar una solución integral y en armonía con el medio ambiente y la salud pública, a este problema.

IV.- Que en virtud de lo anterior, el Gobierno de la República ha tomado la decisión de apoyar la búsqueda de una solución integral al problema del manejo de desechos sólidos en el país, en coordinación con los entes municipales. Por tanto,

DECRETAN:

Artículo 1°- Se declara "calamidad pública" el problema del manejo y disposición final de desechos sólidos en todo el territorio nacional.

Artículo 2°- La Comisión Nacional de Emergencia nombrará una "Unidad Ejecutora" para la atención específica de este problema.

Artículo 3°- La Unidad Ejecutora tendrá la responsabilidad específica de supervisar los sistemas, procedimientos, esquemas organizativos, y todo tipo de disposiciones necesarias para lograr los objetivos básicos de eficacia y eficiencia de las operaciones, de conformidad con las políticas que al respecto adopte la Comisión Nacional de Emergencias.

Artículo 4°- Todas las dependencias públicas que ejerzan efectivamente funciones en esta área, coordinarán su actividad con la Comisión Nacional de Emergencias a través de la Unidad Ejecutora de la presente emergencia nacional, conforme con la Ley.

Artículo 5°- Todas las instituciones autónomas y semiautónomas, especialmente las municipalidades involucradas en el proyecto, podrán prestar a la Unidad Ejecutora la colaboración que esta requiera en el ejercicio de sus funciones tales como: trasladar fondos, personal y equipo, a la Comisión Nacional de Emergencia, en el momento que ésta lo solicite, con el objeto de solucionar en el plazo más inmediato que sea posible, la emergencia de la disposición de desechos sólidos en el país.

Artículo 6°- La Comisión Nacional de Emergencia podrá destinar fondos, contraer préstamos y otorgar avales y concesiones en relación con la atención de la presente emergencia y su pronta solución.

Artículo 7°- Rige a partir del 21 de agosto de 1995.

Los impugna el Contralor General porque considera que lo dispuesto en el artículo 1° apartes c) y d) del Decreto Ejecutivo #23321-S no califica dentro de los supuestos descritos en el artículo 180 constitucional para la declaratoria de "emergencia nacional". Asimismo, el Decreto Ejecutivo #23394-MOPT viola el Derecho de la Constitución por cuanto hace la declaratoria de calamidad pública respecto de situaciones atinentes a la prestación de un servicio público, que debe ser atendido mediante el empleo de los procedimientos normales de contratación; además, acusa que el Decreto impugnado lesiona el artículo 2° de la Ley #5901 de 20 de abril de 1976. En lo que toca al Decreto Ejecutivo #24463-MP-MOPT, el Contralor General manifiesta que "las medidas preventivas" se equiparan, en su trato, a la "emergencia nacional" propiamente dicha, lo que contradice los criterios esbozados por la Sala en la sentencia #3410-92; por otra parte, afirma que se realiza el dictado de calamidad pública respecto de meras hipótesis de carácter científico, lo cual –según el Organismo Contralor– no justifica la declaratoria de "emergencia nacional". Respecto del acto administrativo singular adoptado en el artículo 1° de la sesión 021-95, de 4 de octubre de 1995, acusa que la Comisión Nacional de Emergencias no tiene la facultad para realizar la declaratoria contemplada en el artículo 180 de la Constitución Política; asimismo, mediante este acuerdo se estipulan situaciones que deben ser atendidas mediante los procedimientos ordinarios de contratación. Indica que no existe relación de causalidad entre una temporada de lluvias especialmente fuerte y el daño de las vías públicas. Sobre el Decreto Ejecutivo #24653-S-MOPT-



MIRENEM, el Contralor General alega que el manejo de los desechos sólidos en el país no es una situación de tal magnitud que justifique su tratamiento diverso de los procedimientos normales de contratación.

III.- Aunque las disposiciones impugnadas se encuentran derogadas por la entrada en vigencia de los Decretos Ejecutivos #25779-S, #257780-MP, #25775-MP-MINAVAH-MOPT y #25781-MP-MOPT-MINAE, todos de 30 de octubre de 1996; la acción conserva interés actual, en la medida en que su vigencia y aplicación produjeron efectos con implicaciones en la validez de los actos jurídicos que dictó el Estado al amparo de esas normas.

IV.- Sobre el estado de necesidad y urgencia. La Sala Constitucional en varias ocasiones ha tenido la oportunidad de desarrollar los alcances de lo estipulado en el artículo 180 de la Constitución Política. Dicha norma establece:

Artículo 180.- El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo.

Todo proyecto de modificación que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo anterior.

Sin embargo, cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento.

Así, la Sala en sentencia #3410-92, de las 14:45 horas de 10 de noviembre de 1992, señaló:

"V- El concepto y los efectos de la facultad de modificación presupuestaria para atender gastos imprevistos originados en razones de urgencia, de conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política en su párrafo tercero, aunque no con la claridad deseada, se deducen de la lectura del acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Los términos "conmoción interna", "guerra" y "calamidad pública", en cuanto excepciones al "principio de la fuerza restrictiva del Presupuesto", definido por los proponentes del texto constitucional, "como la obligación de los Poderes Públicos de respetarlo como un límite infranqueable de acción para el uso y disposición de los recursos públicos", encuentran su antecedente ordinario en la Ley No. 200 de 6 de setiembre de 1945, llamada Ley Orgánica del Centro de Control, que en su artículo 22 disponía literalmente :

"Artículo 22.- El Centro de Control verificará el cumplimiento de lo ordenado en el artículo segundo de la Ley de Presupuesto.

Si considera que alguna erogación es objetable legalmente, ha de pronunciarse por escrito a ese respecto, en el perentorio término de tres días, a partir de la fecha de recibo.

A pesar de la oposición del Centro, al Poder Ejecutivo le asiste el Recurso de Insistencia, si viene respaldado por el Consejo de Gobierno y si concreta los fondos que habrán de aplicarse especialmente al gasto objetado. En esas condiciones, el Centro dará el pase, siempre que además el decreto se contraiga a gastos inaplazables provocados por conmoción interna, disturbios, agresión exterior, epidemias, hambre u otras calamidades públicas que hagan ineludible la medida.

De previo a su ejecución ha de quedar publicado el decreto en el Periódico Oficial, junto con los motivos de resistencia del Jefe del Control y las razones que hayan originado el recurso y obliguen al Ejecutivo a mantenerlo.

Al propio tiempo dará cuenta al Congreso, esté o no reunido."

En consecuencia, es necesario advertir que en la enumeración ejemplarizante del párrafo tercero y del párrafo último del artículo 22 citado (a propósito resaltados), no queda otro margen de interpretación jurídica, como no sea el de calificar "conmoción interna", "disturbios", "agresión exterior", "epidemias", "hambre" y "otras calamidades públicas", como manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Público como "estado de necesidad y urgencia", en virtud del principio "salus populi suprema lex est", entendiendo que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite esperar a que se tramite y apruebe una ley); y en el Derecho Penal, como "estado de necesidad", o sea, "una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico", . Y es este el mismo sentido del texto del artículo 180 constitucional.

VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". Este principio sujeta, a la vez, otros conceptos como los jurídicos indeterminados, dentro de los que se encuentra la urgencia. Empero, doctrinariamente se distingue entre mera urgencia y "estado de necesidad y urgencia", implicando éste, en alguna forma a aquélla, pero sólo para calificarla y no para definirla, y se explican sus alcances al señalar, por ejemplo, que es la magnitud de una catástrofe natural y sus consecuencias lo que delimita el concepto, y no la urgencia misma en brindar rápida atención a las personas o bienes afectados, que son sus efectos directos.

