

IV. TEMAS DIVERSOS

29) <i>LEGÍTIMA DEFENSA Y PROCESO</i>	605
<i>A) Disculpa previa</i>	605
<i>B) Enfoque del tema</i>	606
<i>C) Delimitación y orden expositivo</i>	607
<i>D) Legítima defensa sin derivación procesal</i>	608
<i>E) Legítima defensa definida en vía procesal:</i>	610
<i>a) Subsidiaridad penal y procesal de la institución;</i>	611
<i>b) Órgano y momento para la calificación;</i>	611
<i>c) Procesamiento y medidas cautelares;</i>	619
<i>d) Cuestiones atinentes a las partes:</i>	622
<i>a') Responsabilidad penal;</i>	622
<i>b') Responsabilidad civil;</i>	625
<i>e) Problemas probatorios;</i>	625
<i>f) Peculiaridades impugnativas;</i>	631
<i>g) Uso y abuso defensivos de la legítima defensa</i>	633
<i>F) Utilización del proceso como instrumento de real o aparente legítima defensa</i>	634

LEGÍTIMA DEFENSA Y PROCESO *

A) *Disculpa previa.*— B) *Enfoque del tema.*— C) *Delimitación y orden expositivo.*— D) *Legítima defensa sin derivación procesal.*— E) *Legítima defensa definida en vía procesal:* a) Subsidiaridad penal y procesal de la institución; b) Órgano y momento para la calificación; c) Procesamiento y medidas cautelares; d) Cuestiones atinentes a las partes: a') Responsabilidad penal; b') Responsabilidad civil; e) Problemas probatorios; f) Peculiaridades impugnativas; g) Uso y abuso defensivos de la legítima defensa.— F) *Utilización del proceso como instrumento de real o aparente legítima defensa.*

1) A) *Disculpa previa.*—La invitación para colaborar en el homenaje a mi muy querido e ilustre condiscípulo el R. P. Julián Pereda Ortiz, llegó a mi poder, en México, a los cuatro meses largos de haber sido expedida en España y en vísperas de salir hacia Chile a fin de desempeñar en la Universidad de Concepción, durante un semestre, la cátedra de Derecho Procesal patrocinada en ella por la Organización de los Estados Americanos. Debido a ambos factores, el presente trabajo se ha compuesto en circunstancias sumamente desfavorables, sin los necesarios elementos de consulta, puesto que el número de volúmenes poseídos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Concepción en sus secciones de Derecho penal y de Derecho procesal es sobremanera exiguo¹ y, para colmo de males, bastantes de ellos resultan anticuados o de escaso valor. Atribúyense, por tanto, a tales causas las deficiencias en cuanto a aparato bibliográfico, así como también la imprecisión de ciertos datos y la provisionalidad de las conclusiones, en un estudio, que tiene, por lo mismo, mucho más de esbozo o de tanteo que de construcción definitiva. Y sin embargo, como no hay mal que por bien no venga, esa escasez de materiales ha ofrecido la ventaja de obli-

* Publicado en *Estudios Penales: Homenaje al P. Julián Pereda, S. J., en su 75º aniversario* (Bilbao, 1965), pp. 1-28. Pese a la similitud en el título, mi trabajo sigue derroteros muy distintos del caso expuesto por KLEE (*Notwehr im Prozess*, en "Deutsches Recht", 1939, pp. 129 y ss.) y objeto de un breve comentario de CALAMANDREI (*Legítima difesa nel processo?*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1939, II, p. 311).

¹ Merced al esfuerzo de quienes actualmente se encuentran al frente de la Facultad —a saber: don Manuel SANHUEZA CRUZ, decano y don Juan BIANCHI BIANCHI, director—, la situación a que aludimos está próxima a cambiar.

garme a una más estricta y aislada contemplación del asunto, con menor margen para digresiones o extravíos por rutas laberínticas.

2) *B) Enfoque del tema.*—Aun cuando mi primitiva vocación de jurista, surgida en el ya lejano curso de 1926 a 1927, cuando tanto el padre Pereda como yo estudiamos en Madrid la correspondiente asignatura con el profesor Jiménez de Asúa, fue la de penalista,² posteriormente la reemplacé por la de la disciplina que desde hace más de treinta años cultivo; y precisamente de algunos aspectos de la legítima defensa desde el ángulo procesal tuve ocasión de tratar, a poco de incorporarme a la Universidad de México, en el que acaso sea el menos defectuoso de mis libros: *Proceso, autocomposición y autodefensa*,³ con especial referencia a la interesantísima figura, tan próxima a la del juzgador, de quien actúa, no para defenderse a sí mismo, sino en beneficio de un tercero.⁴ Prosigo hoy esa trayectoria, con abstracción, por consiguiente, de planteamientos de derecho penal sustantivo,⁵ salvo, dicho se está, las imprescindibles invocaciones de tal índole que el análisis procesal del tema exija.

² Como lo revela que mi memoria doctoral versase sobre *El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo*, en "Monografías del Seminario de Derecho Penal" (Madrid, 1928), 131 pp.

³ Con el subtítulo, entre paréntesis, de *Contribución al estudio de los fines del proceso* (México, 1947: 2ª ed., 1970). Un volumen de 304 páginas, donde se recogen las conferencias dadas en la entonces "Escuela Nacional de Jurisprudencia" (luego "Facultad de Derecho") de México los días 25 y 30 de abril y 3, 6, 8 y 9 de mayo de 1946. Referencias a la legítima defensa, más o menos amplias, hállanse en los números 2, 7, 11, 13, 17, 24, 25, 27-31, 35-37, 39, 41, 42, 52, 54, 60, 92 y 101 de la obra.

⁴ Aun cuando la idea la expusimos por primera vez en nuestro *Derecho procesal penal* (en colaboración con LEVENE H.) tomo I (Buenos Aires, 1945), p. 9, nota 7: "...cuando la legítima defensa se ejerce en provecho de persona desvinculada de su ocasional defensor, es la modalidad de autodefensa que más se aproxima, sin duda, al proceso...: no sólo es justa y altruista, sino que se realiza por un sujeto imparcial e irrecusable, hasta el extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi podría decirse que aquél se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente". Con ligeros cambios, el pasaje transcrito lo reproducimos en *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina"; Buenos Aires, 1946; pp. 761-820), p. 777, nota 36, y en *Proceso, autocomposición*, cit., pp. 46-7.

⁵ Desprovisto de otros datos informativos directos (véase número 1), me contentaré con una remisión a dos obras en castellano: la del español JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV: El delito (Segunda parte: Las causas de justificación)* (Buenos Aires, 1952), capítulo IX, "La legítima defensa", números 1.280-1.382, pp. 19-268, y la del uruguayo CAMAÑO ROSA, *Teoría de la legítima defensa*, en "Revista de Derecho Español y Americano" (Madrid), núm. 34, abril-junio de 1963, pp. 159-86.

Con posterioridad a 1965, fecha de mi presente ensayo, véase el muy interesante artículo, precisamente del P. PEREDA, *Problemas alrededor de la legítima defensa: ¿Es necesaria la agresión ilegítima para que pueda darse la legítima defensa?*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid, 1967), pp. 435-61.

3) C) *Delimitación y orden expositivo.*—Para simplificar, el ensayo se circunscribirá a la legítima defensa por antonomasia, es decir, a la *unilateral*⁶ llevada a cabo en materia penal por persona física, en interés propio o ajeno. *A sensu contrario*, prescindiremos adrede de las discutidas y discutibles formas constituidas por la legítima defensa recíproca,⁷ por la legítima defensa del Estado en el ámbito interno o en el internacional,⁸ por la perspectiva de que la asuman personas jurídicas⁹ y por la posibilidad de que se manifieste en el cuadro de las relaciones civiles.¹⁰ Y como noción que de ahora en adelante tendremos pre-

⁶ En contraste con el carácter *bilateral* del duelo como expresión de *autotutela*, y a la par *egoísta*, a diferencia aquí del significado *altruista* de las formas de *autocomposición*: cfr. *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 2, p. 13.

⁷ Véase, sin embargo, *infra*, núm. 23. Bueno será destacar que semejante perspectiva, rechazada por JIMÉNEZ DE ASÚA (cfr. *ob. y vol. cit.*, núm. 1300, pp. 81-92), no sería la única hipótesis de reciprocidad en el campo penal: pensemos en las injurias mutuas, objeto de un singular régimen de compensación judicial en ciertos códigos penales (verbigracia, en el argentino de 1921, art. 116, o en el mexicano federal y distrital de 1931, art. 349), o en lesiones o daños entre unas mismas personas, que resulten así, a la vez, agresoras y agredidas. Recordemos que la compensación de las injurias recíprocas tiene antecedentes remotos: cfr. por ejemplo, la ley XXVIII de *El Fuero de Madrid*, de 1202, en el volumen así titulado (Madrid, 1963), pp. 51 y 88.

⁸ Cfr. *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 24-25, pp. 41-3; JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. y vol. cit.*, núm. 1302, pp. 97-104. Véase también ALBANELL MAC-COLL, *La legítima defensa en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas*, sobretiro de "La Justicia Uruguaya" (Montevideo, septiembre de 1945), así como KUNZ, *La legítima defensa individual y colectiva según el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de 1947*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 44, octubre-diciembre de 1949, pp. 69-81.

⁹ Rechazada por JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. y vol. cit.*, núm. 1301, p. 95. Las razones para considerar que las personas jurídicas no pueden actuar en legítima defensa, son en definitiva las mismas que llevan a la mayoría de los tratadistas a negar que sean penalmente responsables: cfr. FONTECILLA RIQUELME, *Derecho procesal penal*, tomo I (Santiago de Chile, 1943), pp. 148-61. así como en la esfera legislativa el terminante artículo 39 del código de procedimiento penal chileno de 1906 (texto de 1944). Una respuesta afirmativa acerca de dicho problema, no sólo tendría repercusiones penales substantivas, sino que obligaría a implantar un enjuiciamiento especial o, por lo menos, a efectuar importantes cambios en la marcha del proceso previsto para las personas físicas (no cabe interrogar a la persona colectiva, ni someterla a pericia psiquiátrica, ni sujetarla a prisión provisional, etc.). Acerca del tema, cfr. FLORES GARCÍA *La responsabilidad penal de la persona jurídica (Principales corrientes)*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 30, septiembre-diciembre de 1957, pp. 29-73.

¹⁰ Más apta para referir a él la noción de estado de necesidad que no la de legítima defensa: véase la bibliografía que al efecto citamos en el núm. 142, pp. 232-3, de *Proceso, autocomposición*, cit., así como el artículo de MIGUEL TRAVIESAS, *La defensa privada*, en "Revista de Derecho Privado" (Madrid, 1915), números 22-23, pp. 193-203. En efecto, aunque mis conocimientos apícolas se reduzcan a la lectura del libro de MAETERLINCK sobre *La vida de las abejas* (1901), es indudable que no puede reputarse atacante al dueño del fundo invadido o sobrevolado por las abejas y en el que penetra

sente para desenvolver nuestro ensayo, utilizaremos la de Jiménez de Asúa, cuando la define como “repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”.¹¹ Sin ánimo de dar al maestro cuchillada, a añadiríamos que la legítima defensa entraña una conducta *objetivamente delictiva*, por traducirse en un desenlace tipificado por el legislador como delito (homicidio, lesiones, daño, etc.), pero *subjetivamente justificada*¹² por la necesidad¹³ en que una persona (agredido o tercero) se ve de acudir a ella a fin de salvar el bien jurídicamente colocado en primer plano, aun cuando no siempre esa meta se alcance.¹⁴

4) En consonancia con su título, la parte central y más extensa de nuestro artículo estará consagrada a la *legítima defensa definida en vía procesal* (núms. 6-33); pero su examen irá precedido por una referencia a la hipótesis de *legítima defensa sin derivación procesal* (núm. 5) y seguido por algunas líneas concernientes a la curiosa perspectiva representada por la *utilización del proceso como instrumento de real o aparente legítima defensa* (núm. 34).

5) D) *Legítima defensa sin derivación procesal*.—Como es sabido, diversas causas originan que la cifra de delitos *cometidos* sea siempre mayor que la de los que llegan a ser *enjuiciados*. Huelga decir que no cabe establecer, ni siquiera en forma aproximada, el tanto por ciento a que ascienda la diferencia entre los dos sectores, y que el número de delitos no descubiertos, no denunciados ante las autoridades competentes o no perseguidos por los titulares de la justicia penal, varía en el tiempo y en el espacio por obra de múltiples factores: eficiencia

el apicultor persiguiéndolas, puesto que “además de correr el riesgo de recibir alguna o algunas picaduras de los no siempre pacíficos insectos, se expone a sufrir daños en sus sembrados o plantaciones con motivo de la persecución de aquéllas” (*Proceso*, cit., núm. 27, p. 45). Más lógico parece encuadrar la hipótesis como una servidumbre ocasional de paso, originada por exigencias apremiantes. Razones análogas militarían para descartar que pertenezcan a la *especie* legítima defensa, algunas otras manifestaciones civiles del género autotutela: cfr. nuestra *ob. cit.*, núms. 7, 11, 13, 17, 35 y 92.

¹¹ *Ob. vol. cit.*, núm. 1281, p. 26.

¹² En este sentido, y también en el procesal de que no se presume, sino que ha de ser cumplidamente probada (*infra*, núms. 7, 13, 18 y, sobre todo, 27-31), la denominación *defensa justificada* acaso sería más exacta que “legítima”, además del argumento terminológico suministrado por su pertenencia al catálogo de las causas de *justificación*.

¹³ El carácter *necesario* de la *legítima defensa*, que en virtud de él queda unida bajo un rasgo común a otra causa de justificación, el *estado de necesidad*, destaca con singular relieve en la nomenclatura jurídica penal alemana: *Notwehr* aquélla y *Notstand* éste.