VII.- Tanto el antecedente legislativo de la Ley del Centro de Control, como el artículo 180 de la Constitución Política, se refieren a verdaderos "estados de necesidad y urgencia" y no a la mera urgencia, que no es otra cosa más que la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de como ha sido manejada ella misma, y, bajo este presupuesto básico, la Sala entiende que lo que el Constituyente plasmó en su norma, es la posibilidad jurídica de que la Administración mediante procedimientos administrativos excepcionales, expeditos y simplificados, enfrente el estado anormal en que se llegue a encontrarse ante un evento de esa índole, y no una simple justificación de los actos que emite. De manera que la norma constitucional bajo análisis, sanciona expresamente las circunstancias de "guerra", "conmoción interna" y "calamidad pública", como las que pueden ser objeto de su propio tratamiento de excepción y que deben entenderse dentro de la más rancia definición de la fuerza mayor o, a lo sumo, del caso fortuito, es decir, sucesos que provienen de la naturaleza, como los terremotos y las inundaciones, o de la acción del hombre, como tumultos populares, invasiones y guerra, o de la propia condición humana, como las epidemias, eventos que son sorprendidos e imprevisibles, o aunque previsibles, inevitables; se trata, en general, de situaciones anormales que no pueden ser controladas, manejadas o dominadas con las medidas ordinarias de que dispone el Gobierno. De manera que la "emergencia" que ha contemplado el artículo 180 constitucional resulta ser un concepto jurídico indeterminado, porque no se determinan exactamente sus límites, precisamente a causa de que se está refiriendo a un supuesto de la realidad, que permite concreción o precisión al momento de aplicarse y que se opone, frontalmente, al concepto de la simple urgencia. Desde esta perspectiva y a manera de conclusión, resulta válida la afirmación de la Procuraduría General de la República, en el sentido que la sola existencia del párrafo 3° del artículo 180 de la Constitución Política, bastaría como norma de previsión suficiente que no requiere desarrollo legislativo especial para que la Administración enfrente un "estado de necesidad y urgencia", sin presentar problema alguno frente al principio de legalidad. Sin perjuicio, como de lógica se infiere, que la ley y los reglamentos,



puedan desarrollar el tema, pero dentro del sentido unívoco y los límites dispuestos por la norma constitucional. " (En sentido similar sentencias #2011-98, de las 18:06 horas de 24 de marzo de 1998 y # 6782-94, de las 15:15 horas de 22 de noviembre de 1994)

Como se expuso en la sentencia transcrita, mediante la declaratoria de estado de necesidad y urgencia la Administración queda facultada para proceder mediante la utilización de procedimientos administrativos excepcionales –como lo es, por ejemplo, la modificación del destino de una partida presupuestaria– para solventar un evento originado a consecuencia de las fuerzas naturales, o bien por actos del hombre. Así, la situación que justifique la "declaratoria de emergencia nacional" debe interpretarse bajo un criterio restrictivo, por lo que sólo puede proceder ante hechos que califiquen como fuerza mayor o, a lo sumo, caso fortuito. Cabe agregar –de acuerdo con la sentencia mencionada– que el estado de necesidad y urgencia difiere de la noción de mera urgencia, que hace alusión a " la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de como ha sido manejada ella misma ", en cambio la noción de estado de necesidad y urgencia únicamente acontece ante la producción hechos que no pueden solventarse mediante el ejercicio de los procedimientos administrativos ordinarios. Por otra parte, se debe diferenciar entre las nociones de "estado de necesidad y urgencia", "la urgencia en satisfacer necesidades colectivas, motivadas por razones metajurídicas y la "urgente necesidad": el primero hace alusión al fenómeno excepcional –fuerza mayor o caso fortuito– que motiva la producción de actos extraordinarios para atenderlo; los segundos se refieren a la necesidad de mejorar los servicios públicos, que por la misma actividad de los entes públicos y por la forma como se realiza su prestación, se han colocado en una situación de inminente necesidad de actualización y mejoramiento; sin embargo, según se expuso en la sentencia comentada, esta necesidad no justifica, desde ningún punto de vista, la utilización de procedimientos excepcionales. La Administración se encuentra sujeta al cumplimiento del principio de legalidad, el cual, más que la sujeción a la ley, impone la obligación de sujetarse al ordenamiento, en este caso, a la utilización de los procedimientos normales de contratación y de manejo de la Hacienda Pública. Una interpretación contraria a lo dicho en esta sentencia viola el Derecho de la Constitución, por cuanto produce la evasión de los mecanismos y procedimientos mencionados, establecidos por el Constituyente con la finalidad de proteger –entre otros fines– la tutela en el manejo de los recursos públicos.

V.- Sobre la impugnación del artículo 1° apartes c) y d) del Decreto Ejecutivo #23321-S, de 18 de mayo de 1994. Acusa el Contralor General que lo dispuesto por esta norma excede los supuestos contemplados en el artículo 180 de la Constitución Política para la declaratoria de estado de necesidad y urgencia. En su criterio, la prestación ineficiente de los servicios públicos no puede considerarse como "emergencia nacional". Ahora bien, al analizar la norma cuestionada, la Sala estima que la determinación de la crisis del Sistema Hospitalario Nacional y el suministro de agua potable en todo el país, como estado de necesidad y urgencia, viola el Derecho de la Constitución. En efecto, la definición que hace el Poder Ejecutivo en el Decreto impugnado excede los criterios expuestos por esta Sala en sus pronunciamientos. Nótese que la prestación eficiente de los servicios públicos –en este caso, los servicios de agua y salud– constituye un deber ineludible del Estado, de conformidad con el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública. En este sentido, la Sala en la sentencia #3410-92 –ya citada– señaló:

"XVI- La Sala encuentra, en la ejemplarización que hace la Procuraduría General de la República (el suministro de agua y la generación de energía eléctrica), y referidos en el Considerando XIV anterior, precisamente, una prueba del uso indebido, por parte del Poder Ejecutivo, de las atribuciones que le confiere el artículo 180 constitucional. Ambas actividades, dirigidas a satisfacer necesidades, en primer término individuales y en sentido más amplio, colectivas, son, sin ninguna duda, manifestaciones típicas de los servicios públicos, cuya administración nuestro régimen jurídico ha encargado a dos instituciones autónomas. Es público y notorio, porque son notas



esenciales que informan la correcta administración de la prestación de esos servicios, que la programación de las obras de desarrollo está en relación directa con el aumento, comprobado estadísticamente, del número de usuarios y por ello, resulta imprescindible una política permanente de planificación de las inversiones para hacer compatibles la oferta y la demanda del servicio. No concibe la Sala que las instituciones encargadas de esos servicios, dejen decaer el desarrollo de las propias fuentes de producción, hasta el límite de ingresar en una espiral peligrosamente deficitaria, poniendo en peligro la estabilidad de los habitantes del país, en lo que dependan de esos mismos servicios. Precisamente, la idea central de la planificación es la racionalidad, que supone que en medio de una gran cantidad de posibilidades, es necesario escoger racionalmente las mejores alternativas, a los efectos de realizar los valores finales que se persiguen, reduciendo así, el número de variables a unas pocas, las mejores, compatibles con los recursos con los que se cuenta. Por eso resulta inaceptable, a partir del contenido del artículo 180 constitucional, que la Administración activa permita que el desarrollo de sus inversiones, para la actualización de la oferta de los servicios públicos, llegue a tal estado de inercia que la conviertan en un "problema de urgente solución" y desde este enfoque, la urgencia resulta ser, evidentemente, lo opuesto a la planificación, la más básica de las funciones administrativas."

De ningún modo puede calificarse lo previsto en el Decreto cuestionado como estado de necesidad y urgencia, salvo que la prestación de tales servicios sea impedida por hechos naturales que califiquen como fuerza mayor o caso fortuito; caso contrario, la Administración deberá recurrir a sus procedimientos ordinarios para dotar a estos servicios de eficiencia, en estricto apego al principio reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política. En síntesis, no se observa ninguna situación de excepción que justifique la declaratoria de estado de necesidad y urgencia. Así, al considerarse en esta sentencia que lo dispuesto en el artículo 1° apartes c) y d) del Decreto Ejecutivo #23321-S viola el Derecho de la Constitución, debe declararse con lugar la acción en lo que a este extremo corresponde, anulando las normas impugnadas.