¹⁴ El propósito de evitar el delito (impedir el homicidio, por ejemplo) o de disminuir sus consecuencias (verbigracia: lograr que el impulso homicida se reduzca a una lesión), no siempre se consigue: baste pensar en la relativa frecuencia con que agresor y agredido fallecen a causa de las heridas que mutuamente se produjeron (*infra*, núm. 5)

de la policía; espíritu cívico; suficiencia cuantitativa y diligencia profesional de instructores y ministerio público, etcétera, pero sin que por muy satisfactorios que sean, quepa esperar, al menos en las condiciones actuales de la lucha contra el crimen y el estado peligroso,¹⁵ que la señalada contingencia se elimine del todo. Pues bien: otro tanto ocurre con la legítima defensa, que debiendo, en principio, ser objeto de calificación judicial, escapa a veces al pronunciamiento oportuno. ¿Por qué? Los casos imaginables son varios, y a título meramente ejemplificativo citaremos algunos. La agresión y la correlativa réplica se han producido sin que las presencien más que los protagonistas; el agresor resulta muerto, y el agredido no revela a nadie lo acaecido¹⁶ o, a lo sumo, a personas de su absoluta confianza, que guardan el más absoluto secreto.¹⁷ O bien los hechos determinantes de la legítima defensa fueron vistos o son conocidos por alguien más que el agredido causante de la muerte de su agresor, pero ése o esos terceros, por miedo, deseo de evitarse líos con la justicia, amistad o gratitud, soborno, etcétera —el móvil carece, en esta dirección, de trascendencia—, optan por no denunciarlos. Y sucede también, más de una vez, que agresor y agredido fallecen por obra del ataque y del contraataque, y como quiera que hoy en día la muerte extingue la responsabilidad penal, sin que ésta se transmita a los sucesores ni se autoricen condenas en efígie o ejecución sobre cadáveres,¹⁸ el fallecimiento de

¹⁵ Acerca del enjuiciamiento de éste, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* —publicado, en parte, en “Revista Italiana di Diritto Penale”, 1937, pp. 526-42, y luego, íntegro, en nuestros “Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional)” (Buenos Aires, 1944), pp. 175-234—, con indicaciones complementarias acerca de diversos países hispanoamericanos (a ellas habríamos de añadir las referencias a los textos del Paraguay de 1940, Chile de 1954 e Italia de 1956, más la reforma venezolana, también de 1956). Consúltense también: CALVO BLANCO, *El juicio de peligrosidad*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, núm. 13, enero-abril de 1952, pp. 43-54; y en la literatura italiana, el artículo de NUVOLONE, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione della misure di provenienza*, en “Jus”, 1958, pp. 244-57, y el volumen *Stato di diritto e misure di sicurezza* (Padova, 1962), con trabajos de BETTIOL, HEINITZ, GLASER, BOUZAT, SOLNAR, ZUCCALÁ, DA COSTA y NUVOLONE. Véase, además, *infra*, nota 128.

¹⁶ Supongamos —con más facilidad en tiempos pretéritos, pero sin que pueda descartarse la contingencia en nuestros días— que un viajero o caminante sin acompañamiento alguno sea asaltado por un bandido en un viaje solitario: lo mata en legítima defensa, deja abandonado el cadáver y, al cabo de algún tiempo, de éste no quedan ni vestigios: cfr. *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 9.

¹⁷ O que incluso están obligados a guardarlo en cumplimiento de la profesión que desempeñan (cfr., verbigracia, el art. 201, núm. 2, cód. proc. pen. chileno), como de manera destacada los sacerdotes, singularmente los del culto católico acerca de revelaciones recibidas en función de confesores (*infra*, nota 95) y que podrían revestir impresionante dramatismo: véanse algunas indicaciones al respecto en mis *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), núm. 7, pp. 32-3.

¹⁸ De una de éstas, acaecida en Chile durante la época colonial, precisamente en Concepción, daba cuenta Jorge INOSTROSA en el artículo *El gobernador que ahorcó a*

ambos cerará el acceso al juicio en estricto sentido;¹⁹ aun cuando en este supuesto cabría muy bien que por la policía o por el instructor se llevasen a cabo las primeras diligencias sumariales (levantamiento de los cuerpos de las víctimas, recogida de instrumentos y efectos, toma de fotografías, etcétera), y entonces, inclusive de reputarlas *preprocesales*²⁰ y no propiamente *procesales*, estaríamos ante una situación intermedia o de tránsito hacia la que pasamos a analizar.

6) E) *Legítima defensa definida en vía procesal*.—Dada la *necesidad* del proceso penal, en contraste con la *facultatividad* del civil,²¹ la declaración acerca de si intervino o no legítima defensa habrá de efectuarse, como regla, mediante un pronunciamiento jurisdiccional o equiparado a él en sus consecuencias extintivas;²² pero tal decisión puede emanar de diferentes órganos, recaer en distin-

un muerto (suplemento dominical de "El Mercurio" de 19 de julio de 1964, pp. 14-5). Sabido es también que al restablecerse por Carlos II en Inglaterra la monarquía, Oliverio Cromwell, Ireton y Bradshaw fueron desenterrados y ahorcados.

¹⁹ Es decir, entendido en materia penal como *plenario* y como fase contrapuesta al *sumario* (instrucción). El contraste destaca fuertemente en la terminología alemana: *Vorverfahren* éste y *Hauptverfahren* aquél, y entre ambos, con denominación que expresa su posición intercalada o de tránsito, el *Zwischenverfahren* (procedimiento intermedio). Véase *infra*, notas 26 y 47.

²⁰ Acerca de la índole *preprocesal* de la instrucción, véanse *infra*, núm. 9 y nota 32.

²¹ Como regla, en efecto, el litigio *civil*, que en la inmensa mayoría de los casos es de tipo *dispositivo*, puede resolverse por obra de las propias partes, mediante *autocomposición*, y de ahí la nota de *facultatividad* que al correspondiente proceso se atribuye. En cambio, el conflicto penal reclama hoy en día el funcionamiento del proceso, reputado indispensable para el ejercicio del *ius puniendi* estatal. El precedente contraste no es absoluto, sin embargo, y así en materia civil, junto a los procesos *dispositivos*, se encuentran los *inquisitorios* (sobre el estado y capacidad de las personas), próximos en varios sentidos al penal (cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en "Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda" —Padova, 1927—, pp. 131-71; traducción en "Estudios sobre el Proceso Civil" —Buenos Aires, 1945—, pp. 225-61) y, por el contrario, en diversos países el enjuiciamiento de los delitos privados queda sujeto en mayor o menor medida al principio *dispositivo* (elevación de la ofensa a delito; querrela máxima y no mínima —*infra*, nota 79—; conciliación; perdón del ofendido y, en algún caso, retractación del ofensor —*infra*, nota 75—), de tal modo que entre las dos manifestaciones extremas de proceso —a saber: 1) proceso civil *dispositivo*, y 4) proceso penal por delitos públicos— se intercalarían: 2) proceso civil *inquisitorio*, mirando hacia el número 4, y 3) proceso penal por delitos privados, haciéndolo, a su vez, hacia el número 1. Una clasificación de los procesos en cuatro géneros, muy próxima a la que acabamos de establecer (con baja del referente a delitos privados y alta del relativo a interdicción), encontramos en ALLORIO: cfr. su artículo *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, en "Jus", 1955 (pp. 154-204), núm. 14, pp. 188-90; traducción castellana en el volumen *El ordenamiento jurídico en la prisma de la declaración judicial* (Buenos Aires, 1958): véanse sus pp. 184-8.

²² Por ejemplo, falta de consignación por el ministerio público en México, o auto de sobreseimiento definitivo: véanse *infra*, núms. 13 y 16.

tos momentos y hallarse supeditada o encuadrada por una serie de elementos condicionantes. Su exposición ocupará, según dijimos (*supra*, núm. 4), la parte central y más larga del ensayo, y la iniciaremos abordando desde el ángulo procesal el punto relativo a la subsidiaridad de la legítima defensa.

7) a) *Subsidiaridad penal y procesal de la institución.*—Sin que me convenzan del todo los argumentos esgrimidos por quienes en el ámbito del derecho penal *substantivo* niegan la subsidiaridad de la figura,²³ creo que en la esfera *procesal* semejante característica aparece indudable. En efecto: dentro de un Estado de Derecho hay que arrancar de que, en principio, a nadie le es lícito tomarse la justicia por su mano, o sea erigirse por sí y ante sí en juez del litigio en que es *parte*.²⁴ De ahí que el proceso represente “la sustitución de la *acción directa contra el adversario* por la *acción dirigida hacia el Estado*, o en otros términos, la conversión de la *acción física*, propia de la autodefensa más tosca y primitiva, en *acción jurídica* o, si se prefiere, *jurisdiccional*, inherente a la idea de proceso, incluso cuando éste se desenvuelve ante jueces privados, que no por ello dejan de ser órganos jurisdicentes, de institución, aunque no de nombramiento estatal”.²⁵ Autorizada a título *excepcional* por el legislador, porque los órganos policiales no pueden hallarse por doquiera ni evitar toda clase de agresiones ni impedir las de manera infalible, la legítima defensa no sólo no queda relevada de calificación procesal, sino que ni siquiera está amparada, como más adelante mostraremos (*infra*, número 28), por una presunción relativa, que invertiría, a favor de quien hubiese repelido el ataque, la carga de la prueba correspondiente a tal extremo.

8) b) *Órgano y momento para la calificación.*—Si como sistema procesal penal más difundido hoy en día partimos del denominado *mixto* o *anglofrancés*, bien pronto advertiremos que precisamente a propósito del esencial contraste entre *instrucción*, o sumario, y *juicio*, o plenario, presenta numerosas variantes en los distintos ordenamientos nacionales.²⁶ Mientras en los países que lo acogen

²³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. y vol. cit.*, núm. 1298, pp. 72-80.

²⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 17 y 29, pp. 33-5 y 46-8, y *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en “Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei”, vol. II (Padova, 1958; pp. 1-78), núms. 2-4, pp. 5-12, [ahora, *supra*, *Estudio Número 6*].

²⁵ *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 92, p. 154, en relación con núm. 29, p. 46. La concepción *jurisdiccionalista* del arbitraje que en el pasaje transcrito acogemos, es negada por quienes tratan de explicar su naturaleza conforme a una interpretación *contractualista*: para una crítica de ésta, véase nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo I, pp. 208-9. Consúltense asimismo OTTOLENGHI, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral*, en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1943, I, pp. 154-204. Véase, además, *infra*, nota 128.

²⁶ Acerca de las características del *sistema mixto*, así llamado por mezclar ingredientes inquisitivos y acusatorios, véase nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 221-3.

con mayor pureza, la incompatibilidad entre las tareas de instructor y de sentenciador respecto de una misma causa es absoluta y se encuentra protegida por un motivo recusatorio *ad hoc*,²⁷ en otros, esa separación no existe, y un mismo funcionario instruye y juzga, o bien tras haber instruido, se une a otros colegas para dictar el fallo.²⁸ Cabe, además, que la instrucción se encomiende en todo o en parte al *ministerio público* e incluso que en ella intervenga la *policía*, con todos los riesgos que estas dos soluciones entrañan.²⁹ Finalmente, desde el punto de vista del juzgamiento, éste puede emanar de *juzgador profesional* o bien ser obra suya asociado a *jueces legos*.³⁰ Veamos ahora cómo esas diversas perspectivas se

En cuanto a la palabra *juicio*, posee en la terminología procesal hispánica dos acepciones principales distintas: a tenor de la estricta y romanista, significa tanto como *sentencia* (cfr. *Partida III*, título XXII, ley 1^a), y conforme a una más amplia, que proyecta el concepto desde la parte al todo, equivale a *proceso* (así, cuando se habla de juicio civil o penal, ordinario o especial, declarativo o ejecutivo, singular o universal, de desahucio, de faltas, etc.): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), núm. 34, pp. 21-2. Pues bien: además de los dos sentidos mencionados, en el ámbito procesal "juicio" tiene asimismo el alcance más circunscrito que en este pasaje del texto y en el correspondiente a la nota 19 se le asigna, o sea el de *fase procedimental*, en posición intermedia, por tanto, entre el mero acto (juicio como sentencia) y el conjunto de ellos (juicio como proceso).

²⁷ A título ejemplificativo mencionaremos el § 23 de la ordenanza procesal penal alemana de 1877, el art. 54, núm. 12, de la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, el 54 (en relación con el 61 y el 374) del código de procedimiento penal italiano de 1930 y el 49 del código de procedimiento penal francés de 1957-8 (antes, art. 1^o de la ley de 8 de diciembre de 1897).

²⁸ La primera de estas perspectivas la hallamos, por ejemplo, en el código procesal penal de Chile (arts. 79, 105, 401, 407, 417, 449, 451 y 499) y en el federal mexicano de 1934 (arts. 1, 142, 291 y 305); la segunda la encontramos, en cambio, verbigracia, en el mexicano para el Distrito y Territorios Federales de 1931 (artículos 10, 290, 313, 326 y 329). No estará de más aclarar que la figura del instructor se conoce también en la esfera civil, hasta el punto de constituir la piedra angular del enjuiciamiento implantado por el correspondiente código procesal italiano de 1940, aun cuando presente rasgos distintos de los que ofrece en lo penal y surja en España bastante antes que en Italia. Acerca de este último punto, cfr.: SENTÍS MELENDO, *El juez instructor en lo civil*, en "Teoría y práctica del proceso: Ensayos de derecho procesal", vol. II (Buenos Aires, 1958), pp. 81-106, donde subsana el olvido del precedente español en que incurrió CARNELUTTI en *Storia e natura del giudice istruttore*, en "Rivista di Diritto Processale", 1955, I, pp. 157-63.

²⁹ Acerca de la intervención, a todas luces excesiva, de la policía durante la instrucción, véanse, entre otros, en el derecho mexicano los artículos 4, 20, 94, 98, 136, 249, 262, 265-6, 270, 273 y 274-86 cód. proc. pen. D. F. y 2, 16, 113, 116, 123-8, 132, 168, 180, 193, 196, 207 y 287 del federal. Baste destacar que a la confesión rendida ante la policía se le atribuye valor de "prueba plena" (*sic*): cfr. arts. 136 y 249, frac. IV, del primero de los citados códigos y 207 y 287, frac. II, del segundo. Acerca de la instrucción a cargo del ministerio público, véanse *infra*, núm. 12 y nota 35.

³⁰ Determinante de la más típica modalidad de órgano jurisdiccional de composición compleja: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Antagonismo juzgador-partes*, cit., núms 17-18, pp. 21-2.

relacionan con la calificación de la legítima defensa y cuáles de entre ellas deben subsistir con tal objeto.

9) Allí donde los cometidos de *instructor* y de *sentenciador* estén nítidamente separados, la misión de calificar si medió o no legítima defensa ha de reservarse exclusivamente al segundo, por ser quien desempeña actividad jurisdiccional propiamente dicha, mientras que el primero, juez en sentido *orgánico* pero no *funcional*,⁸¹ no pasa de desplegar un cometido preparatorio, de índole más bien administrativa.⁸² Y como condenar o absolver (en nuestro caso, por haber procedido en legítima defensa) a quienes participaron o se vieron involucrados en hechos real o aparentemente delictivos representa la quintaesencia de la jurisdicción penal, no puede abandonarse semejante calificación al instructor, sin perjuicio, claro está, de que cuando desde las primeras actuaciones sumariales resulte evidente o muy probable la existencia de la citada causa de justificación, la etapa preparatoria se conduzca a marchas forzadas (véase, además, *infra*, núm. 18), para que la previsible y anhelada absolucón recaiga cuanto antes.

10) Cuando de manera consecutiva un mismo funcionario judicial se comporte primero como instructor y luego como sentenciador, no por ello deberá resolver sobre la legítima defensa durante el sumario, sino en el plenario, por razones análogas a las expuestas en el número anterior, y con doble motivo regirá para él, por depender entonces el desenlace de su exclusiva voluntad y no de una o varias ajenas, el consejo de aceleración que allí estampamos. Otro tanto diremos acerca de la tercera hipótesis, o sea la de instructor que juzgue más tarde unido a otros colegas, sin otra salvedad, huelga aclararlo, que la de que aquí su voluntad jurisdicente no será plena, sino fraccionaria, a saber: como regla, un tercio o un quinto en el total de votos.

11) Por consideraciones obvias, la *policía*, inclusive en el supuesto de merecer el calificativo de *judicial* por su preparación y compostura —nada digamos si se reduce a una improvisada y arbitraria *fuerza pública*—, no debe incoar sumarios penales, y muchísimo menos cabe atribuirle el pronunciamiento acerca de una causa justificativa, cual la legítima defensa, cuyos requisitos condicionantes suscitan con frecuencia delicadísimos problemas probatorios (*infra*, núms.

⁸¹ Acerca de la diferencia entre ambos, cfr. *Antagonismo juzgador-partes*, cit., núms. 6 y 28, pp. 13 y 33.

⁸² Cfr. RENDE, *L'unità fondamentale del processo civile e del proceso penale*, en "Rivista di Diritto Pubblico", 1921, pp. 372-402, y ALCALÁ-ZAMORA, *En torno a la noción de proceso preliminar*, en "Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione", vol. II (Padova, 1953; pp. 265-316), pp. 304-10. [ahora, *supra*, *Estudio Número 9*]. En términos genéricos, es decir, no referidos concretamente a la legítima defensa, la posibilidad de que el instructor declare extinguida la responsabilidad penal del inculpado la prevé y consiente el artículo 107 *cód. proc. pen. chileno*.

26-31. Utilísima, más aún: indispensable la policía como servicio adscrito a la averiguación de los delitos, habrán de evitarse con cuidado sumo sus posibles extravíos, tanto los que se traduzcan en violación de los derechos del inculcado (torturas, ley de fugas, por ejemplo),³³ como los que, en dirección opuesta, entrañen absoluciones, que no está capacitada para emitir. De ahí que como garantía a un tiempo de la justicia y de los justiciables, la policía deba actuar, desde el momento en que se inicie una instrucción, bajo las órdenes y la vigilancia del juez que la realice.

12) El *ministerio público* puede intervenir como instructor de manera *parcial* o *total*. *Parcial*, cuando como en México, la fase preparatoria se divide por gala en dos: la *averiguación*, a cargo del ministerio público, que decidirá si consigna o no, y, en caso afirmativo, la *instrucción* por antonomasia, atribuida al juez instructor.³⁴ *Total*, en los ordenamientos que como el italiano, prevén dos clases de instrucción: la *formal* o judicial, respecto de los delitos más graves, y la *sumaria*, encomendada al ministerio público.³⁵

13) La *averiguación mexicana*, sujeta acaso adrede a una regulación insuficiente, a fin de permitir al ministerio público obrar conforme al principio de *oportunidad* o *discrecionalidad* en la persecución de los delitos, y no a tenor del de *necesidad* o *legalidad*,³⁶ culmina, como acabamos de exponer, con la llamada *consignación*, que vendría a ser un equivalente anticipado del *procesamiento*, a reserva de que después recaiga éste.³⁷ Pero el ministerio público puede

³³ Cuando en 1932 se reformó el código penal de 1870 en la Comisión Jurídica Asesora del Ministerio de Justicia, redacté unos artículos, que no se incorporaron entonces al texto (por el deseo de aguardar a la redacción de uno esencialmente nuevo), en que se tipificaban ambos delitos. Agreguemos a ellos las detenciones gubernativas, que al socaire del artículo 22 de la ley provincial española de 22 de agosto de 1882 originaron las famosas *quincenas empalmadas*, con las que quiso acabar la ley de vagos (cfr. *El sistema procesal*, cit., núms. 1 y 15, pp. 176 y 191); las incomunicaciones arbitrarias, etcétera.

³⁴ Cfr. arts. 3-5, 262-86 y 287-304 cód. proc. pen. D. F. y, de manera más explícita, los arts. 1-4, 113-35 y 142-67 cód. proc. pen. federal, ambos de México.

³⁵ Cfr. arts. 295 y 389 cód. proc. pen. italiano de 1930. También en Argentina el código de Córdoba de 1939 (arts. 203 y 311) acoge la dualidad expresada, por mí criticada en varias ocasiones: véase *infra*, nota 44. Sobre la necesidad de evitar desbordamientos funcionales del ministerio público, cfr. CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero a suo posto*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1953, I, pp. 257-64.

³⁶ Acerca de los mismos, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho proc. pen.* cit., tomo I, pp. 389-90, y *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (Tegucigalpa, 1950), núm. 28, pp. 19-20 (reimpresión en "Revista de la Universidad", Tegucigalpa, julio-septiembre de 1960) [ahora, *supra*, *Estudio Número 15*]; y en relación con México, los arts. 6 y 8 cód. proc. pen. D. F. y 19, frac. II, de su ley del ministerio público de 1954, así como los artículos 1-3, 133-5 y 137-8 cód. proc. pen. federal y 15, frac. VIII, y 16, frac. II, de la respectiva ley del ministerio público de 1955.

³⁷ Sobre *consignación*, véanse los arts. 5, 272 y 305-6 cód. proc. civ. D. F. y 1, frac. I,

no consignar, y hasta en casos en que la comisión del delito era evidente ha dejado más de una vez de hacerlo, en acatamiento a *indicaciones* silenciadoras del Ejecutivo, al que se encuentra rígida e indisolublemente sometido.³⁸ Así las cosas, ¿cabe que deje de consignar por estimar que medió legítima defensa? Que ello llegue a ocurrir en ocasiones, no significa que deba suceder. Se objetará, sin embargo, que combinados en México el *monopolio acusador* en manos del ministerio público, a quien incumbe la persecución de los delitos,³⁹ y el *principio acusatorio* (*nemo iudex sine actore*), la consecuencia de no consignar será en definitiva la misma que la de no acusar o que la de retirar la acusación después,⁴⁰ con la ventaja de reducir a su mínima expresión el procedimiento penal, que se extinguiría *in limine*. Mas frente a ese argumento se alzan estos otros: *a*) la legítima defensa no se presume, sino que ha de ser alegada y probada (*infra*, núm. 27), por lo mismo que frente a ella se alza un hecho (objetivamente) tipificado como delito (*supra*, núm. 3); y la instrucción, sobre todo esa de vía estrecha constituida por la averiguación mexicana, no brinda margen suficiente para tales verificaciones, máxime si en ella los principios de publicidad y de contradicción se encuentran cercenados o excluidos; *b*) el ministerio público no es una magistratura *jurisdicente*, sino únicamente *requirente*,⁴¹ y si por sí y ante sí se le permite impedir que el juzgador decida sobre el fondo, se le erigirá, de hecho, en órgano jurisdiccional *negativo*, ya que no *positivo*, es decir, no podrá condenar, pero sí evitar que se condene; y *c*) si bien el ministerio público no tiene por qué ser un forzado de la acusación ni un coleccionista de agravantes, y menos todavía un cuerpo cuyos integrantes cifren su orgullo en la obtención de penas capitales, sino que a título de *parte imparcial*, valga la paradoja, ha de conducirse con objetividad,⁴² ello no es obstáculo para que como promotor de

y 134-5 cód. proc. pen. federal; y sobre *procesamiento*, designado en D. F., como “auto de formal prisión”, aunque no siempre va acompañado de ella (cfr. artículo 301) —en cuyo caso el federal se llama de “sujeción a proceso” (art. 162)—, véanse los arts. 297-301 del primero y 161-7 del segundo.

³⁸ Cfr. arts. 5, 6, 8, 13, 15, 31 y 42 de la ley del ministerio público federal y 4, 5, 15 y 17 de la del adscrito al Distrito y Territorios Federales.

³⁹ Cfr. arts. 102, de la Constitución nacional de 1917; 1-3, 136, 141, 291-4, 298, 307 y 325 cód. proc. civ. federal; 1, fracs. I-II, 15, frac. VIII, y 26, frac. I, de la ley del ministerio público federal; 2, 3, 6, 7, 9, 262-4, 308, 316-7 y 354 cód. proc. pen. D. F.; 1, fracs. II-IV y IX, 17, frac. I, 19, frac. II, y 20, fracs. I-IV, de la ley del ministerio público distrital.

⁴⁰ Cfr. arts. 137-40, 294-5, 307 y 325 cód. proc. pen. federal; 15, frac. VIII, y 16, frac. II, de la ley del ministerio público federal; 6, 8, 309, 320, 321 y 355 cód. proc. pen. D. F. y 19, frac. II, de la ley del ministerio público distrital.

⁴¹ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, tomo I (Padova, 1936), núm. 144; en la traducción castellana (Buenos Aires, 1944), dicho número figura en el volumen II.

⁴² *Parte imparcial*: cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núm. 144. En contra del deber de imparcialidad del ministerio público, James GOLDSCHMIDT, en *Problemas Jurídicos y*

la justicia deba, en caso de duda, pecar más por exceso que por defecto, para que la puerta que lleve a la definición jurisdiccional tras el plenario quede abierta de par en par y no cerrada con tranca, cerrojo y candado: *in dubio pro societate*, en vez del *in dubio pro reo*, a que habrá, en cambio, de ajustarse el juzgador.⁴³

14) La *instrucción sumaria* no ha sido nunca santo de mi devoción.⁴⁴ Aparte de otros inconvenientes, presenta el de acumular en un mismo cuerpo, el ministerio público, asentado, como regla, sobre los principios de unidad e indivisibilidad, el desempeño de dos de las cuatro funciones esenciales que el proceso penal mixto entraña: las de instruir y acusar (las otras dos, la de juzgar y la de defender),⁴⁵ originando, de rechazo, un desequilibrio posicional semejante al de

Políticos del Proceso Penal (Barcelona, 1936), p. 29; a favor, en cambio, Werner GOLDSCHMIDT, que en este punto discrepa de su padre y coincide con CARNELUTTI: cfr. su folleto *La imparcialidad como principio básico del proceso*, (*La "parcialidad" y la parcialidad*) (Madrid, 1950), p. 15 (inserto también en la "Revista de Derecho Procesal" española, 1950, pp. 184-209). Con anterioridad, yo en mi primer trabajo procesal, *Lo que debe ser el ministerio público*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", noviembre de 1929, pp. 519-31, y luego en mis "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934), pp. 1-22.

⁴³ *In dubio pro societate*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas observaciones al proyecto de código procesal penal para el Distrito* (a saber: el mexicano de 1949), en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 40, enero-abril de 1951 (pp. 9-29), p. 22, y *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, en boletín cit., núm. 40, enero-abril de 1961 (pp. 37-64), p. 48. *In dubio pro reo*: consagrado de manera expresa, entre otros, por el artículo 247 cód. proc. pen. D. F.

⁴⁴ Véanse, en efecto, los siguientes trabajos y pasajes nuestros: *La reforma del enjuiciamiento penal argentino (Con motivo del proyecto Vélez Mariconde-Soler de código para la Capital)*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1945, I (pp. 1-63), p. 56; *Proyecto de código procesal penal argentino para la capital y la justicia federales*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 43-44, julio-diciembre de 1961 (pp. 843-54), p. 849, y *La reforma procesal penal en Guatemala*, en revista últimamente citada, núm. 46, abril-junio de 1962 (pp. 211-36), p. 224, así como antes nuestra intervención en el *Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios* (La Plata, 1942), pp. 93-4. También en Italia y en Argentina se han alzado voces a favor de que la instrucción sea siempre judicial: cfr. respecto de la primera, además del artículo de CARNELUTTI citado en la nota 35, la información sobre *Il convegno di Bellagio sulla riforma del processo penale*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1953, I, pp. 172-3; y a propósito de la segunda, la referencia que a la declaración pertinente adoptada por el Segundo Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en 1948 en Salta, recoge VÉLEZ MARICONDE, en *La instrucción en la doctrina* (Córdoba, 1951), p. 60.