VI.- En lo que toca al Decreto Ejecutivo #23394-MOPT, de 10 de junio de 1994. Acusa el accionante que la norma cuestionada –mediante la cual se declaró "emergencia nacional" la situación del alcantarillado sanitario y el acueducto de agua potable en el valle El Guarco– lesiona el Derecho de la Constitución, en virtud de las razones expuestas en el caso del artículo 1° apartes c) y d) del Decreto Ejecutivo #23321-S. Además, manifiesta que el Decreto en cuestión viola el artículo 2° de la Ley #5901 de 20 de abril de 1976, que establece un término de 30 días para el mantenimiento del estado de necesidad y urgencia. Se estima que el Decreto impugnado lesiona el artículo 180 constitucional. Como bien lo señala el representante estatal en su dictamen, el problema del alcantarillado sanitario en el valle El Guarco, lejos de constituir una situación de "emergencia nacional", califica como una situación de mera urgencia, que debe ser atendida mediante el ejercicio de los procedimientos ordinarios de la Administración. Así las cosas, al considerarse en esta sentencia que el Decreto Ejecutivo #23394-MOPT contradice la Constitución Política, debe declararse su inconstitucionalidad y, por ende, ordenar su anulación. Consecuentemente, debe declararse con lugar la acción en lo que a este punto se refiere.

VII.- Finalmente, se omite pronunciamiento sobre los otros argumentos esgrimidos por las partes que fundamentan la inconstitucionalidad del Decreto en cuestión, por considerarse innecesario en la resolución del presente asunto.

VIII.- Sobre la impugnación del Decreto Ejecutivo #24463-MP-MOPT, de 23 de junio 1995. La Sala acoge los razonamientos formulados por el Contralor General de la República y el Procurador General Adjunto y declara la inconstitucionalidad del Decreto en cuestión. Lo anterior por cuanto, el Decreto impugnado realiza la declaratoria de estado de necesidad y urgencia respecto de situaciones futuras e inciertas, cuando sólo procede ante la realización de eventos producidos en condiciones de fuerza mayor o caso fortuito. En otras palabras, el fenómeno que motiva la facultad contemplada en el artículo 180 párrafo 3° de la Constitución Política debe generar efectos ciertos.



Las medidas preventivas que acuerde el Poder Ejecutivo, o en su caso la Comisión Nacional de Emergencias, no se pueden equiparar al estado de necesidad y urgencia; además, se deben desarrollar mediante la utilización de los procedimientos establecidos en el ordenamiento para el manejo ordinario de los recursos públicos. Consecuentemente, lo procedente es declarar con lugar la acción en lo que a este punto corresponde, ordenando la anulación del Decreto Ejecutivo #24463-MP-MOPT.

IX.- En cuanto al artículo 1° de la Sesión #21-95, de 4 de octubre de 1995. De conformidad con el artículo 180 párrafo 3° de la Constitución Política, el único órgano que se encuentra facultado para dictar el estado de necesidad y urgencia es el Poder Ejecutivo. Cualquier otro órgano u ente que actúe en ejercicio de esta facultad –de realizar la declaratoria– se arroga competencias que constitucionalmente no le son propias. Por tal razón, el acuerdo tomado por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencias –en el cual se declaró "emergencia nacional" la reparación de varias carreteras nacionales– viola el Derecho de la Constitución, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad. Por demás, el Decreto Ejecutivo trata sobre cuestiones que deben manejarse mediante los procedimientos ordinarios de la Administración para el manejo de la Hacienda Pública. Lo anterior por cuanto, según el criterio vertido por la Sala en la sentencia 3410-92, la prestación eficiente de los servicios públicos constituye un supuesto de mera urgencia, que no constituye razón suficiente para excepcionar los mencionados procedimientos ordinarios de actuación. En virtud de lo expuesto, procede declarar con lugar la acción en lo que a este extremo toca, anulando por violar el Derecho de la Constitución el acuerdo impugnado.

X.- Tocante al Decreto Ejecutivo #25653-S-MP-MOPT-MIRENEM, de 21 de agosto de 1995. El Contralor General afirma que lo dispuesto en este Decreto excede los criterios contenidos en el artículo 180 de la Constitución Política, para el estado de necesidad y urgencia. Dicho Decreto Ejecutivo " declara "calamidad pública" el problema de manejo y disposición final de desechos sólidos en todo el territorio nacional ". Por las razones expuestas en los considerandos anteriores, que justifican la anulación de las otras normas impugnadas en esta acción, debe declararse la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo #25653-S-MP-MOPT-MIRENEM. Dicho Decreto declara estado de necesidad y urgencia situaciones que corresponden a supuestos de mera urgencia. Nótese que el tratamiento de los desechos sólidos no constituye un evento de fuerza mayor o caso fortuito que justifique un tratamiento diverso del contemplado en el ordenamiento para el manejo de la Hacienda Pública. Así las cosas, debe declararse con lugar la acción en lo que a este extremo corresponde.

XI.- Conclusión. Al considerarse en esta sentencia que las normas cuestionadas violan el Derecho de la Constitución, lo procedente es declarar con lugar la acción, ordenando la anulación del artículo 1° apartes c) y d) del Decreto Ejecutivo #23321-S, de 18 de mayo de 1994; del texto íntegro del Decreto Ejecutivo #23394-MOPT, de 10 de junio de 1994; del texto íntegro del Decreto Ejecutivo #24463-MOPT, de 23 de junio 1995; del acto administrativo singular adoptado en la sesión #021-95, artículo 1°, de 4 de octubre de 1995; y del texto íntegro del Decreto Ejecutivo #24653-S-MOPT-MIRENEM, de 21 de agosto de 1995. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta sentencia produce efectos declarativos y retroactivos a la fecha de publicación en el Diario Oficial de los Decretos impugnados –27 de mayo de 1994, 22 de junio de 1994, 28 de julio de 1995, 10 de octubre de 1995- salvo lo referente aquellas situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación de los hechos, cuando estos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe, en cuyo caso produce efectos constitutivos e irretroactivos, a la fecha de publicación de esta sentencia.

Res: 2007-1082 ⁹

Legítima defensa: análisis doctrinario y jurisprudencial en relación con la carga de la prueba sobre su existencia

Texto del extracto

“ IV .- Que en los motivos tercero a sexto del recurso de la encartada se alega la fundamentación insuficiente y contradictoria de la sentencia y la inobservancia de las reglas de la sana crítica . Se solicita la nulidad del fallo y el juicio de reenvío para lo cual se argumenta, respectivamente, que: (i) no se valoraron todos los requisitos relativos a la legítima defensa alegada pues la conducta desplegada por la encartada era razonable para repeler la agresión que sufrió del hijo de la ofendida, de ésta y de su cónyuge quienes, en la propia cochera de su casa, la insultaban, el hijo de la ofendida la pateó por el estómago, le pegaban al punto que rasgaron su bata y le dijeron que la iban a matar, lo cual hizo que ella procediera como lo hizo pues eran más en número, de mayor corpulencia, estatura, de menos edad que ella y dos de ellos varones contra una mujer. Agrega que del video aportado por ella puede verse que el hijo de la ofendida la atacaba pues avanzaba y lo hacía a puño cerrado sin que pueda interpretarse que se defendía pues éste acto implica una retirada y la mano abierta; (ii) pese a que se rechazó la legítima defensa el tribunal, en folios 532 a 534, acepta que la mujer de bata -imputada- se defendía de los golpes del sujeto número uno -hijo de la ofendida- lo que denota que ella sufrió la agresión y aún así se le condena; (iii) se le restó credibilidad a la declaración indagatoria, la denunciante ocultó en su denuncia el ataque inicial, las declaraciones de Madrigal Cambronero y Rojas Solano son falsas y se invirtió en su contra la carga de la prueba pues, a folio 537 de la sentencia recurrida, se le exige demostrar con dictamen médico las lesiones que dice recibió del hijo de la ofendida; (iv) se le exige que hubiera llamado a la policía ante lo caldeado que estaba el ambiente pero ella no podía irse a ningún lado pues estaba en su propiedad y había disparidad física y numérica respecto a los agresores. Los motivos, por su conexidad , serán tratados conjuntamente en este acápite y, por mayoría, deben ser acogidos. En primer lugar hay que decir que corresponde al Estado acreditar la conducta típica, antijurídica y culpable por la que se sanciona penalmente a una persona. El encartado no tiene, como derivación del principio de inocencia, ninguna "carga probatoria" como, dicho sea de paso, tampoco la tiene el Ministerio Público (a pesar de que la Sala Constitucional así lo haya referido en los votos N° 1331-90 y N° 1052-91. El tema es polémico: un sector importante de la doctrina procesal niega que exista, en el proceso penal, carga de la prueba así: FLORIÁN, Eugenio. De las pruebas penales . Tomo I: De la prueba en general. Traducido por Jorge Guerrero. Editorial Temis, 3ª edición, Bogotá, 1998, pp. 144 y 280; VÉLEZ MARICONDE , Alfredo. Derecho procesal penal , tomo I, Editorial Lerner , 3ª edición, Buenos Aires, p. 342 y siguientes; CAFFERATTA NORES , José. La prueba en el proceso penal . Ediciones Depalma , 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1994, p. 31; JIMÉNEZ ASENJO , Enrique. Derecho procesal penal , Editorial Revista de Derecho Privado, volumen II , Madrid, p. 408 y siguientes; CLARIÁ OLMEDO, Derecho procesal penal , tomo II , Editorial Artes Gráficas, Argentina, 1983, p. 165 y siguientes; MICHELLI , Gian . La carga de la prueba . Editorial Temis S.A., Bogotá, 1989, p. 243 y siguientes; PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho

probatorio , Librería del profesional, Bogotá, 1ª edición, 1986, p. 15; PALACIO, Lino Enrique. La prueba en el proceso penal , Abeledo - Perrot , Buenos Aires, 2000, p. 41 (quien sí admite una carga de la prueba a cargo del querellante en los delitos de acción privada) y GIMENO SENDRA , Vicente; MORENO CATENA , Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Derecho procesal penal . Editorial Colex , 3ª edición, Madrid, 1999, p. 631 entre otros; en sentido inverso, sea aceptando que hay carga de la prueba se encuentran FRAMARINO DEI MALATESTA , Nicola . Lógica de las pruebas en materia criminal . tomo I, traducido por Carrejo y Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 4ª edición, 1988, p. 169 y siguientes quien establece que opera el citado principio aunque en forma limitada pues la defensa no debe acreditar su dicho hasta llegar a un grado de certeza sino sólo a hacer creíbles sus afirmaciones; FENECH , p. 748 citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES , Eduardo. Estudios de derecho procesal . Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974, p. 478, MORENO CATENA , Víctor (director). El proceso penal . volumen III , Editorial Tirant Lo blanch , Valencia, 2000, p. 2266 y siguientes y CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal (doctrina y jurisprudencia) . Tirant Lo Blanch , Valencia, 1999, p. 703), desde que él está sometido al principio de objetividad (artículos 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; 62, 63, 274, 286 incisos b) a g), 290 y 291 del Código Procesal Penal) por lo que, percatándose de que la verdad real del evento histórico riñe con su pretensión punitiva, debe plantear lo correspondiente aún a favor del encartado, concepto a todas luces extraño al onus probandi tradicional en el derecho procesal. Empero, ante la alegación de causas de atipicidad, justificación o exculpación tanto al Ministerio Público como al querellante concierne la constatación de los hechos acusados y la correlativa desacreditación de los citados argumentos. Es decir, si se demuestra el delito es porque se tiene certeza de la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad y su acreditación corresponde al ente acusador. Adicionalmente, como la duda favorece al procesado, si se alega alguna de esas causales, aunque no se demostraran los supuestos fácticos para su existencia, ello no implica que deba procederse al rechazo de la tesis, porque basta que no exista certeza de la antijuridicidad o de la culpabilidad para que deba resolverse a su favor (en este sentido cfr .: Chirino Sánchez, Alfredo/Salas, Ricardo. La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales . Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2004, pp. 101 ss . y Chinchilla Calderón, Rosaura/García Aguilar, Rosaura. En los linderos del ius puniendi . Investigaciones Jurídicas, San José, 2005 pp. 232-235). De allí que esta Cámara no comparta la posición asumida no sólo por alguna doctrina y jurisprudencia foránea sino por el máximo órgano de casación penal costarricense al indicar:

“En supuestos como el que nos ocupa, donde la parte acusadora aporta y se evacuan elementos probatorios que relacionan y vinculan directamente al imputado con los hechos ilícitos que se investigan, con lo cual el estado de inocencia que opera constitucionalmente en su favor cede y se debilita (o incluso desaparece por completo), debe entenderse que si el mismo rinde una versión en su defensa según la cual pretende exonerarse de la responsabilidad penal así establecida, lógicamente es a él a quien corresponderá demostrar su dicho en juicio, sin que con ello se esté reinvertiendo la carga de la prueba, ni quebrantando la garantía que recoge el numeral 39 de la Constitución Política. En este sentido esta Sala ha dicho lo siguiente: “...En casos como el presente, donde a través de pruebas claras y objetivas, valoradas con estricto apego a las reglas de la sana crítica, se ha llegado a establecer la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable, corresponderá a la defensa demostrar -si esa es la tesis que esgrime- la concurrencia de cualquier circunstancia eximente de responsabilidad. Lo anterior significa, sin más, que una vez acreditada la acción delictiva -y cuando no existan motivos suficientes para estimar lo contrario- el órgano de instancia no será responsable también de establecer la inexistencia de todos aquellos hechos que vendrían a enervar el juicio de reproche, es decir, no podrá exigírsele adicionalmente que demuestre que la conducta no estuvo amparada a una causa de justificación o de inculpabilidad...” Sala Tercera voto N° 635-2002 citando el N° 311-98. En igual sentido y de la misma sala el voto N° 744-2001 y el N° 1182-2003 en donde refiere: “...es la parte interesada quien debe hacer valer dicha circunstancia, quien aduce tener una causa de justificación debe probarla,

sin que con ello se menoscabe la presunción iuris tantum de inocencia que le favorece...”

Por ello, lleva razón el impugnante cuando señala que la sentencia viola el principio de inocencia al invertir la "carga probatoria" pues la decisión jurisdiccional indica, refiriéndose a la declaración de la encartada quien alegó que ella fue agredida primero por el hijo de la ofendida y luego por ésta y su esposo que llegaron a apoyar a aquel: "...la misma, tergiversa la verdad en procura de alegar la legítima defensa, en el sentido de que reaccionó, frente a los insultos, golpe y amenaza proferida por su víctima, aspectos que no son dignos de credibilidad por parte de este tribunal, no sólo porque queda desacreditada por la prueba de cargo, sino porque dichos aspectos no cuentan con prueba alguna que los respalde, como podría ser un dictamen médico " (folio 537, el destacado no es del original) y más adelante agrega "...la acusada ofrece una versión de descargo, considerando que actuó en legítima defensa, la cual se respeta pero no se comparte (...) también por dos razones muy importantes citadas líneas atrás, pero que ameritan reiterar, en primer lugar, no existe prueba alguna, como podría ser un dictamen médico que acredite el supuesto golpe de que fue víctima por parte de la ofendida, segundos antes de ella proceder supuestamente a defenderse..." (folio 539, destacado suplido). Es claro que, efectivamente, el tribunal a quo hace recaer, indebidamente, sobre la acusada la obligación de acreditar su dicho inobservando el principio de inocencia y el in dubio pro reo de allí derivado pero, por otro lado, la tesis sostenida por el tribunal de instancia carece de toda lógica desde que exigiría que, para que pueda haber legítima defensa, la persona que la alega haya debido ser lesionada previamente pues, de lo contrario, no sería admisible (ergo, si una persona saca un arma con el ánimo de disparar sin llegar a hacerlo porque el sujeto se defiende disparándole antes, según el tribunal de mérito, al no poderse acreditar con dictamen médico ninguna lesión no se configuraría la citada causa de justificación).

También lleva razón la defensa cuando señala que el fallo impugnado es contradictorio en su fundamentación . Nótese que el mismo tribunal describe el video en folios 532 a 534 y de allí conviene destacar algunas frases que, posteriormente no se analizan en el contexto de las otras declaraciones. Luego de indicar que el hijo de la ofendida (sujeto 1) pasa frente a la casa de la encartada (mujer de ropas blancas), se devuelve y se coloca al frente de la misma, se hace rápidamente para atrás, sale la encartada con quien intercambia palabras y luego ella se vuelve a introducir a su casa, agrega el tribunal: "...el sujeto 1 se coloca en posición de enfrentamiento (puede ser de ataque o de defensa). El sujeto 1 mueve sus brazos en forma de tirar golpes y entonces entra a la imagen una mujer de vestimenta oscura (la ofendida...) el sujeto 1 continúa en la posición dicha, hace movimientos con sus brazos hacia el lado, tirando golpes, junto con la mujer mayor de oscuro (...) la mujer mayor de oscuro se pierde del foco del video y cuando reaparece hace como un movimiento rápido, hacia adelante y atrás como aparentemente golpeando . Luego el sujeto 1 y la mujer mayor de oscuro hacen ademanes como llamando hacia sí. Continúan haciendo ademanes y hablando en dirección hacia la casa (...) Se observa a la mujer adulta de blanco dirigir movimientos con sus brazos contra la mujer mayor de oscuro, ésta levanta las manos evadiendo las movimientos como manotadas que le está proporcionando la mujer adulta de blanco, en la mano derecha de la mujer adulta de blanco se observa un objeto oscuro" (folios 532 y 533, las negritas son suplidas). No obstante, al momento de analizar la legítima defensa invocada por la encartada, el tribunal omite toda referencia a ese panorama en dónde él mismo, aparentemente, describía una agresión verbal y física previa del sujeto 1 al que supuestamente se une la ofendida. Por si fuera poco, el órgano de mérito les otorga credibilidad a las declaraciones de la ofendida y su esposo -pese a algunas imprecisiones que se atribuyen a la edad y a la enfermedad de la primera (ver folios 535 y 536)- pero luego niega credibilidad a otros testigos de cargo indicando "...claramente en el video se ve que este sujeto -refiriéndose al hijo de la ofendida- procede en distintas ocasiones, a colocarse en posición de enfrentamiento contra la acusada, propiamente levantando sus brazos y manos, por ende puños, y así se dirige al lugar donde se encuentra la acusada, además de volar una patada en la dirección donde se encontraba la imputada" (folio 538). Es decir, el tribunal parece aceptar que hubo una agresión ilegítima previa del hijo de la ofendida a

la encartada pese a lo cual niega, posteriormente, la legítima defensa alegada por la encartada cuando ella con su chancleta, sandalia, pantufla o como quiera que se le denomine, arremete contra la madre de ese sujeto que estaba junto a él y que también insulta o hace gestos de acometimiento como antes se indicara. Inclusive refiere el juez: "...la ofendida aparece en escena entrometiéndose en el asunto y añadiendo tanto palabras como ademanes o señas con sus manos; por lo que debe tomarse en cuenta, en primer lugar que más bien la acusada se encontraba en desventaja frente a su agresor (...) la ofendida no sólo interviene en un conflicto que no es suyo, sino que se interpone entre los dos ciudadanos que se encuentran intercambiando palabras y aparentes golpes, y procede a dirigir palabras y ademanes contra la acusada, por ende, tomando más tenso el ambiente, como se dice socialmente, más 'caliente' la gresca..." (folio 541 con destacado suplido; en sentido similar folios 543-544 en donde, al fundamentar el monto del daño moral, se considera una suma relativamente baja por la culpa concurrente en un delito doloso). Por otro lado nada dice la sentencia de las condiciones de modo en que se dieron los hechos (en la casa de la acusada, la contextura física del hijo de la ofendida y de la encartada, etc.) y alude a que el dicho de la imputada no es de recibo pues la prueba de cargo lo contradice cuando antes le ha negado valor probatorio a parte de esa prueba de cargo por estimar a dichos testigos complacientes (ver folios 537-538). Por último, la fundamentación es omisa cuando el tribunal, pese a reconocer que los testigos Arias Castro y Murillo Alvarado estuvieron en el lugar de los hechos y parte de su dicho está respaldado por el video aportado, los considera complacientes en virtud de ser familia o amistad de la encartada (cfr .: folio 539), pero sin dar explicaciones que fundamenten dicha aseveración y sin analizar el momento en que ellos se apersonan a dicho lugar para determinar si estaban en posibilidad, o no, de observar los hechos previos narrados por la encartada y descritos por el tribunal en el video. Las referencias contenidas en la sentencia a que se pudo buscar ayuda se hacen en relación con la ofendida y su hijo y no respecto a la encartada, motivo por el que no es necesario ninguna manifestación sobre el particular desde que no se le está solicitando al sujeto que alega que se defendía una conducta cobarde de fuga, como lo alega el recurrente. Todo lo dicho es razón suficiente para que se acojan estos motivos de casación y deba declararse la nulidad de la sentencia y el debate que le precedió, si éstas fueran las únicas quejas, que no lo son conforme se analizará."

Res: 2006-00477 ¹⁰

Legítima defensa: inexistencia de exceso por requerirse de una acción suficientemente disuasiva y útil, para impedir la continuación o aumento de la agresión

Texto del extracto

"I.- En el tercer acápite del recurso, se reclama falta de aplicación del artículo 28 del Código Penal. Argumenta la recurrente, que en la especie se acreditaron los dos requisitos exigidos para la existencia de la legítima defensa: a) que se trate de una agresión ilegítima y b) necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, no obstante lo cual se aplica indebidamente el artículo 29 del Código Penal, el que contempla el exceso en la defensa. Afirma la impugnante, que el Tribunal no tomó en cuenta las características personales del imputado: persona mayor y con padecimientos, frente al ofendido mucho menor, con mejor contextura física y fuerza, agresor doméstico peligroso, y en ese momento ebrio, lo cual en vez de disminuir su fuerza,



aumentaba el riesgo. Indica, que con esa combinación no se podía esperar una conducta diferente por parte del acusado. Se acoge el reclamo: En efecto, el Tribunal tuvo por cierta la necesidad de la defensa en el actuar del encartado, pero consideró que éste se excedió en el uso de los medios defensivos. Se acreditó en la sentencia, que entre el ofendido y Noily Yanory González Villalobos, hija del encartado, se dio una relación sentimental teñida de violencia doméstica. Que el día de los hechos, Castillo Venegas – perjudicado – toma del pelo a su ex – compañera y le dice a la esposa del acusado que no se meta en el asunto entre él y la hija, e intenta patearla. Al percatarse de la situación el justiciable, le pide al ofendido que se retire, y ante su negativa ingresa a la casa, toma un machete e impacta a Castillo Venegas, el cual cae al suelo y el acusado lo acomete en tres ocasiones más (hechos probados, folio 255). Al sustentar el fallo, el Tribunal razona que hubo exceso en la defensa porque con el primer machetazo el ofendido cayó al suelo, quedando indefenso, y por la circunstancia de que el perjudicado se encontraba borracho. Considera, que no había necesidad de propinar al ofendido cuatro “cinchazos”, menos aún, uno en la espalda (folio 278). Indica el Juzgador que existía razón para tener por acreditada la existencia de una amenaza actual e inminente y siendo el encartado una persona mayor, de menos contextura física que el ofendido y no existiendo otro medio de defensa, es entendible que fuera en auxilio de su familia, pero al equilibrar las acciones con el machete, la cantidad de machetazos desproporciona la amenaza, convirtiéndose en exceso en la defensa, de conformidad con el artículo 29 del Código Penal (folio 279). Criterio de la Sala: Se afirma en la doctrina, que el sustento de la legítima defensa “no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia” (Derecho Penal, Parte General, Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediar, 2000, página 583). Examinado integralmente el fallo, - hechos probados, descripción de la prueba, análisis de fondo -, considera esta Sala que la conducta del acusado, se encuentra amparada en la causal de justificación de legítima defensa. De conformidad con el artículo 28 del Código Penal, no comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; y b) necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. La condena afirma la existencia de una agresión ilegítima, analizando que el ofendido llegó a la casa de su ex-compañera sentimental, y a pesar de que ella le pidió que se fuera, él la tomó del cabello y ante el reclamo de la madre de la joven, por la agresión, arremetió a patadas contra la progenitora (folio 278). Respecto al requisito de la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, la sentencia alude a la diferencia de edad y contextura física entre sindicado y agraviado (el imputado casi doblaba la edad al ofendido), al historial de violencia doméstica del ahora herido hacia su compañera, sustentado en el juicio, tanto documental, como testimonialmente, y a la ausencia de otro medio de defensa (folio 279). Ante este cuadro que el fallo examina, y situándose en el momento del hecho, la forma en que se repele la agresión, a juicio de esta Sala, no resulta irrazonable, vista la negativa de Víctor Manuel, a retirarse del lugar, y el acometimiento a Noylin, su madre y su padre, así como el estado etílico de Castillo Venegas (folio 278), el cual, contrario a lo que indica el Tribunal, no fue una limitante para actuar, sino que en esa condición agredió tanto a su ex-compañera, como a la progenitora, y atentó contra la integridad del padre. De acuerdo con la narración de Noylin Yanori, a la que el Juzgador otorgó plena credibilidad, Víctor tomaba prácticamente todos los días, y con esa misma regularidad le pegaba (folio 273), lo que descarta que la ingesta etílica le hiciera vulnerable, sino más bien agresivo. En el contexto se requería una acción suficientemente disuasiva, útil para impedir que continuara o aumentara la agresión, todavía probable en razón de los antecedentes. La situación de defensa se mantiene desde que se inicia la amenaza al bien jurídico, hasta que cesa el peligro, lo cual debe analizarse en cada caso: “En cuanto a los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que ésta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Si bien la agresión no necesariamente es típica, cuando lo sea no deben identificarse estos momentos con la tentativa y la consumación, porque puede haber