⁴⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas observaciones proyecto Distrito*, cit., p. 23. A ellas hay que agregar la concerniente a la ejecución (cfr. arts. 1, frac. IV, y 5 cód. proc. pen. federal), que dejamos aparte, tanto por no pertenecer a la fase procesal de conocimiento, como porque en ella confluyen e interfieren derecho penal sustantivo, derecho procesal penal y derecho penitenciario, sin que se haya conseguido todavía una clara delimitación de territorios.

las modalidades de enjuiciamiento inquisitivo con una sola parte, o sea con el juez en el doble papel de acusador y de juzgador.⁴⁶ Además, si mientras dure el sumario, ni siquiera el instructor perteneciente orgánicamente a la judicatura debe hacer la calificación relativa a la legítima defensa (*supra*, núms. 9-10), mayores razones existen aún para apartar de la misma al que sea funcionario del ministerio público.

15) La conclusión en que desemboca el recorrido efectuado a lo largo de los números 9 al 14 es, por consiguiente, la de que en ningún caso el pronunciamiento acerca de la legítima defensa debe recaer durante la fase de instrucción, máxime cuando el sumario se incoe por persona ajena a la judicatura (ministerio público o policía).

16) Descartada la instrucción, cabría, sin embargo, que la declaración al efecto se emita antes de la audiencia final del plenario, a saber: por el sentenciador, pero durante el llamado *procedimiento intermedio*, especialmente cuando la existencia de la legítima defensa sea manifiesta y él o los acusadores explícita o implícitamente la acepten.⁴⁷ El régimen de los artículos de previo pronunciamiento⁴⁸ o el del que denominé "juicio penal truncado",⁴⁹ ambos en el enjuiciamiento criminal español, o bien el sistema mexicano de conversión del juicio civil ordinario en sumario cuando la excepción de cosa juzgada sea la única que se oponga,⁵⁰ brindarían útiles puntos de referencia para situar el problema plan-

⁴⁶ Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.* cit., tomo I, p. 8, nota 5, y tomo II, pp. 7-8, y *Antagonismo*, cit., núms. 8-10, pp. 14-6.

⁴⁷ Acerca de la índole y contenido del procedimiento intermedio, véase FÁBREGA y CORTÉS, *Lecciones de práctica forense*, 2ª ed. (Barcelona, 1921), pp. 515-6 y 591-3, así como nuestro *Derecho proc. pen.* cit., tomo II, pp. 393-4. La aceptación de la legítima defensa por los acusadores entrañaría *admisión de los hechos* integrativos de la misma, con efectos que, de producirse respecto de un litigio civil, equivaldrían a los de una *confesión vinculativa*: cfr., v.gr., el art. 266 cód. proc. civ. D. F. en México. La equiparación es, en cambio, rechazada por Rafael DE PINA y José CASTILLO LARRAÑAGA, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 6ª ed. (México, 1963), p. 272.

⁴⁸ Cfr. arts. 666-79 ley enjto. crim. española y 433-46 cód. proc. pen. chileno.

⁴⁹ *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, conferencias dadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana los días 18 y 19 de diciembre de 1941; impresas luego, considerablemente ampliadas, en nuestros "Ensayos", cit. pp. 411-500, y reimpresas, con adiciones, en volumen independiente, bajo el título de *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962), 295 pp.

⁵⁰ Véase el artículo 261 del cód. proc. civ. D. F., que recoge uno de los casos de transformación de un juicio en otro, de la misma manera que el 445 prevé el cambio del ordinario en ejecutivo cuando durante aquél el deudor confiese la deuda. En la esfera penal, también la excepción de cosa juzgada puede determinar una abreviación procedimental, cuando se oponga como artículo de previo pronunciamiento y desemboque, si se acredita su existencia, en un auto de sobreseimiento libre (definitivo): cfr. arts. 666, núm. 2, en relación con el 675, l. enjto. crim. española y 433, excepción 4ª, en relación con el 441, cód. proc. pen. chileno.

teado y hallarle solución. Aspecto secundario sería entonces el de dilucidar si la calificación de la legítima defensa habría de emitirse mediante una genuina *sentencia* o si bastaría con un mero *auto de sobreseimiento definitivo*: en este punto, el derecho positivo suministra argumentos a favor de una y otra solución.⁵¹

17) En los países donde subsista la cada día más desacreditada institución del *jurado*,⁵² serán los jueces populares quienes mediante su veredicto establezcan los hechos que sirvan de cimiento a la legítima defensa. *Rien à faire* en ellos mientras no se extienda la papeleta de defunción a un organismo que nada tiene de liberal;⁵³ pero no estará de más llamar la atención acerca de que combinándose con frecuencia la legítima defensa con factores emocionales, la impresionabilidad del jurado lo hace poco apto para pronunciarse con la necesaria ecuanimidad respecto de la misma.⁵⁴

⁵¹ Vemos así que en hipótesis que consienten o determinan una abreviación del procedimiento penal, unas veces se decide con *sentencia* (así, en la de allanamiento —*supra*, nota 49—, conforme a los arts. 651 y 694 ley. enjto. crim.) y otras, en cambio, mediante *auto de sobreseimiento* (verbigracia: respecto de ciertas excepciones de previo pronunciamiento: arts. 675 y 677 ley cit. o 441 y 446 cód. proc. pen. chileno; o cuando a tenor del artículo 69 de la suspendida ley del jurado española de 1888, reformada en 1931, llegaba a faltar acusación). Sin embargo, pese al art. 637, núm. 3, ley enjto. crim. (en el mismo sentido, el 408, núm. 4, cód. proc. pen. chileno), según el cual el sentenciador decretará el sobreseimiento “cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”, AGUILERA DE PAZ estima que *no debe sobreseerse* respecto de la legítima defensa (*Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomo IV, 2ª ed. —Madrid, 1924—, pp. 579-80).

⁵² Su crítica la hicimos en *Derecho Proc. Pen.* cit., tomo I, pp. 261-8, y después la hemos repetido y ampliado en *El jurado popular*, comunicación al “Tercer Congreso Nacional de Sociología 1952”, publicada en “Estudios Sociológicos” (México, 1954), pp. 207-17. No deja de ser sobremanera significativo que la nada envidiable justicia penal de las dos superpotencias actuales, Estados Unidos y Unión Soviética (también, por otra singular coincidencia, naciones sin nombre), se asiente, aunque bajo caracteres distintos en una y otra, en la intervención de impreparados jueces legos. Y en la misma Inglaterra, la institución sale malparada de las manos de DICKENS (cfr. mis *Estampas procesales*, cit., pp. 33-5) y, en fecha más reciente, de las de CRONIN en *Sed de justicia*.

⁵³ Si en contraste con el afán de *vencer*, que caracterizaría al totalitarismo, atendemos al de *convencer*, que distinguiría al liberalismo. Partiendo de esa distinción profunda —con resonancia, por ejemplo, en UNAMUNO—, nada más antiliberal que el seco y monosilábico “sí” o “no” con que los jurados contestan las preguntas del veredicto, sin razonamiento alguno acerca del por qué de sus respuestas: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (conferencia dada al Colegio de Procuradores de San Nicolás de los Arroyos, Argentina; publicada en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración” de Montevideo, febrero de 1945 y reimpresa en mis “Estudios de Derecho Probatorio” —Concepción, 1965—), núm. 23, o bien *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo III, p. 46.

⁵⁴ Traeremos a colación dos casos de signo diametralmente opuesto, sin que por los motivos indicados en el número 1º podamos aportar todas las puntualizaciones deseables

18) *c) Procesamiento y medidas cautelares.*—Con independencia de que su calificación se reserve para el plenario o de que se anticipe al procedimiento intermedio (*supra*, núms. 10, 15 y 16), surge la cuestión de si deberá o no *procesarse*⁵⁵ y, en su caso, decretarse *medidas cautelares* frente a quien aparezca como habiendo actuado en legítima defensa. Entendemos que sí, inclusive cuando a primera vista su existencia no ofrezca dudas, y con mayor motivo, claro está, si resulta discutible: *a)* porque a menudo las apariencias engañan y podría acontecer que por efecto del contradictorio se demostrase luego en el juicio que la legítima defensa no se produjo en rigor,⁵⁶ o que hubo error o exceso en la misma; *b)* porque el instructor no debe sustituir el *juicio* del sentenciador por su *prejuicio*, en el doble significado del vocablo,⁵⁷ mediante una injustificada usur-

En el primero, acaecido en España entre 1932 y 1936 y enjuiciado, si la memoria no me falla, en Teruel, los hechos se desarrollaron sobre poco más o menos así: un prestamista, hombre anciano, a quien el prestatario no devolvía la suma prestada y vencida hacía tiempo, se encontró casualmente con su deudor, persona joven y vigorosa, que iba montada a caballo y que llevaba una escopeta, en un bosque; el segundo, tras insultar al primero, anunciarle que no le pagaría y derribarle con el caballo, se echó la escopeta a la cara con ánimo homicida, momento en el cual el agredido disparó desde el suelo y mató al agresor. Pues bien: el jurado, movido por una animosidad sin ejemplo hacia el prestamista, convirtió lo blanco en negro y transformó la legítima defensa en asesinato. (Ante la monstruosidad de semejante veredicto, creemos recordar que se solicitó revisión ante nuevo jurado). En el otro supuesto, ocurrido en Francia entre agosto de 1936 y octubre de 1940, se trataba de un propietario rural que harto de sufrir robos de gallinas, instaló un disimulado aparato de defensa mecánica, en el cual, al cabo de unos días cayó el ladrón, que quedó aprisionado en la trampa y con ambas piernas fracturadas; a sus gritos de dolor acudió el dueño con un fusil, y pese a que el atrapado no podía moverse ni llevaba arma alguna, le disparó varias veces, hasta producirle la muerte. Pues, bien: el jurado, acaso bajo el influjo de “pena de muerte al ladrón” y, desde luego, bajo el del sentimiento de propiedad tan arraigado en Francia, estimó que el dueño del gallinero obró en legítima defensa...

⁵⁵ Acerca de la interesantísima institución hispánica del *procesamiento*, véanse los siguientes trabajos: RODRÍGUEZ Y PORRERO, *¿Qué es el procesamiento? ¿Cuáles son su significación y alcance técnico procesales?*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1929, tomo 154, pp. 172 y ss.; FONTECILLA (chileno), *Interpretación judicial de las leyes de procedimiento penal y especialmente en torno de los vocablos “inculpa-do”, “reo” y “procesado”*, en “Estudios en honor de Alsina”, cit., pp. 259-313; VÉLEZ MARICONDE (argentino), *El procesamiento del imputado*, en “Estudios” citados, pp. 721-58; CARNELUTTI, *Auto de procesamiento*, en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1948, I, pp. 216-8; RUIZ GUTIÉRREZ, *El procesamiento*, en “Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal” (Madrid, 1950), pp. 383-439; IDEM, *El auto de procesamiento debe desaparecer*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 1965, pp. 273-83.

⁵⁶ A consecuencia, por ejemplo, de un distinto enfoque de los hechos por el instructor y por el sentenciador; como resultado de esas “revelaciones o retractaciones inesperadas” a que se refiere el artículo 746, núm. 6, ley enjto. crim.; por efecto de nuevas pruebas o de la crítica a que durante la audiencia se sometan las que como meros datos informativos se tuvieron en cuenta en el sumario; etc.

⁵⁷ Es decir, tanto en el sentido de *actividad anterior al juicio*, en la acepción, ahora,

pación de atribuciones; *c*) porque para dictar el auto de procesamiento o sus equivalentes⁵⁸ basta con que resulte “algún indicio racional de criminalidad contra persona determinada”,⁵⁹ y nadie negará que ello ocurre cuando frente a hechos tipificados como delito⁶⁰ se aduzca legítima defensa; sin contar con que aquél es esencialmente revocable,⁶¹ y *d*) porque la legítima defensa funciona como *excepción*, que ha de ser cumplidamente probada,⁶² y entraña, además, por definición, el reconocimiento, explícito o implícito,⁶³ por parte de quien la invoque, de un hecho objetivamente delictivo (*supra*, núm. 3), aun cuando quede exento de castigo tan pronto se acredite, en el momento procesal oportuno,

de *sentencia* (pensemos, por consiguiente, más en las *cuestiones prejudiciales* (arts. 3-7 ley enjto. crim.— que en el *antejuicio* —arts. 757-78—, que lo sería, en cambio, respecto del *proceso*: véase *supra*, nota 26), como en el de *actitud preconcebida*, favorable o adversa —da igual—, que sería, precisamente, la explicativa del motivo recusatorio recordado en el número 8, nota 27.

⁵⁸ Como los autos de formal prisión o de sujeción a proceso en México (*supra*, nota 37) o como el de declaración de reo en Chile (cfr. arts. 80, 120, 247, 250, 272, 274-7 y 340-1 cód. proc. pen.). Acerca de la institución en Argentina, cfr. nuestro *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo II, pp. 33-5.

⁵⁹ Como dice el artículo 384 ley enjuiciamiento criminal. A su vez, el artículo 503, requisito 3º, del propio cuerpo legal exige, para decretar la prisión preventiva, que aparezca en la causa motivos bastantes para *creer* responsable criminalmente del delito a la persona contra la que vaya a dictarse el correspondiente auto.

⁶⁰ Acerca de las relaciones entre tipo delictivo y proceso, véanse los siguientes trabajos: LÓPEZ-REY, *El valor procesal de la llamada tipicidad* (*Valor y contenido del auto de procesamiento*), en “Revista de Derecho Público”, Madrid, mayo de 1934, pp. 129-43, y FONTEGILLA, *Derecho proc. pen.* cit., vol. I, pp. 79-115. Consúltense también JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tipicidad e interpretación de la ley 11.210* (Buenos Aires, 1940), así como GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, con la legislación orgánica y procesal complementaria*, tomo I (Barcelona, 1947), pp. 35-6. Añadamos que según el artículo 503, requisito 1º, ley enjto. crim., la prisión provisional está supeditada a que conste en la causa la existencia de un hecho que presente “caracteres de delito”.

⁶¹ Cfr., verbigracia, arts. 384 ley enjto. crim. española, 300, 302 y 546 cód. proc. pen. D. F. y 167 y 422-6 cód. proc. pen. federal en México.