legítima defensa contra actos preparatorios y sin que haya acto de tentativa, como también puede haberla después de la consumación” (Zaffaroni, obra citada, página 594). La conducta del encartado, en consecuencia, se encuentra justificada, al amparo del artículo 28 del Código Penal, por lo cual se casa la sentencia y se absuelve al imputado Rafael Gutiérrez Torres del delito de lesiones graves, que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de Víctor Manuel Castillo Venegas.”

Res: 2005-00838 ¹¹

Legítima defensa: imputado que percute dos veces arma de fuego en contra de un atacante desarmado

Texto del extracto

"III.- El punto g) del reclamo que formula el fiscal, resulta atendible . ACERCA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EXCESO. Tal y como se indicó [...], en los razonamientos que se plasmaron en la sentencia se explica que la decisión de fondo adoptada (que no fue una absolutoria conforme lo refiere el fiscal, sino una condenatoria) se apoyó en que, a criterio del Tribunal, ese cuadro fáctico que se tuvo por demostrado debe calificarse como constitutivo de un delito de homicidio en el cual medió una legítima defensa en exceso . No obstante, debe señalarse que en cuanto a este último aspecto de fondo lleva razón el fiscal recurrente al alegar que “ no se sustentó válidamente el supuesto exceso en la defensa ” (punto g del recurso). Al respecto se tiene que, sin explicar el por qué de ello, los Juzgadores simplemente señalan que en este caso la legítima defensa que ejerció el imputado fue excesiva (cfr. folio 283, línea 5 en adelante). Tal omisión hace surgir un vicio de falta de fundamentación jurídica, al no exponerse las razones que en este caso respaldan la aplicación de los artículos 29 y 79 del Código Penal. Esta Sala ha mantenido la tesis de que un defecto de tal naturaleza por sí solo no sería capaz de generar la nulidad de la sentencia, pues si bien es recomendable que los jueces expliquen el porqué se aplica determinada norma sustantiva, lo que al final de cuentas importa es que tal aplicación sea correcta , lo que se podrá constatar al confrontar esa calificación jurídica con la relación de hechos que se tuvo por demostrada: “... Para que la motivación sea completa, es suficiente que del fallo logren extraerse las razones que mediaron en la estructuración del juicio de culpabilidad, así como una clara relación fáctica que posibilite al órgano de casación el controlar la adecuada aplicación de la ley sustantiva ...” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 247-98, de las 09:25 horas del 20 de febrero de 1998. Ahora bien, a partir de este ejercicio, en el caso concreto que nos ocupa se advierte que la aplicación de la figura de la legítima defensa en exceso resulta errónea, pues la relación fáctica que se acreditó a partir de la prueba evacuada en juicio (según descripción que se incluyó en la sentencia de instancia) da cuenta más bien de una legítima defensa pura y simple, sin ningún exceso. De previo a exponer las razones que tiene esta Sala para afirmar lo anterior, es necesario transcribir las conclusiones fácticas y jurídicas que al respecto se expusieron en el fallo : “... no existe absolutamente ninguna duda de que el encartado Rigoberto Mejías Morales, dio muerte de dos disparos consecutivos al ofendido Stephen William Degrandmaison ... y tal acción lo hace responsable del hecho que se le atribuye, pues su accionar es típico y reprochable, ya que dio muerte a una persona disparándole dos veces a corta distancia, ello con el único fin de repeler el ataque del ofendido. V.- SOBRE EL EXCESO EN LA DEFENSA Y LA PENA. En la especie se ha tenido por probado que el ofendido ... llegó al inmueble propiedad de Rigoberto Mejías Brenes ... que por todos los medios posibles intentaba ingresar a dicha vivienda , en donde se encontraban refugiados Mejías Brenes, su esposa y sus tres hijos menores de edad. Que para lograr tal cosa,



daba golpes con las manos, con la rodilla y con los pies a la puerta de ingreso a la vivienda, y que siendo esta (sic) de una madera muy dura, como lo es la teca, se le hizo una hendidura de aproximadamente un metro de largo, luego trató de ingresar por una de las ventanas, a la cual intentaba despojar de sus verjas. Que al ver el inminente peligro en que se encontraban sus familiares, el imputado llamó a la calma al ofendido, quien al verlo se le fue encima en plan de ataque, por lo que el peligro ya no era solamente sus familiares, sino que él también corría peligro, tenemos entonces que existió un peligro real para los habitantes del inmueble y para el mismo imputado, pues la intención del ofendido Degrandmaison, no era solo ingresar a la vivienda, sino de atacar al señor Mejías Brenes, por la acción que éste había desplegado de sacarle sus pertenencias de la casa que le alquilaba y dejarlas en un lugar cercano al inmueble. La acción agresiva desplegada por el imputado fue necesaria, pues en el momento en que suceden los disparos simultáneos, el imputado no tuvo oportunidad evasiva, por la cercanía del hoy occiso a su cuerpo, de tal manera que dicha acción fue necesaria. Como se desprende de lo anterior, en la especie se dan todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación que se invoca, esto es, la necesidad razonable del medio empleado al existir un peligro real para los habitantes de la vivienda, como para el mismo imputado. Es por ello que este tribunal procede a declarar a Rigoberto Mejías Morales , autor y único responsable del delito de homicidio simple, con exceso en la defensa ...” (cfr. folio 281, línea 29 en adelante). Conforme se deduce de lo transcrito, a partir de esta relación de hechos los Juzgadores estimaron que se estaba en presencia de una legítima defensa en exceso, sin razonar el por qué de ello. Asimismo, a la hora de fundamentar el monto de la pena impuesta, se indicó lo siguiente: “... para la fijación de la pena, este tribunal ha tenido en consideración varios aspectos, pues si bien es cierto lo que se dio fue la muerte de una persona, cuya vida es inviolable material y constitucionalmente, y nadie está autorizado para hacerlo, también es cierto que se debe de tener en cuenta las circunstancias de cómo y porque (sic) se dieron estos hechos, pues el estado violento en que se encontraba la víctima y la manera en que se dice se enfrentó al imputado Mejías Morales, sin medir las consecuencias, pues hasta ahora no se ha podido comprobar que el ofendido portara arma alguna en sus manos, lo que aventajó el imputado, quien tenía un arma en su poder y sabía cuál era el resultado que se iba a dar, pues a un metro y medio de distancia entre ambos disparó en dos oportunidades en forma simultánea, con el resultado ya conocido por todos ... el imputado es una persona ahora de sesenta y tres años, prácticamente persona de la tercera edad, que el ofendido lo aventajaba físicamente en todo sentido, pues este (sic) media (sic) aproximadamente dos metros de estatura, contra la pequeña estatura del imputado, era más corpulento, contra la constitución física del imputado, que es delgado ...” (cfr. folio 283, línea 22 en adelante). Si bien no de manera expresa, de este párrafo transcrito pareciera derivarse de forma implícita que los Juzgadores basaron su criterio de que existió un exceso en la defensa, por el hecho de que el imputado haya repelido la agresión de que era objeto por parte del ofendido (quien venía desarmado), con un arma de fuego, lo que lo aventajaba con respecto a éste. Al respecto conviene mencionar que la proporcionalidad entre la agresión ilegítima y el medio empleo para repelerla, NO es un requisito para que se tenga por configurada la causal de justificación que se analiza, pues al respecto lo único que se exige es la necesidad y razonabilidad de la acción defensiva que se ejerce a través del medio empleado , sin importar que al final de cuentas dicho medio sea más lesivo que el que utiliza el agresor, o que éste sufra un daño mayor que el que se proponía infligir: “... La necesidad de la acción defensiva se define por un juicio objetivo. Para este juicio objetivo ex ante se toma como modelo el criterio de un tercero razonable, colocado en la misma situación del atacado, que debe juzgar las circunstancias en las cuales se encontraba éste. La necesidad de la acción defensiva existe cuando, desde de un cuidadoso examen de la situación y conforme al criterio de este hombre razonable, se llega a la conclusión de la necesidad de la acción defensiva ... la aplicación de las reglas del error o del exceso o solamente es posible después de hacer, conforme al criterio del observador imparcial, la valoración de la acción defensiva ... Si la acción de legítima defensa era necesaria, también lo será el resultado producido. Así por ejemplo ... quien se defiende de un ataque a puños y golpea en la