⁶² Refiriéndose a la puesta en libertad del detenido o preso, “en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia” (art. 528, § 2º, ley enjto. crim.), afirmaba, y con razón, REUS que tal declaración “es realmente incomprensible”, porque “la inocencia de un detenido sólo puede resultar cuando se dicta la sentencia y ésta es ejecutoria”: *Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, concordada y anotada extensamente... bajo la dirección de don Emilio Reus*, prólogo de Cristino MARTOS, tomo I (Madrid, 1883), p. 349. El razonamiento del mencionado comentarista se extiende, dicho se está, sin la menor dificultad al caso del procesado que se halle en libertad y en torno al cual se agite la duda de si obró o no en legítima defensa.

⁶³ La situación que contemplamos representa el *reverso subjetivo* de la considerada en la segunda parte de la nota 47. En efecto, mientras entonces los acusadores aceptaban la legítima defensa aducida por el inculpado, ahora es éste quien reconoce la existencia del hecho tipificado como delito, si bien invocando frente a él la susodicha causa de justificación.

dicha causa de justificación. Los razonamientos anteriores, huelga casi aclararlo, se aplican íntegramente tan sólo a los ordenamientos en que la separación entre sumario y plenario sea absoluta y en que rija de manera tajante la incompatibilidad entre los cometidos de instructor y de sentenciador en un mismo proceso, o bien en que aquél pase a ser después uno de los componentes del colegio jurisdiccional (*supra*, núms. 8-10). Cuando, por el contrario, instructor y sentenciador se fundan, refundan o confundan en un órgano monocrático, entonces el segundo de los argumentos expuestos carecerá, como regla,⁶⁴ de trascendencia práctica. Como es natural, en cualquiera de las hipótesis, el consejo relativo a la aceleración del sumario cuando resulte probable que medió legítima defensa (*supra*, núms. 9 y 10) ha de reiterarse, a fin de que la equívoca situación de procesado⁶⁵ y la molesta prisión preventiva se reduzcan al mínimo y se dicte cuanto antes la pertinente sentencia absolutoria. Recomendable es también que cuando verosímelmente exista no ya legítima defensa en particular, sino cualquier causa de justificación, el instructor goce de amplio arbitrio para reemplazar la prisión preventiva carcelaria por la que se cumpla a domicilio⁶⁶ y para conceder la libertad provisional en las condiciones más favorables.⁶⁷

19) Al comienzo del número precedente hablamos de medidas cautelares, sin distinguir entre las de índole *penal* y las de naturaleza *civil*; y a propósito de las segundas cabría objetar que serán improcedentes en caso de legítima defensa, por la sencilla razón de que ésta no origina responsabilidad civil.⁶⁸ Exacto, pero a contar de la decisión de fondo en que se acoja la susodicha causa de justificación, o sea, insistimos, una vez alegada y probada su existencia. Mientras tanto, y en previsión de que no llegue luego a acreditarse, el instructor hará bien en decretar las providencias precautorias que garanticen en su día la reparación

⁶⁴ Es decir, siempre que sea una misma persona física la que instruya y juzgue, puesto que cabría que aun mediando acumulación funcional de ambas tareas, las desempeñasen sucesivamente dos o más funcionarios en virtud de muerte, ascenso, renuncia, licencia, remoción, etc. de alguno o algunos de ellos. Se rompería en todos esos casos el principio de la unidad física del juzgador.

⁶⁵ Por la sombra de culpabilidad que proyecta sobre una persona y el descrédito inherente a ella, sin perjuicio de que, a su vez, el procesamiento, que "tiene por objeto *esencial* darle un destinatario a la instrucción" (*La reforma enjuiciamiento argentino*, cit., núm. 35, p. 57), sirva de garantía para el sujeto a él, a cuyo favor hace nacer diferentes derechos (cfr. RODRÍGUEZ Y PORRERO, *ob. cit.*, p. 172).

⁶⁶ La ley de 10 de septiembre de 1931 incorporó al artículo 504 de la ley de enjuiciamiento criminal las disposiciones del entonces vigente código de justicia militar de 1890 sobre prisión preventiva atenuada.

⁶⁷ Es decir, inclusive sin fianza (cfr. arts. 529 y ss. ley enjto. crim. española y 357-8 cód. proc. pen. chileno); o como en México, "bajo protesta" (arts. 552-5 cód. proc. pen. D. F. y 418-21 del federal). Téngase, además, en cuenta que los autos sobre prisión y libertad provisionales y sobre fianzas son reformables (art. 539 ley enjto. crim.).

⁶⁸ Cfr. art. 20 cód. pen. español, en relación con el 8, núms. 4-6.

del daño y la indemnización de perjuicios, más el pago de las costas,⁶⁹ puesto que, a fin de cuentas, las medidas asegurativas tienen, por esencia, carácter *provisional*, de tal modo que, o se revocan al desaparecer sus presupuestos y, como fundamental, el *periculum in mora* en que todas ellas se basan,⁷⁰ o en virtud de la sentencia se elevan a *definitivas*.⁷¹

20) d) *Cuestiones atinentes a las partes*.—El proceso penal suele encauzar una *doble relación jurídica substantiva* hacia su definición: la represiva inherente al delito y la resarcidora de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción punible.⁷² Asociadas, como regla, ambas pretensiones por motivos de conexión y de economía, pueden también marchar por diferente vía, en consonancia con su naturaleza respectiva,⁷³ y, en todo caso, hemos de considerarlas por separado en orden a la legítima defensa.

21) a') *Responsabilidad penal*.—La hipótesis más sencilla es la de que se enfrenten *un solo acusador*⁷⁴ y *un solo acusado*, o sea quien alegue la legítima defensa. Si a la vez nos hallamos ante un ordenamiento en que la verdadera prueba sea la que se practique durante el plenario, quedando relegada la del sumario a la condición de meros elementos informativos para llenar sus fines específicos (a saber: conducir al sobreseimiento o a la apertura del juicio), la consecuencia debe ser la de que si ese acusador único es el ministerio público, formule conclusiones *provisionales acusatorias*, con objeto de salvaguardar el principio *in dubio pro societate* (*supra*, núm. 13), y si luego la prueba de la legítima defensa resulta concluyente, transformarlas en absolutorias al elevarlas

⁶⁹ Partida ésta distinta de aquellas otras dos: véase la exposición de motivos del código penal español de 1932.

⁷⁰ Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari* (Padova, 1936; traducción castellana: Buenos Aires, 1945), núms. 8, 12, 18, 19, 24, 34, 37 y 39, así como DOS REIS, *A figura do processo cautelar* (Lisboa, 1947), pp. 21-4.

⁷¹ Así, transformación del embargo preventivo en apremiativo o ejecutivo; abono de la prisión provisional, aun cuando si la misma se prolongó más de la cuenta, pueda a veces traducirse en liberación del condenado; etcétera.

⁷² Cfr. arts. 100 ley enjto. crim. española y 10 cód. proc. pen. chileno.

⁷³ En sus *Lezioni sul processo penale*, vol. I. (Roma, 1946), núm. 60, CARNELUTTI sostuvo la inescindibilidad de dichas pretensiones, como una de las premisas tendientes a explicar el proceso penal cual un fenómeno de jurisdicción voluntaria. Para la crítica de semejante tesis, véase nuestro *Prólogo* a la traducción castellana de la obra (Buenos Aires, 1950), núms. 3-9, luego incorporado a *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza de proceso*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1952, I (pp. 212-77), pp. 227-34 [ahora, *supra*, *Estudio Número 8*].

⁷⁴ Bien por tratarse de país con monopolio acusador a cargo del ministerio público (Italia o México, por ejemplo); bien porque aun permitiéndose una pluralidad acusadora, se deduzca sólo una acusación; bien, por último, cuando la persecución de los delitos privados se ponga en manos del ofendido o de sus representantes legítimos (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, cit., pp. 55-6 y 58).

a definitivas. Llegado este instante, en un enjuiciamiento dominado por el *principio acusatorio*, el desenlace forzoso será entonces una sentencia absolutoria, sea cual fuere la convicción del juzgador, ligado en ese y algunos otros casos⁷⁵ por facultades dispositivas de las partes en cuanto al fondo. Cuando, en cambio, nos hallemos ante un código procesal penal donde para no cercenar en un ápice la potestad jurisdicente, nada se diga del *nemo iudex sine actore*, el tribunal no quedará vinculado por la concorde apreciación absolutoria de las partes y podrá dictar sentencia de condena, aun cuando sea poco probable que lo haga.⁷⁶

22) Si, como sucede en España, cabe que en un mismo proceso, y sin supeditación entre ellos,⁷⁷ actúen *varios acusadores*, para que en el supuesto de legítima defensa el juzgador no pueda condenar, hará falta que *todas* las acusaciones acojan la referida causa de justificación, de tal modo que de disentir una cualquiera, el tribunal no estará impedido de pronunciar en contra. Dentro de la pluralidad acusadora, la denominada *acción popular* habrá de ser mirada, no diremos que con instintivo recelo, pero sí, desde luego, con linterna y lupa, porque su defectuoso encuadramiento legislativo y la imprecisión del interés que la lleve a constituirse en parte atacante, se prestan a desnaturalizaciones y abusos.⁷⁸

⁷⁵ Allamamiento (*supra*, nota 49); perdón del ofendido (cfr. arts. 112, núm. 5, cód. pen. y 106-7, 110, 112 y 804 ley enjto. crim., ambos de España; 148 cód. pen. federal mexicano y 28-34 cód. proc. pen. chileno); retractación del ofensor (cfr. art. 117 cód. pen. argentino de 1921, y en relación con él, RAMOS MEJÍA, *La retractación en los delitos contra el honor*, en "Jurisprudencia Argentina" de 3 de mayo de 1943, así como MOLINARIO, *La retractación de los delitos contra el honor: Un ensayo de historia interna en derecho penal* —Buenos Aires, 1949—, reseñado por nosotros en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, número 43, julio-diciembre de 1949, pp. 193-4, y ALCALÁ-ZAMORA, *Estampas*, cit., núm. 42, pp. 114-8;) prohibición de la *reformatio in pejus* (*infra*, núm. 32, nota 107); etc.

⁷⁶ Podría, por ejemplo, estimar que no medió legítima defensa, sino tan sólo vindicación próxima de una ofensa grave (art. 9, circunstancia 6, cód. pen. español) y, por tanto, no una *eximente*, sino una *atenuante*; o que no se probó plenamente (*supra*, núms. 7, 11, 13 y 18, e *infra*, núms. 27-31); o que resultó excesiva o incompleta; etc.

⁷⁷ Por consiguiente, en plano distinto, al de la *acción penal subsidiaria* de diversos países (a propósito de la misma en Alemania, pese al tiempo transcurrido, ROSENFELD, *Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses: Ein Beitrag zur Lehre von den Verletzten im Strafverfahren* —Berlín, 1900—; y en relación con Yugoslavia, KUKAVICA, *The substance of the amendments and supplements to the code of criminal procedure* —en "The New Yugoslaw Law", enero-junio de 1960, pp. 8-12—) y, con mayor motivo aún, del que en el derecho mexicano ocupa el llamado *coadyuvante* del ministerio público, o sea el ofendido (cfr. arts. 9, 28, 35, 70, 360, 379, 417, 487 y 568 cód. proc. pen. federal).

⁷⁸ Baste recordar su lamentable funcionamiento —a todas luces en connivencia con la defensa— en la causa seguida en Soria hace varios decenios por la muerte del torero Nacional II en su plaza de toros, pero no como lidiador en el ruedo, sino como espectador en un tendido. De distintos aspectos relativos a la acción popular tratamos en el dictamen *¿Puede darse una pluralidad de acciones populares?*, emitido en Valencia en 1936 (inédito).

23) Desde el punto de vista pasivo, la pluralidad subjetiva preséntase más a menudo, como resultado de la codelincuencia, inclusive en países de monopolio acusador. En relación concreta con la legítima defensa, contemplaremos tan sólo un par de perspectivas: a) dos personas se han lesionado mutuamente, y cada una achaca a la otra la agresión ilegítima, a la vez que sostiene haberla repelido en defensa propia; y b) el ataque injusto lo rechaza, no el agredido, sino un tercero. ¿Contra quién habrá de seguirse la instrucción y, a su término, formularse las conclusiones provisionales? En la primera hipótesis, como en cualquier otra de reciprocidad delictiva (injurias o daños, por ejemplo: (*supra*, nota 7), contra ambos, hasta tanto que la prueba del plenario (*supra*, número 21) aclare cuál fue en verdad el agresor y cuál el agredido, si es que no revela la ausencia de la causa de justificación (no hubo legítima defensa por parte alguna y sí, en cambio, riña o duelo). La posibilidad de que en una misma persona converjan los papeles *penales* de agresor y agredido, entraña, desde el ángulo *procesal*, que en los países con pluralidad accionante podrá aquélla desempeñarse como parte acusada en un sentido y acusadora en otro.⁷⁹ Y allí donde rija monopolio acusador, los sujetos recíprocamente agresores y agredidos no quedarán respecto del ministerio público en situación de litisconsorcio —ni necesario ni voluntario—⁸⁰ y sí de mera acumulación conexiva.⁸¹

24) En el supuesto de legítima defensa realizada por un tercero, tendríamos que considerar dos variantes, aparte de la posibilidad de error, que más adelante estudiaremos (*infra*, núm. 31): 1^a, el tercero ejecuta íntegramente la defensa, sin intervención alguna del agredido,⁸² y 2^a, el tercero coopera, en mayor o menor medida, con la víctima del ataque para repeler la agresión. En la primera de esas situaciones, sujeto *activo* de la legítima defensa y sujeto *pasivo* de la relación procesal penal lo será únicamente el tercero, y sólo con criterio civilista cabría imaginar que junto a él se permitiese al agredido actuar como *coadyuvante* por motivos de gratitud. Cosa distinta es que la víctima o quien la repre-

⁷⁹ Y aun antes, durante la instrucción, como querellante máximo y como querellado. La distinción entre querrela *máxima* (peculiar del derecho español) y *mínima* (mera condición de procedibilidad, característica, verbigracia, de Italia y de México) la establecimos en *Derecho proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 329-30, y es adoptada por CAMAÑO ROSA en *La instancia del ofendido* (Montevideo, 1947), p. 81.

⁸⁰ En el primero, que hemos comparado a la *suma* (abstracción hecha de los sumandos), la sentencia afecta por igual a los litisconsortes, que forman, por así decirlo, un bloque, mientras que en el segundo, que a su vez parangonamos con los *sumandos* (abstracción hecha de la suma), la decisión podría proyectarse sobre los litisconsortes con diferente alcance: *Examen código Chihuahua*, cit., núm. 77, pp. 43-5.

⁸¹ Cfr. arts. 484 cód. proc. pen. D. F. y 473 cód. proc. pen. federal, ambos de México.

⁸² Sea cual fuere la causa a que la inhibición de éste obedezca: muerte instantánea como consecuencia de la agresión; herida o golpe que le prive de conocimiento o le impida moverse; ataque del que no se dé cuenta y sí el tercero; sobrecogimiento provocado por el pánico, etc.

sente se coloquen en el bando *atacante*, como acusador particular o como acusador privado, según la índole del delito, en los países donde el ejercicio de la pretensión punitiva no esté monopolizado por el ministerio público. En la segunda hipótesis, en cambio, la legítima defensa emana de dos personas (agredido y tercero auxiliador) y, por tanto, ambas ocuparán la posición procesal pasiva, a título de acusados que aducen la correspondiente excepción y que estarían ligados por lazos de litisconsorcio necesario.⁸³

25) *b') Responsabilidad civil.*—Indicamos antes (*supra*, núm. 19) que la legítima defensa no hace incurrir en responsabilidad civil a quien se defiende; pero mientras tal extremo no se dilucide, habrá que contemplar, a quien la invoque, como *presunto responsable civil* y decretar respecto de su patrimonio las medidas cautelares procedentes. Cabe, además, que al rechazar una agresión ilegítima, se causen daños a un tercero y que éste, como es natural, reclame su resarcimiento.⁸⁴

26) *e) Problemas probatorios.*—Aun cuando se haya sostenido que la idea de *carga de la prueba*⁸⁵ es ajena a la mecánica del proceso penal, como consecuencia del predicamento que en él tienen o deben gozar los principios de verdad material e impulso oficial,⁸⁶ semejante tesis no puede suscribirse, de un lado porque la iniciativa probatoria del juzgador, lejos de contraerse al cuadro del enjuiciamiento criminal, se manifiesta asimismo en el área de la justicia civil⁸⁷ y, de otro, porque de manera explícita el *onus probandi* se encuentra consagrado por el legislador a propósito del acreditamiento en juicio de hechos con apariencias delictivas.⁸⁸ Ello no se opone a los poderes inquisitivos del juzgador pe-

⁸³ A título analógico, véanse, por un lado, los artículos 531 ley enjto. civ. española, 53 cód. proc. civ. D. F. y 19 cód. proc. civ. chileno de 1902 (texto de 1954), cuando imponen la obligación de litigar unidos a quienes opongan la misma excepción (en nuestro caso, la de legítima defensa) y, por otro, el 113 ley enjto. crim., que prevé el litisconsorcio penal activo.

⁸⁴ Acerca de los nexos y divergencias entre responsabilidad civil de origen delictivo y responsabilidad penal en estricto sentido, véanse los números 104 y 105 de nuestro citado ensayo sobre *El allanamiento en el proceso penal*.

⁸⁵ Sobre el tema, véanse los fundamentales trabajos de ROSENBERG, *Die Beweislast*, 3ª ed. (München-Berlín, 1951), traducido por KROTOSCHIN (*La carga de la prueba*; Buenos Aires, 1956), y de MICHELI, *L'onere della prova* (Padova, 1942), vertido a nuestro idioma por SENTÍS MELENDO (*La carga de la prueba*; Buenos Aires, 1961).

⁸⁶ Cfr. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*. (Torino, 1927), pp. 251-2. En contra, SABATINI, para quien la idea de carga de la prueba funciona lo mismo en el proceso penal que en el civil, aunque con caracteres especiales: cfr. su *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, 2ª parte (Catanzaro, 1911), pp. 86-7.

⁸⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho proc. pen.*, cit., tomo III, p. 27, nota 58 y, especialmente, *El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano*, en el volumen "Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Hamburgo 1962)" —México, 1962 (pp. 49-96)—, núms. 38-41, pp. 86-91.

⁸⁸ Cfr. arts. 247 y 248 cód. proc. pen. D. F. mexicano, en el segundo de los cuales,

nal para la búsqueda de la verdad, aun cuando deba hacer un uso prudencial de los mismos y, como regla, sólo para suplir el déficit que ofrezca la prueba aportada por las partes,⁸⁹ y no excluye tampoco que dada la trascendencia de las circunstancias “eximentes”, y entre ellas y acaso a su cabeza la legítima defensa, se confieran al órgano jurisdiccional atribuciones *ad hoc* para lograr su correcta calificación⁹⁰ o incluso para hacerlas valer de oficio.⁹¹

27) Abstracción hecha de las dos perspectivas que acabamos de mencionar, la legítima defensa habrá de ser *cumplidamente probada* por quien desee que se le compute a su favor y que conduzca a una sentencia absolutoria. ¿Por qué? Pues por dos razones: a) porque no constituye *presunción jurídica* y, por tanto, no afecta a la carga de la prueba, y b) porque dentro del proceso funciona como *excepción*. Abordaremos separada y consecutivamente ambos puntos.

28) Aun cuando en pugna con los datos de la estadística judicial,⁹² en el la frase “el que afirma, está *obligado* a probar”, ha de traducirse por esta otra: “el que afirma, tiene la *carga* de probar”. No resulta, en cambio, suficientemente explícito el artículo 456 cód. proc. pen. chileno, que enfoca el problema desde el ángulo del juzgador (*convicción*) y no desde el de las partes (*carga*).

⁸⁹ Sin identificarse, el aspecto aquí tenido en cuenta se relaciona con el de las providencias, diligencias o medidas para mejor proveer. Para su estudio, COUTURE, *Teoría de las diligencias para mejor proveer* (Montevideo, 1932); SENTÍS MELENDO, *Medidas para mejor proveer*, en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1944, II, pp. 126-44, y luego en “Teoría y Práctica del Proceso”, cit., vol. III (Buenos Aires, 1959), pp. 212-36; PIEDRABUENA RICHARD, *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil* (Santiago de Chile, 1960); ALCALÁ-ZAMORA, *Prueba anticipada y prueba retardada en el proceso español* (refundición de diversas Adiciones al “Sistema” de Carnelutti, en mis “Estudios de Derecho Probatorio”, cit., núm. X).

⁹⁰ Véase el fundamental artículo 733 ley enjto. crim. A análogo propósito inquisitivo obedece, a partir de la reforma de 1933 (no afectada por la de 1949), el artículo 897 del propio cuerpo legal, en materia de casación.

⁹¹ Así, en México a tenor del artículo 17 del código penal federal y distrital de 1931, reputado por PINA, en *Código penal para el Distrito y Territorios Federales, etc.*, 3ª ed. (México, 1953), pp. 48-9, como norma procesal y no substantiva (Coincidente con su punto de vista, el artículo 29 cód. proc. pen. de Michoacán de 1962). No será probable, en principio, que los juzgadores hagan uso de preceptos como los dos citados, porque “los defensores suelen pecar más por exceso que por defecto en el desempeño de su cometido: invocan legítima defensa en casos de asesinato [véase *infra*, núm. 33]; arrebató, cuando en rigor medió premeditación; falta de intención de causar un mal grave, en hipótesis de ensañamiento, etc.”; pero al menos en México, donde “con gran frecuencia el patrocinio de los inculpados corre a cargo de unas defensorías de oficio cuyo funcionamiento deja muchísimo que desear”, no puede descartarse la perspectiva de omisiones defensivas evidentes y graves: ALCALÁ-ZAMORA, *El nuevo código procesal penal del Estado de Michoacán*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado, de México”, núm. 49, enero-abril de 1964, p. 118.

⁹² Reveladora de que en la mayoría de los casos, lo mismo en materia civil que penal, es la parte atacante quien tiene razón. Precisamente por ello Alfredo Rocco en la “Pre-

proceso penal se arranca de una *presunción de inocencia*, tras la que se escuda, y otro tanto sucede en materia civil, la simple defensa negativa, asentada en el aforismo de que si el actor no prueba, el reo habrá de ser absuelto de la pretensión contra él deducida; y ello explica asimismo el llamado beneficio de duda (*in dubio pro reo*) cuando no llegue a demostrarse cabalmente la culpabilidad de una persona.⁹³ Pero esa presunción de inocencia, además de no pertenecer a la clase de las *absolutas* (*iuris et de iure*), como tampoco la de buena fe, no ampara a la legítima defensa ni siquiera con el más modesto alcance de *relativa* (*iuris tantum*), es decir, no excluye ni invierte la carga de la prueba a propósito de tal causa de justificación.⁹⁴ ¿Por qué? Pues porque quien alega legítima defensa está *reconociendo*⁹⁵ su participación en unos hechos que, si no mediasen los requisitos que la encuadran, tipificarían (*supra*, núms. 3 y 18) un delito (muerte, lesiones, daños, etcétera).

29) Frente al o a los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, el acusado no niega su participación en ellos, sino que con carácter de hecho *extintivo*

fazione" al *Trattato di diritto processuale penale secondo il nuovo codice*, de MANZINI, tomo I (Torino, 1931), estimaba que en el enjuiciamiento criminal la presunción de inocencia debía reemplazarse por la de culpabilidad. Olvidaba, sin embargo, que frente al argumento fríamente numérico, se alzan dos consideraciones fundamentales: una, la de que el proceso penad entraña todo un sistema de garantías individuales, y otra, la de que la presunción de culpabilidad, con las consecuencias a ella anejas, agravaría aún más el desequilibrio en que el inculpado se encuentra frente al cada día más poderoso Estado, que además de ser el titular de la jurisdicción, suele monopolizar, en una crecida cifra de países, comenzando por Italia, la acción penal mediante el ministerio público, con la resultante de detentar así dos de los tres vértices del triángulo procesal.

⁹³ Véanse *supra*, notas 43 y 88 (en ésta, la referencia al art. 456 cód. proc. pen. chileno).

⁹⁴ Aun cuando a juzgar por la tozudez de códigos y prácticos ello equivalga a golpear sobre hierro frío, insistiremos en que las presunciones no son medios de prueba y en que hay, además, que examinar por separado las *legales*, que se relacionan con la *carga*, y las *humanas*, que se conectan con la *fuerza*: cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo III, p. 156.

⁹⁵ Quien sostenga haber actuado en legítima defensa estará valiéndose del testimonio de parte en su doble sentido de *confesión* (*en contra*, o sea como aceptación de que el hecho por él realizado está tipificado como delito) y de *juramento* (*a favor*, es decir, como manifestación de hallarse amparado por la citada causa de justificación). Suma o asociación de confesión y juramento (conforme al significado procesal y no religioso del vocablo), basada en el juego del *sí* y del *pero* (*infra*, núm. 29), que encontramos ya en el *Quijote* (II, cap. XLV) en el episodio del viejo de la cañaheja, tan sagazmente juzgado por Sancho Panza en Barataria (cfr. mis *Estampas procesales*, cit., núm. 32, pp. 97-9). Bueno será destacar que, en su mecánica, la confesión judicial se aparta profundamente de la religiosa o auricular ante el llamado tribunal de la penitencia, en que el penitente se autoacusa —idea a no confundir con la de autocalumnia—, dando lugar a un proceso (en el supuesto improbable de que lo sea) con una sola parte (fusión de acusador y de acusado), que en este aspecto formaría pareja con el inquisitivo puro (confluencia de los papeles de juez y acusador): *supra*, núm. 14, nota 46.

de la responsabilidad penal⁹⁶ invoca la legítima defensa, que, por tanto, funcionará como *excepción* basada en el juego del *sí* y del *pero*: *si* maté, o lesioné, dañé, etcétera, *pero* para repeler una agresión injusta en contra mía o de un tercero. Ni más ni menos que quien en un juicio civil opone, verbigracia, la también excepción extintiva de pago, que, claro está, no tendría sentido si se esgrimiese por quien negase la existencia misma de la obligación a que aquél puso término.⁹⁷ Al comportarse procesalmente como excepción, la carga de la prueba respecto de ella incumbe al que la aduce.⁹⁸ Mas la lanzadera (*hecho constitutivo-hecho extintivo*) podría no detenerse ahí, ya que cabría que, en viaje de retorno, la acusación o alguna de ellas, de ser varias (*supra*, núm. 22), acogiesen con reservas la legítima defensa, por estimar que hubo exceso, que fue incompleta o que obedeció a error (*infra*, núm. 31), y entonces tendrían que preocuparse de acreditar tales circunstancias *modificativas*.

30) En la *apreciación de la prueba de la eximente* habrá de ponerse especialísimo cuidado, tanto para verificar que concurren sus requisitos determinantes (*supra*, núm. 3), como para computarlos en atención a las peculiaridades del caso. Por lo mismo, el régimen de *sana crítica* se presenta como el más apto para efectuar una valoración correcta.⁹⁹ Entre los diversos aspectos vinculados con la

⁹⁶ Sobre la división de los hechos en *constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos* en relación con la carga de la prueba, cfr. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, traducción española, tomo II (Madrid, 1925), pp. 254-61, y CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núms. 23, 126 y 411-4, donde llama "hechos" a las dos primeras clases y "condiciones" a las dos últimas. Véase también el art. 281 cód. proc. civ. D. F. en México.

⁹⁷ Entraría en tales casos en juego el *principio de la incompatibilidad de los contrarios*, cuyas manifestaciones más significativas en el ordenamiento procesal mexicano hemos examinado en nuestro estudio *Sentencia aparente y mayoría ficticia*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", julio-diciembre de 1963 (pp. 35-48), núms. 3-4, pp. 38-43.