cara a su agresor, en una acción necesaria, no responde si tal acción produjo el resultado de sacarle el ojo. En todos estos casos existe un derecho legítimo de respuesta a la agresión y si la acción es necesaria, el resultado que se produce no es desvalorado jurídicamente ... Efectos innecesarios y graves de una acción necesaria de legítima defensa quedan cubiertos por la necesidad de la acción defensiva, pues al afirmarse la necesidad de la acción, queda comprendida en ella la peligrosidad del medio empleado ... Si la consecuencia de la acción defensiva no era "necesaria" (überflüssig) pero el autor no tenía la posibilidad de otra acción, ella está justificada, a falta de la disponibilidad de un medio de defensa menos lesivo ... Puesto que la legítima defensa no es una pena ni una venganza sino que sirve para la protección de los intereses amenazados contra ataques antijurídicos, existe el principio de la mayor conservación posible de los intereses del atacante. Conforme a este principio, el atacado debe escoger entre los medios disponibles para su defensa, el medio menos dañino y peligroso para realizarla ... El defensor debe optar por el comportamiento que es objetivamente más apto para impedir o repeler la agresión ... no habría que amenazar con emplear las armas ni hacer disparos de advertencia, si el sujeto no está seguro de que estas acciones detendrán la agresión ... Por ejemplo, en una agresión a puños el agente, si tiene un arma de fuego, debe utilizar primero los medios de contención, como es la amenaza de emplear el arma o un disparo de advertencia. Sólo cuando estas medidas de contención no funcionan, puede el agente emplear el medio más

peligroso pero más seguro de defensa. Incluso en este caso, si el agente debe usar el arma, debe causar el menor mal al atacante. Si para impedir o repeler el ataque basta con disparar a las piernas o a un lugar donde la herida no es mortal debe hacerlo antes de disparar a matar. Desde luego, cuando hay una agresión de matones especialmente peligrosos, o de individuos armados, puede estar justificado disparar de una vez a matar sin haber hecho previamente disparos de advertencia. En todo caso, la solución va a depender del caso concreto. Un individuo débil agredido a puños por un tipo fuerte, si solamente tiene un cuchillo o un arma de fuego para su defensa, puede usarlos para impedir o repeler la agresión ...", Castillo González (Francisco), " LA LEGÍTIMA DEFENSA ", Editorial Jurídica Continental, San José. 1ª edición, 2004. Páginas 184 a 188. En este mismo sentido se indica lo siguiente: "... La doctrina suele hablar de racionalidad para establecer la necesidad de la defensa. En Costa Rica debe desterrarse, de una vez por todas, la creencia que el legislador (sic) incluyó el análisis de la proporcionalidad de los bienes jurídicos en juego, aunque hay que reconocer que algún criterio de racionalidad puede tomar en cuenta un dato de proporcionalidad , pero no como requisito que haga desaparecer para el caso concreto la legítima defensa. Acoger la tesis de la proporcionalidad de los bienes, como si se tratara de un estado de necesidad, constreñiría al agredido dentro de una coordenada que no puede superar, por cuanto no le está permitido lesionar un bien del agresor de mayor valor que el amenazado, quedando condenado a sufrir la agresión ... La regla general consistirá, entonces, en que no habrá necesidad si era posible evitar el mal amenazante de otra manera idónea y menos drástica. De esa forma, el juicio concerniente a la proporcionalidad deberá concretarse a un análisis de los medios a disposición del agredido y los medios por él usados. En consecuencia, no estará inobservando la necesidad racional del medio empleado cuando, a pesar de ser en abstracto muy superior al que se hubiera requerido para repeler o impedir la agresión, en la especie concreta era el único disponible, aunque implique para el agresor un daño mayor al que éste amenazaba con causar ... En síntesis, la defensa es válida mientras subsista el riesgo para el bien jurídico y, no habiendo un recurso menos lesivo, sea útil para eliminarlo y superarlo ..." Chirino Sánchez (Alfredo), y Salas Porras (Ricardo), " LA LEGÍTIMA DEFENSA ", investigaciones Jurídicas S.A., San José. Re-impresión de la 1ª edición, diciembre de 2004. Páginas 66 a 72. De acuerdo con las citas doctrinarias antes expuestas, resulta claro que el hecho de que en este caso el imputado haya utilizado un arma de fuego (la que percutió en dos oportunidades seguidas) para repeler la agresión de que era objeto por parte del ofendido, de ningún modo desnaturaliza los presupuestos de la legítima defensa, ni la convertirían en excesiva. Al respecto no podría perderse de vista que, según se indica en el fallo,