⁹⁸ Tanto conforme a criterios romanistas como modernos acerca de la carga de la prueba. A tenor de los primeros, porque si bien en principio la carga incumbe al actor, el reo se convierte en tal cuando opone excepciones; y conforme a los segundos, porque frente a los hechos constitutivos del actor o acusador, el excepcionante hace valer hechos extintivos, impeditivos o modificativos. Véase RÍOSEO ENRÍQUEZ, *La prueba ante la jurisprudencia (Derecho civil y procesal civil): Parte general y reglas comunes* (Santiago de Chile, 1958), pp. 29-39.

⁹⁹ Bibliografía fundamental: COUTURE, *Las "reglas de la sana crítica" en la apreciación de la prueba testimonial* (primero en "Jurisprudencia Argentina" de 27 de agosto de 1940; después como sobretiro de "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" de Montevideo, 1940; últimamente, en sus "Estudios de Derecho Procesal Civil", tomo II —Buenos Aires, 1949—, pp. 179-227); ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba en la citada revista uruguaya* febrero de 1945 pp. 33-42; ÍDEM, *A propósito de libre convicción y sana crítica*, en "Revista Jurídica de Córdoba" (Argentina), octubre-diciembre de 1948 pp. 513-22 —estos dos trabajos, ampliados y puestos al día, se reproducen en nuestros "Estudios de Derecho Probatorio", cit., núms. III y VI—; PINA, *En torno a la sana crítica*, en "Anales de Jurisprudencia" (México), marzo de 1949, y en "Derecho Procesal (Temas)", 2ª ed. (México, 1951), pp. 137-48.

prueba de la legítima defensa, acaso el concerniente a la adecuación del medio utilizado para repeler la agresión¹⁰⁰ y el relativo a la posibilidad de huir el agredido¹⁰¹ sean los dos que reclamen criterio más flexible en el juzgador, por obe-

¹⁰⁰ Hace varios decenios aconteció en España que frente a una tentativa de violación, la mujer repelió el ataque dando al agresor tal bocado en... el instrumento del delito, que además de producirle una tremanda hemorragia, lo dejó inútil para el servicio. El sentenciador estimó, con acierto, que atendidas las circunstancias, la atacada no se excedió en la legítima defensa, si bien se abstuvo de ordenar la destrucción del aludido instrumento, según se cuenta que por efecto de la rutina profesional dispuso cierto juez de país que no hace al caso. (El episodio relatado confirmaría los famosos versos del *Romancero* a propósito de la violencia hecha por Don Rodrigo a la Cava: "que si una mujer no quiere —rendir su libre albedrío, —el más valiente gigante— en su presencia es un niño": cfr. *Floresta de leyendas heroicas españolas compilada por Ramón Menéndez Pidal: Rodrigo, el último godo*, en "Clasicos Castellanos", vol. 71 —Madrid, 1958—, p. 84; recordemos, en sentido análogo, el caso de la mujer y el ganadero juzgado por Sancho Panza, en *Quijote* II, XLV, o la opinión expresada por Tirso de MOLINA en *El vergonzoso en palacio* (1621), acto, versos 442-85 (pp. 26-7 de la edición de "Clasicos Castellanos" —Madrid, 1958—). En la valoración del medio defensivo, especialmente cuando se haya repelido un ataque contra la vida, el juzgador habrá de prestar máxima atención al estado de ánimo del agredido, a quien en momentos en que de un parpadeo depende su existencia no cabe pedir —ni aun en el supuesto de ser un penalista eminente, que se sepa al dedillo los requisitos de la legítima defensa y su copiosa y casuística jurisprudencia— que obre con absoluta serenidad. Y si por ejemplo, en el instante de producirse la agresión, al alcance de su mano se encuentra un tubo de goma, un bastón y un arma de fuego, no se le puede exigir que se ponga a reflexionar, a riesgo de ser acribillado mientras tanto, si para repeler el ataque habría bastado con valerse del primero o tendría que utilizar la tercera. *Adición*: Un caso de mutilación del pene, no constitutivo de legítima defensa, sino de venganza motivada por celos, es pormenorizadamente relatado por Alfonso MARTÍNEZ DE TOLEDO, Arcipreste de Talavera, en el *Corvacho, o reprobación del amor mundano* (1438), primera parte, capítulo XXIV (pp. 68-9 de la edición utilizada: Barcelona, 1968).

¹⁰¹ La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 8 de julio de 1964, abordó el problema de la huida en un caso que consideró de legítima defensa incompleta, por negar la racionalidad del medio utilizado para repeler la agresión. Según el relato de hechos, en un fundo rústico se encontraban destilando clandestinamente aguardiente, cuatro personas al anochecer de un día de mayo en que llovía torrencialmente; dos de ellas, A y B, bebieron hasta embriagarse o poco menos, en tanto que C tomó sólo una pequeña cantidad, siendo por tal causa increpado y agredido por A, quien con un jarro lleno de licor le dio un fuerte golpe en la frente, dejándolo "medio atontado"; el agredido optó por huir, pero tras él, salieron A y B, y cuando había recorrido "unos veinte metros", encontró una hacha, que lanzó hacia atrás con ánimo de alejar a su perseguidor, el cual en el momento de recibir la herida determinante de su muerte al cabo de varias horas, se encontraba a "unos tres metros" del perseguido. Para rechazar la racionalidad del medio, la Corte se basó en dos argumentos hartamente discutibles: a) el de que el agredido tenía 19 años y el agresor 39, y esa circunstancia y la de estar ebrio el segundo y sobrio el primero, habrían permitido a éste dejarlo rezagado (pero dista mucho de ser axiomático que una persona de 19 años, aun siendo del mismo sexo, corra necesariamente más que una de 39 años, ya que diversos elementos pueden influir sobre la velocidad respectiva, sin contar con que en nuestro caso, C quedó medio atontado por el golpe con el jarro), y

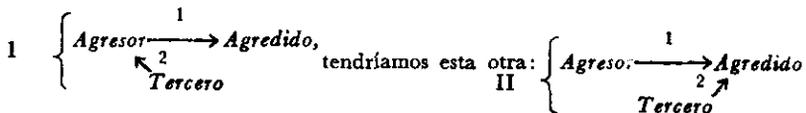
decer ambos a factores fluctuantes en extremo, no susceptibles, en consecuencia, de medirse en forma rígida.¹⁰²

31) Será también la prueba la que sirva para poner de relieve los posibles errores en cuanto a la legítima defensa, a saber: a) el de quien se creyó atacado sin haber mediado en rigor agresión ilegítima (*infra* número 33); b) el del tercero que tome como agredido al agresor, cooperando al delito de éste, aunque persuadido de que defendió a la víctima,¹⁰³ y c) el del juzgador que desestime

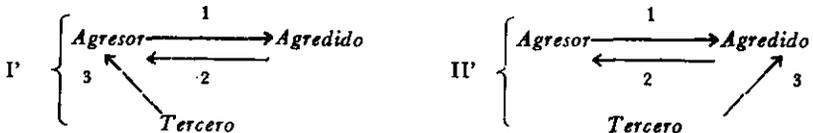
b) la oscuridad de la noche (factor también muy relativo, puesto que si *A* tenía mejor vista, conocía mejor el terreno o estaba más habituado que *C* a andar de noche por el campo, la supuesta ventaja se convertiría en inconveniente para éste). Lluvia torrencial y oscuridad nocturna no son, además, las condiciones más propicias para correr de prisa y, por añadidura, *C* no sabía si *A* iba o no armado, y en cambio, *si sabía* que le había estrellado un jarro en la cabeza y que le venía pisando los talones. Evoquemos todavía otros dos casos, extraídos de nuestros recuerdos de la infancia: en uno de ellos la fuga era imposible, por tratarse de un paralítico de ambas piernas, que desde su cama mató con una pistola a un asaltante nocturno; en el otro, resultó inútil, porque el agresor, amante de la mujer del agredido (quien acababa de sorprender *in fraganti* a los adúlteros), no contento con escarnecer a éste, lo persiguió pistola en mano y logró arrinconarlo tras el mostrador de una tienda, instante en el cual el segundo se apoderó de unas tijeras de cortar telas y con ellas dio muerte a su atacante, que, además, tenía fama de matón, mientras que él era un hombre enclenque y enfermizo.

¹⁰² Véanse en RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. I (Madrid, 1947), la jurisprudencia referente a la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, agrupada en dos sectores: afirmativo (pp. 468-529) y negativo (529-79). Y concretamente en cuanto a la huida, los fallos recogidos en las pp. 491-2.

¹⁰³ En lugar de la representación normal, que sería:



En los dos casos hallamos *ataque* (1) y *contraataque* (2), pero mientras en el primero se dirigen contra distintas personas (1 contra el agredido y 2 contra el agresor), en el segundo convergen en el agredido. Si el agredido participa también en el rechazo de la agresión, entonces las representaciones precedentes habrían de ser sustituidas por estas otras:



En I' los dos contraataques confluyen en el agresor; en II', sólo uno de ellos, en tanto que el ataque inicial y el contraataque del tercero recaen sobre el agredido.

En cualquiera de las representaciones, adviértese la triangularidad característica asimismo de la configuración del proceso como relación jurídica según la corriente dominante (BÜLOW, WACH, CHIOVENDA, etc.):

una legítima defensa efectiva y condene a quien debía ser absuelto o que, por el contrario, acoja una legítima defensa inexistente y absuelva a quien merecía la condena.¹⁰⁴ En las hipótesis *a* y *b*, la prueba correspondiente se producirá en el propio proceso, conforme al sistema de única o de más instancias establecido en cada país y en la medida en que sirvan para la recepción de medios probatorios,¹⁰⁵ si es que los vicios concernientes a su omisión, práctica o apreciación indebidas no tienen consecuencias anulatorias de la sentencia, a través de instrumentos como la casación o cual el amparo mexicano.¹⁰⁶ En el caso *c*, de no remediarse el entuerto en virtud de los recursos normales, todo dependerá de cómo esté organizado el supremo medio impugnativo, la revisión, acerca de la cual, en sus relaciones con la legítima defensa, diremos algo en seguida (*infra* núm. 32).

32) *f) Peculiaridades impugnativas.*—La legítima defensa no requiere ni cuenta en parte alguna con un específico régimen impugnativo; pero dentro del sistema normal de recursos, merecen señalarse algunas de sus repercusiones. Por de pronto, cuando recurra únicamente quien invocó la legítima defensa, bien porque la sentencia no la tomó en cuenta, bien porque la acogió de manera restrictiva (como incompleta o excesiva) y no plena, el juzgador *ad quem* habrá de atenerse necesariamente a la prohibición de la *reformatio in pejus*.¹⁰⁷ Desde el punto de vista de la *casación*, la legítima defensa puede conectarse tanto con *errores in iudicando*, o de fondo, como *in procedendo*, o de forma: con los primeros, cuando la sentencia del *a quo* infrinja el planteamiento de la misma conforme a las disposiciones del código penal sustantivo; con los segundos, cuando la denegación de diligencias probatorias aptas para inferir su existencia haya conducido a su rechazo, con la obligada consecuencia aquí de reponer el procedi-



En cuanto al error del tercero que confunda al agresor con el agredido, obedecerá casi siempre a la rapidez y fugacidad de una intervención imprevista, sin tiempo, por consiguiente, de efectuar esclarecimientos previos.

¹⁰⁴ Por ejemplo, conforme a la potestad que para acoger eximentes de oficio le confiere el artículo 17 del código penal mexicano federal y distrital: *supra*, nota 91.

¹⁰⁵ Régimen de instancia única, con casación ulterior en España; de doble instancia con posibilidades de prueba también en la segunda (cfr. arts. 426-9 cód. proc. pen. D. F. y 376-80 y 384 cód. proc. pen. federal), más, en su caso, amparo, en México; de doble instancia (a través de la dualidad apelación-consulta), con perspectivas probatorias (arts. 515-23 cód. proc. pen.), más casación, en Chile.

¹⁰⁶ Cfr. arts. 849, núm. 2, 850, núms. 1, 3 y 4, y 851, núms. 1 y 2 ley enjto. crim. española (a tenor de la reforma de 16 de julio de 1949); 541, causales 2^o, 3^o y 12^o, y 546, causales 1^o-4^o, 6^o y 7^o, cód. proc. pen. chileno, y 160, fracs. III, IV, V, VI (especialmente ésta) y XIV de la ley de amparo mexicana de 1935 (texto de 1950).

¹⁰⁷ Conculcada por los artículos 528 y 548 del código procesal penal chileno, el primero en materia de apelación y el segundo en orden a la casación.

miento al momento de cometerse la falta.¹⁰⁸ Entendemos, además, que deberá dejarse expedita la casación cuando adoptada la sana crítica como criterio valorativo de la prueba, se hayan conculcado a todas luces las reglas de la ciencia y de la experiencia en que aquélla se basa.¹⁰⁹ Y a propósito de la *revisión* como medio impugnativo excepcional frente a sentencias firmes en pugna abierta con la realidad,¹¹⁰ creemos que debe autorizársela no sólo *a favor* —es decir, dentro de nuestro tema, en beneficio de quien fue condenado y luego se compruebe que obró en legítima defensa—,¹¹¹ sino también *en contra*, o sea, del que fue obse-

¹⁰⁸ Cfr., verbigracia, los artículos 901 *bis* ley enjto. crim. española (conforme a la reforma de 1949) y 535 cód. proc. pen. chileno (éste, en relación con el 786 cód. proc. civ.).

¹⁰⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimientos de Honduras*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 17-18, enero-junio de 1955 (pp. 377-452), p. 441 y 443, donde los artículos 903, núm. 7 (en asuntos civiles) y 1237, núm. 2 (en causas penales), se adicionaron a fin de permitir la casación "cuando de manera notoria se hubiesen infringido las reglas de la sana crítica aplicables al caso o se hubiere prescindido de su empleo". (Trabajo reproducido en "Estudios de Derecho Probatorio", cit., núm. XIII, y en "Foro Hondureño", enero-mayo de 1955, pp. 137-89).