tal acción fue absolutamente necesaria para evitar que el occiso consumara su ataque, pues por la rapidez de la maniobra de éste, aquel no tuvo otra posibilidad de reacción. Además, se tuvo por cierto la evidente, notoria e innegable desigualdad existente entre ambos, pues mientras el imputado es un hombre de más de 60 años, delgado y de baja estatura, el occiso tenía cincuenta años, medía alrededor de un metro noventa y tenía una contextura física muy fuerte, pues los testigos lo describen como “ corpulento ” (cfr. folio 281, línea 6 en adelante). Aunado a lo anterior, siendo éste el dato más importante, de la propia dinámica del homicidio (según se describe en el fallo) se advierte sin mayor dificultad que, salvo esa arma de fuego, el imputado no contaba con otro medio para repeler la agresión que, siendo efectivo de cara a ese propósito, al mismo tiempo fuese menos lesivo. Tampoco podría reprochársele el que, de previo a accionar su arma, no haya hecho un disparo de advertencia, o que no haya amenazado al occiso Degrandmaison con usarla, pues debido al estado de ofuscación de éste (quien se mostraba violento, hostil, amenazante y agresivo), así como por la rapidez de los acontecimientos y la cercanía entre ambos protagonistas, no existiría fundamento alguno para siquiera suponer que hubo tiempo para desplegar esa conducta disuasoria, o que la misma hubiera evitado la agresión, es decir, que hubiera hecho retroceder al ofendido. El mismo análisis podría hacerse en cuanto a una eventual acción de huida del encartado, pues aunado a que no tenía por qué hacer tal cosa, tampoco existen elementos como para suponer que lo hubiera podido hacer de manera efectiva. Siendo ello así, es claro que en la especie se cuenta con todos los elementos requeridos para tener por configurada una legítima defensa pura y simple (sin exceso), pues conforme se deriva del contenido de la sentencia de mérito, el encartado percutió en dos oportunidades su arma de fuego con el único fin de repeler la inminente agresión que en su contra desplegaba el ofendido, siendo ésta la única y necesaria acción que podía desplegar para ello. Dentro de este contexto conviene hacer algunas precisiones en cuanto a dicha agresión , pues del contenido del reclamo se aprecia que el fiscal reprocha el que los Juzgadores no hayan hecho referencia a ese concepto. Al respecto se debe partir deben analizar dos aspectos, a saber: (i).- LA AGRESIÓN DE QUE FUE OBJETO EL OFENDIDO STEPHEN WILLIAM DEGRANDMAISON. Según se extrae del contenido de la decisión, se tiene que la causa que origina y hace surgir la conducta violenta, agresiva y peligrosa del ofendido, se ubica en el desalojo ilegal (por las vías de hecho) que ejecutó en su perjuicio el testigo Rigoberto Mejías Brenes, hijo del acusado. En efecto, según se tuvo por demostrado en juicio, éste le alquiló a aquel una casa de habitación de su propiedad, y debido a que para el día en que se desarrollan los hechos existían varios meses de atraso en el pago de la renta, decidió hacerse justicia por su propia mano (aún no había obtenido una orden judicial de desalojo), para lo cual ingresó a dicho inmueble y sacó todos los enseres y pertenencias del occiso, valiéndose de que en ese momento no se encontraba nadie ahí. Una vez cumplido lo anterior, el testigo Mejías Brenes se encerró en la vivienda junto con su esposa y cuatro menores de edad (tres hijos suyos, y un hermano de ésta), y procedió a llamar por teléfono al ofendido, informándole que ya lo había desalojado a fin de procediera a recoger sus pertenencias, las cuales se encontraban en la vía pública. Si bien es cierto esta acción resulta abiertamente ilegal, incluso hasta podría configurar un delito, de modo que desde la perspectiva del occiso implicaba una agresión ilegítima, no podría perderse vista que para el momento en que éste se presenta al lugar, lo cual ocurre según los testigos unas dos horas después, la misma ya había perdido su condición de actual , por cuanto dicho desalojo ya estaba consumado y no había forma de evitarlo. Siendo ello así, es claro que en tal situación lo que el ordenamiento jurídico podía esperar del desalojado era que acudiera a las autoridades competentes en tutela de sus derechos vulnerados, no obstante lo cual también decidió tomarse la justicia por su cuenta, y movido por sentimientos de ira y venganza, trató por todos los medios de ingresar a la casa, no con el propósito de evitar el desalojo (que de cualquier modo ya no podía evitar, pues materialmente estaba consumado) sino más bien con la clara intención de agredir al justiciable Mejías Brenes. Vistas así las cosas, resulta necesario concluir que, independientemente de lo reprochable de la conducta de éste, el ofendido actuó al margen del Derecho, de tal forma que a partir de ese momento no estaba amparado en ninguna causal que excluyera la antijuricidad



de sus acciones. Por el contrario, de acuerdo a un análisis ex ante, su comportamiento era aún más reprochable -incluso- que aquel que motivó su enfado, pues mientras Rigoberto Mejías Brenes se valió de la clandestinidad para perpetrar el desalojo (que en todo caso tuvo su origen en la efectiva falta de pago del precio del alquiler), la acción que el occiso Degrandmaison emprendió evidencia un mayor menosprecio del Derecho y de los derechos ajenos, pues trató de ingresar por la fuerza al inmueble a fin de agredir físicamente a su casero, con respecto al cual sabía que estaba en condición de moroso. Además, motivado por la cólera y los deseos de venganza, decidió atacar al padre de éste (el imputado) cuando lo llamó a la calma y la cordura. (ii).- LA AGRESIÓN DE QUE FUE OBJETO EL IMPUTADO. Ahora bien, desde la óptica en la que se vienen analizando los hechos, resulta claro que el inminente ataque de que iba a ser objeto por parte del ofendido, implicaba para el imputado una agresión ilegítima que no tenía por qué tolerar, contra la cual podía válidamente ejercer una acción defensiva violenta, conforme lo hizo. Al respecto debe señalarse que aún en el supuesto de que se admitiera que el señor Mejías Morales contribuyó de alguna manera a la agresión previa de que fue objeto el occiso (esto es, el desalojo ilegal que se realizó por las vías de hecho su hijo), ello en nada desnaturalizaría los presupuestos fácticos de la legítima defensa que ejerció. Nótese que, según lo indicó el testigo Mejías Brenes en su deposición oral, a pedido suyo su padre lo llevó a él y a su familia al lugar de los hechos, a pesar de que sabía que ahí se dispondría a ingresar a la vivienda alquilada, y a desalojar al inquilino moroso sin contar con una orden judicial que así lo respaldara (cfr. folio 271, línea 20 en adelante). Al respecto se tiene que aún y cuando se estimara que con tal conducta el imputado de algún modo cooperó con su hijo en dicho desalojo (que al final de cuentas fue la causa que desencadenó la reacción violenta del ofendido), no podría dejarse de lado que, según se explicó anteriormente, para el momento en que éste llegó al sitio esa agresión ya no era actual, de donde no podría sostenerse que la actuación del mismo estaba dirigida a repelerla, y por ello autorizada por el ordenamiento jurídico (causa de justificación). El análisis expuesto de ningún modo tiene como propósito el justificar o avalar la acción ilegal de desalojo que precedió al homicidio, pues su reprochabilidad resulta clara y manifiesta, sino más bien resaltar lo ilícito y contrario a Derecho que también resultó el comportamiento del occiso, todo lo cual hace que jurídicamente se den los presupuestos requeridos para la configuración de una legítima defensa pura y simple (sin exceso) de parte del imputado. Con base en lo anterior, si bien es cierto la defensa pública en este caso no ejerció ningún recurso contra la decisión de instancia, sino que la constatación del yerro de fondo en el que incurrió el tribunal surgió a raíz del reclamo identificado como g) que planteó el Ministerio Público, es necesario hacer notar que conforme al artículo 450 del Código Procesal Penal, en dichos supuestos es obligación del órgano de casación enmendar el vicio y resolver (aún de oficio) de acuerdo a la norma sustantiva aplicable. Siendo ello así, al constatarse que de acuerdo a la base fáctica que se tuvo por demostrada en la sentencia de mérito, se configuró una legítima defensa pura y simple (sin exceso), se procede a ABSOLVER al imputado RIGOBERTO MEJÍAS MORALES de toda pena y responsabilidad por el delito de HOMICIDIO SIMPLE que en daño de STEPHEN WILLIAM DEGRANDMAISON le ha venido siendo atribuido por parte del Ministerio Público. Son las costas a cargo del Estado. Una vez firme esta resolución, archívese el expediente.

"

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Díaz Palos, Fernando. Estado de necesidad. Editorial Bosch. Barcelona, España. s.f
- 2 Cardini, Eugenio. Estado de necesidad. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1967
- 3 Gonzalo Villalobos, Jorge E. Estado de necesidad. Su aplicación. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1983.
- 4 Requejo Conde, Carmen. La legítima defensa. Tirant lo blanch. Valencia, 1999
- 5 LEY NACIONAL DE EMERGENCIAS Y PREVENCIÓN DEL RIESGO. Ley No. 8488 del 22 de Noviembre del 2005. Publicado en La Gaceta No. 8 del 11 de Enero del 2006
- 6 CÓDIGO PENAL. Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970. Publicado en La Gaceta No. 257 de 15 de noviembre de 1970
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintiocho de mayo del dos mil nueve.
- 8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con treinta minutos del catorce de febrero del dos mil uno.-
- 9 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las catorce horas con treinta y cinco minutos del veinticinco de setiembre de dos mil siete.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas diez minutos del veintiséis de mayo de dos mil seis.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas del veintinueve de julio de dos mil cinco.