¹¹⁰ La tesis de que la *revisión* constituye un medio impugnativo *excepcional* (en cuanto ataca la cosa juzgada) y no meramente *extraordinario*, la sostuve por primera vez en *Los recursos en nuestras leyes procesales* (en "Rev. Crítica de Derecho Inmob.", enero y febrero de 1930, pp. 1-13 y 81-92, y luego en mis "Estudios", cit., pp. 23-65), pp. 55-7 y 65, y fue después acogida por diversos autores españoles (GUASP, PINA, BALLBÉ, GONZÁLEZ PÉREZ) en los trabajos suyos que mencionamos en la nota 56 (pp. 33-4) de nuestro artículo *A propósito de una planeada ley procesal civil hispanoamericana* en "Bol. del Inst. de Der. Comp. de México", núm. 27, septiembre-diciembre de 1956, p. 36.

¹¹¹ Verbigracia: el agresor desapareció y se le dio por muerto; luego se presenta o es hallado y reconoce la agresión. El ejemplo que acabamos de poner no es imaginario, y aun cuando sin relacionarse con la legítima defensa, y con la circunstancia, además, de que el desaparecido fue la víctima, el más reciente y sonado caso de error judicial italiano giró en torno a él: véase en la revista "Jus" (1962, pp. 213-27), bajo el epígrafe *L'errore giudiziario*, la discusión habida el 10 de noviembre de 1961 en Milán entre BIONDI, TROMBI, PISAPIA y LENER acerca del caso Salvatore Gallo, campesino siciliano que permaneció siete años preso como culpable de haber matado a su hermano, con quien sus relaciones, como sostuvo el procurador TROMBI (p. 217), no fueron ni siquiera las de Caín y Abel, sino las de dos Caínes, y a quien atacó con una piedra dejándolo como muerto; la víctima, al recuperar el conocimiento, se ocultó, con la consecuencia de que el agresor fuese juzgado y condenado como homicida y la curiosa particularidad de que los testigos que manifestaron haber visto vivo, en una determinada población, al supuesto fallecido fueron *encarcelados* por falso testimonio y *excusados* luego cuando se retractaron, es decir, se les persiguió por decir la verdad y se les liberó cuando mintieron. Si la causa de justificación se proclama a consecuencia de un recurso de *revisión* revocador del error cometido al denegarla, quien sufrió indebidamente condena deberá ser indemnizado. Otro tanto creemos debería hacerse respecto del absuelto en virtud de legítima defensa, cuando haya sufrido prisión preventiva exagerada. Sobre el extremo ahora contemplando, cfr. Rocco, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari* (Napoli, 1906), así como en el cuadro legislativo los artículos 106 de la Constitución de 1931 y 960 ley enjto. crim. españolas (reforma de 24 de junio de 1933).

quiado con una legítima defensa que después se demuestra que no lo fue, sino un delito ciento por ciento.¹¹²

33) g) *Uso y abuso defensivos de la legítima defensa.*—Como afirma Jiménez de Asúa, es indispensable “restituir la legítima defensa a su verdadero rango, degradado por muchos abogados defensores que tratan de hallar legítima defensa donde no debe existir (en otros casos acuden a la enajenación), olvidando que su carácter justo y su índole objetiva no permiten esas desfiguraciones”. E insistiendo, agrega: “nosotros no queremos enviar a presidio a quienes reaccionan creyendo ser atacados ilegítimamente, sin estarlo en realidad (defensa putativa), ni tampoco al que se excede defendiéndose por suponer que el ataque es más grave de lo que es verdad, ni queremos obligar al provocador a que se deje matar por el que responde agrediendo ilegítimamente,¹¹³ pero tampoco queremos conceder a quienes así obran, fuera del auténtico derecho de defensa, la alta categoría de la justificación”, puesto que existen “otros recursos estrictamente jurídicos para declarar *inculpables*, pero no *justificadas*, semejantes conductas”.¹¹⁴ Abuso evidente, pues, en la invocación de la legítima defensa por parte de defensores sin escrúpulos,¹¹⁵ para quienes lo único que importa es *sacar libres* a sus

¹¹² La *revisión en contra* se encuentra autorizada, verbigracia, por la ordenanza procesal penal alemana en atención a los motivos que enumera su § 362 (conforme al texto de 1924, o sea el 402 de la redacción primitiva de 1877), y nos hemos ocupado de ella en un doble sentido: en relación con hipótesis de allanamiento doloso (cfr. número 102 del trabajo citado en la nota 49) y a propósito de la supresión del sobreseimiento provisional, con la consecuencia de que sólo subsistiese el definitivo (cfr. *La reforma enjto. argentino*, cit., pp. 59-61, y *La reforma proc. en Guatemala*, cit., pp. 225 y 234-5).

¹¹³ A este propósito, ASÚA recuerda (*ob. y vol. cit.*, núm. 1280 p. 25, nota 1) los versos del *Don Juan Tenorio* de ZORRILLA (acto IV, escena IV):

“Mas no creo que morir
deba nunca un caballero
que lleva en el cinto espada,
como una res destinada
por su dueño al matadero”.

¹¹⁴ *Ob. y vol. cit.*, núm. 1280, pp. 24-5.

¹¹⁵ El ejercicio del patrocinio forense tiene que detenerse ante ciertas barreras; y de la misma manera que a un defensor con un mínimo de conciencia profesional no le es lícito destruir o falsificar pruebas, desaparecer con las actuaciones mediante el humorísticamente denominado *recurso de alzada*, organizar la evasión del detenido o preso o provocar el incendio de un tribunal en que se custodie el expediente de un asunto que no marche muy bien para su defendido (aunque de todas esas dolosas maniobras puedan citarse ejemplos: ¿no se atribuyó hace medio siglo la quema del Palacio de Justicia de Madrid a un móvil de ese tipo, y en estos días en Chile no se sospecha que las llamas destructoras del Juzgado del Crimen de Talcahuano obedecieron al deseo —por fortuna, frustrado— de que ardiese el proceso relativo a un cuantioso fraude aduanero: véase “El Mercurio” de 6 de septiembre de 1964, p. 29?), tampoco, por respeto a la justicia y a sí mismo, debe asentar su ministerio sobre arbitrarias alteraciones o cínicas negativas de hechos evidentes.

patrocinados, aun cuando para alcanzar tal meta desprestigien a la profesión y pisoteen la ética gremial, tan difícil de salvaguardar en las naciones donde prejuicios infundados sigan cerrando el paso a la colegiación obligatoria.¹¹⁶ Ciertamente que en materia penal, máxime cuando la sanción previsible sea grave o incluso capital, no cabe dejar desamparado al presunto culpable, por muy odioso que aparezca su crimen;¹¹⁷ pero ello en manera alguna justifica el deshonesto ejercicio de la abogacía por aventureros del derecho, que con tal de realizar sus designios, no se detienen ante nada ni ante nadie y a los que hay necesidad inaplazable de marcar el alto, para que no siga siendo burlada la justicia y utilizadas las leyes a manera de palanqueta o de ganzúa.

34) F) Utilización del proceso como instrumento de real o aparente legítima defensa.—A primera vista, esta curiosa posibilidad se daría en el famosísimo drama de Calderón de la Barca *El Alcalde de Zalamea*, por mí estudiado hace años en sus proyecciones procesales.¹¹⁸ A través de un proceso, Pedro Crespo obraría en legítima defensa del honor de su hija Isabel y del suyo propio, mancillados por el capitán don Alvaro de Atayde, que ultrajó a la primera.¹¹⁹ ¿Pero en realidad concurren todos los requisitos peculiares de la citada causa de justificación? Quien enfrente el desarrollo de la pieza teatral y la definición que Asúa da de la legítima defensa (*supra*, núm. 3), llegará a una respuesta negativa, de la misma manera que en el terreno procesal hubimos de subrayar cómo en el alcalde extremeño falta el rasgo característico del verdadero juzgador, o sea la cualidad de *tercero imparcial*,¹²⁰ desde el momento en que decide una causa donde tanto su hija como él son los ofendidos por el delito.¹²¹ Sólo en el supuesto

¹¹⁶ Con olvido de que ella y la oralidad constituyen “las dos columnas sobre las que se alza el prestigio de las grandes abogacías europeas” (reseña nuestra del volumen de COUTURE, *De la organización judicial y del régimen procesal*—Montevideo, 1945—, en la sección *Miscelánea de libros procesales*, en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1945, II, p. 83). Acerca del otro punto, véase nuestro artículo *La ética profesional y el régimen jurídico de las corporaciones forenses*, en “Revista de los Tribunales y de Legislación Universal” (Madrid, 22 de octubre de 1932) y luego en nuestros “Estudios”, cit., pp. 117-34.

¹¹⁷ En contra de la tesis que en noviembre de 1929 sostuvo el secretario del partido fascista italiano (recordada por MANZINI, *Trattato*, cit., vol. II, p. 427, nota 1), a tenor de la cual el abogado no debería asumir la defensa de individuos evidentemente culpables de delitos repugnantes o gravemente peligrosos para el orden social y político del Estado. Para su refutación, véase nuestro *Derecho proc. pen.*, cit., tomo II, pp. 44-5.

¹¹⁸ Cfr. mis *Estampas procesales*, cit., núms. 34-39, pp. 101-10.

¹¹⁹ Es decir, acudiría a la *autotutela* una vez fracasada la tentativa de *autocomposición* (matrimonio del ofensor con la ofendida) que Pedro Crespo le propone con insistencia (jornada III, escena VIII).

¹²⁰ Como “tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes”, lo hemos definido en *Antagonismo*, cit., núm. 4, p. 11.

¹²¹ En este punto, Don Lope, al llamar la atención de Felipe II acerca de que Pedro

de que *autotutela*, el género, se identificase con *legítima defensa*, la principal acaso, pero no la única de sus especies,¹²² cabría sostener que al actuar indiscutiblemente Pedro Crespo a impulsos de la primera, aun cuando creyendo moverse en el desempeño de la jurisdicción, la unidad esencial de ambos conceptos entrañaría que a la vez intervino la segunda. Pero como la autotutela abarca expresiones distintas de la de legítima defensa, habrá que buscar en ellas la solución del problema penal que Calderón llevó a las tablas y que nosotros, por no ser penalistas, no abordamos.¹²³ Únicamente agregaremos que si al final del drama, perteneciente como episodio histórico al siglo xvi y como redacción literaria al xvii, la intervención de Felipe II, en plan de rey justiciero¹²⁴ y en papel de *deus ex machina*, zanja con su autoridad de monarca absoluto las cuestiones pendientes,¹²⁵ en otras circunstancias Pedro Crespo habría tenido que ser juzgado en un ulterior y auténtico proceso para dilucidar, no la *justicia de una condena* que cabría reputar merecida conforme al criterio de la época y aun de tiempos posteriores,¹²⁶ sino la *justificación de su conducta*, al asumir en un mismo juicio las antagónicas posiciones de juzgador y de parte.^{127 y 128}

Concepción (Chile), septiembre de 1964.

Crespo, además de alcalde era el padre de Isabel, puso el dedo en la llaga: cfr. mis *Estampas procesales*, cit., núm. 37, pp. 106-7.

¹²² Véase *Proceso, autocomposición*, cit., capítulo II, núms. 17-42, pp. 31-63.

¹²³ Es decir, dilucidar, por ejemplo, si medió vindicación próxima de ofensa grave, con alcance tan sólo de atenuante y no de eximente (*supra*, nota 76, e *infra*, nota 127), o bien ejercicio legítimo de un deber, oficio o cargo (a título de "alcalde", Pedro Crespo poseía potestad jurisdiccional, pero como padre de la víctima y como ofendido en su propio honor, era juzgador recusable, sin que su argumento de hacer por su hija "lo mismo que hiciera por los demás" destruya tan fundamental objeción); o, en fin, aunque con retardo indudable respecto del momento en que se produjo el agravio, como excusa absolutoria que nunca mejor cabría calificar de *calderoniana* (inspiradora del tan famoso como discutido artículo 438 del código penal de 1870, suprimido en el de 1932 como contrario a la igualdad jurídica de los sexos proclamada por el artículo 25 de la Constitución de 1931, pero restablecido en el 428 del de 1944, aun cuando no en el de 1963).

¹²⁴ Véanse las consideraciones que acerca del mismo hacemos en *Estampas procesales*, cit., núms. 12-13, pp. 52-9.

¹²⁵ A saber: la concerniente al conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la castrense y la relativa a la forma de ejecución, puesto que dada la cualidad de capitán y caballero de Don Álvaro de Atayde, debió haber sido degollado y no agarrado (cfr. *Estampas procesales*, cit., núm. 39, pp. 108-10), pero ambas suscitadas a destiempo, por haber pasado ya el violador a mejor vida.

¹²⁶ Estamos seguros de que si se procediese a juzgar ante un auditorio de nuestros días a Pedro Crespo, a la manera como JIMÉNEZ DE ASÚA lo ha hecho respecto de Don Juan Tenorio (véase su conferencia *Don Juan ante el derecho penal y la sociología* —Tucumán, 1943—, reproducida en el tomo IV de "El Criminalista" —Buenos Aires, 1944—) o como en la Universidad brasileña de Paraná en cuanto a Otelo (cfr. el folleto de VIEIRA NETTO y de ARAÚJO LIMA, *O julgamento de Otelo* —Curitiba, 1962—), el veredicto del seudojurado le sería por completo favorable, máxime de integrarlo mujeres.

¹²⁷ Cfr. *Antagonismo*, cit., núm.3, pp. 9-10. En rigor, dentro del drama calderoniano,

sólo Juan Crespo, el hijo de Pedro y hermano de Isabel, que hiere al capitán tras la violación de su hermana, podría escudarse en la legítima defensa, si es que no más bien en la vindicación próxima de ofensa grave (*supra*, notas 76 y 123).

¹²⁸ *Addenda: 1º, a la nota 15*: Aunque muy apegado al texto positivo, véase últimamente el artículo de SABATER TOMÁS, *El procedimiento de la ley de vagos y maleantes*, en la "Revista de Derecho Judicial", octubre-diciembre de 1964, pp. 64-86; *2º, a la nota 25*: La índole jurisdiccional del arbitraje es también reclamada por ZEPEDA, en *El laudo arbitral* (México, 1963), pp. 183-271.