

# DOCTRINA

## EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Doctor: LUIS E. ROMERO SOTO  
Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia

### 1. LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

Las distintas ramas del derecho constituyen un conjunto armónico, conforme al cual, como las partes de un todo, se integran dentro de una unidad.

El derecho, puede decirse, es uno solo dividido en distintas manifestaciones. Entre ellas no puede haber oposición porque, como dice ROCCO, "en esta grande unidad que llamamos derecho, un desacuerdo interior no es concebible. El ordenamiento jurídico no puede consentir la guerra entre las normas individuales que lo constituyen en modo tal que la una prohíba lo que la otra ordena, o condene lo que otra consienta"<sup>1</sup>.

Llevado este principio al campo del derecho penal se tiene que no es posible no solamente que en el seno del mismo se presenten contradicciones de esta naturaleza, sino que un comportamiento pueda ser lícito a la luz de otra rama del derecho e ilícito para el derecho penal, o a la inversa.

Esta unidad del derecho se basa en la del Estado, ya que este es uno solo, con una sola voluntad, la cual no puede expresarse en manifestaciones contradictorias, como sería la de permitir y prohibir algo al mismo tiempo.

"Así —ha dicho NELSON HUNGRÍA—, si una norma penal incrimina tal o cual hecho que, entre tanto y en determinados casos, otra norma jurídica, penal o extrapenal, permite o impone, no ha de reconocerse existencia de delito. Esta dilación es incuestionable, aun cuando la norma que establece la licitud sea de derecho privado. Este también entra, como elemento sinérgico, en el orden social. Ningún derecho subjetivo individual, así sea de carácter privatístico, puede gravitar fuera de la órbita del interés social. Si el derecho civil, por ejemplo, al disciplinar esta o aquella *facultas agendi*, autoriza, para asegurarle pleno ejercicio, la ejecución de un hecho que, en otras condiciones, constituiría delito, se debe entender que así lo dispone, no simplemente por amor al derecho individual en sí, sino también por interés al orden jurídico general. Tal disposición no deja, por lo tanto, de repercutir sobre el derecho penal"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ROCCO, *L'oggetto del reato*, pág. 527.

<sup>2</sup> NELSON HUNGRÍA, *Comentarios*, vol. I, t. II, pág. 308.

Teniendo esto en cuenta se ha dicho desde antiguo que quien ejerce un derecho no puede lesionar derecho ajeno, pensamiento expresado en la máxima *qui jure suo utitur, neminem ledet*, o sea que no puede haber colisión de intereses jurídicos en forma que uno de ellos se diga perjudicado por el ejercicio de otro.

## 2. EL EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN

Con base en el postulado sobre la unidad del derecho, se ha negado por algunos que el ejercicio de un derecho sea propiamente una causal de justificación.

Se ha llegado, entonces, a considerar que la inclusión del ejercicio de un derecho entre las causales de justificación es inútil y que si la menciona entre ellas es solo *ad abundantiam*.

Pero también se ha sostenido por muchos que es una verdadera causal de justificación ya que en los casos en que se la aplica, si bien no puede hablarse de que un hecho sea permitido y prohibido al mismo tiempo, sí es dable afirmar la existencia de dos o más intereses en conflicto, esto es, de un enfrentamiento de derechos entre los cuales uno de ellos, el más valioso, debe predominar. Se trata entonces de determinar cuál es el que tiene mayor valor.

Puede decirse que a medida que los autores ahondan en las muchas cuestiones que esta causal de justificación suscita, desaparecen de los textos doctrinales los calificativos de "inutilidad", y "superfluidad" que se han usado a propósito de ella y han empezado los códigos penales modernos a incluirla en el elenco de las circunstancias que hacen desaparecer la ilicitud de los hechos aparentemente punibles.

Es así como de la omisión de citarla, como ocurre en el Código Penal alemán, cuyos comentaristas se ocupan, sin embargo, de ella, se pasó a considerarla en la parte especial, como hace el Código Penal francés (art. 327), y de allí a consignarla en la parte general, aunque sin fijar sus características y límites, sistema del Código Penal belga (art. 70), hasta culminar en su consagración reglamentada y precisa, como en el actual Código Penal italiano.

Además, puede anotarse que en un principio se la confundía con la ejecución de la ley, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de cargos.

Así sucede en el Código Penal colombiano de 1936 (art. 25, numeral 1º), que en esto se guió por el italiano de 1899, llamado de ZANARDELLI, que en su art. 49, ordinal primero, consagraba, como el nuestro, la disposición de la ley junto a la orden obligatoria de autoridad competente.

En la primera ubicaron los comentaristas de ese Código el ejercicio del derecho.

Solo en el Código de ROCCO (1930) adquirió autonomía esta causal al ser consagrada expresamente por el art. 51, al lado del cumplimiento de un deber y de la orden legítima de autoridad competente.

En nuestros ordenamientos penales se tiene que el de 1890 no mencionó esta causal de justificación, ni ninguna otra en la parte general, si bien en el ordi-

nal 6º del art. 591 consideraba absolutamente inculpables a los que cometían homicidio en el acto de aprehender, por orden de autoridad competente, a los reos de asesinato, envenenamiento, homicidio e incendio que opusieran resistencia o se fugaran, y en el 5º el dar muerte, previa orden de autoridad competente, a los que se fugaran estando bajo custodia.

En el Código de 1936, como ya se dijo, se configuró, tan solo, la disposición de la ley. Pero como esta, a la par que obligaciones, consagra derechos, puede verse allí esta causal de justificación.

Empero, el de 1980 ya hace una mención expresa de ella, sumándose así a la corriente moderna que la considera como una causal de justificación perfectamente independiente y autónoma y no una simple aplicación de los principios generales del derecho.

Y es que no cabe duda de que el ejercicio justificado de un derecho, es, como atrás se expresó, una causal autónoma de justificación.

Existe, es verdad, la tendencia a confundirla con otras como la legítima defensa, el consentimiento del derechohabiente, el cumplimiento de un deber, el uso legítimo de armas y el estado de necesidad.

Pero, como se verá brevemente a continuación, difiere de esas causales de justificación y tiene una entidad propia que no permite confundirla con ella y, como consecuencia, le confiere un lugar aparte en el elenco de las circunstancias que excluyen la antijuridicidad del hecho.

Así se tiene que de la legítima defensa se diferencia en que esta requiere, para su existencia, que se presente una necesidad, es decir, una situación que haga indispensable la tutela, lo que no ocurre con el ejercicio de un derecho, pues el titular puede o no ejercerlo, haya o no una situación exterior que lo requiera. Si factores objetivos amenazan un derecho su titular puede renunciar a protegerlo. Al contrario: puede ejercerlo aunque ninguna situación externa lo impulse a ello.

Además, como ya se dijo, la legítima defensa, como otras causales de justificación, no constituyen propiamente derechos, en la acepción plena de ese vocablo, sino simples autorizaciones para obrar.

Tampoco puede confundirse con el consentimiento del ofendido, porque esta causal es limitada ya que hay derechos de carácter social que no pueden ser renunciados por sus titulares, como el de la vida.

Además, el consentimiento supone permiso para ejecutar un acto ilícito. No así el ejercicio del derecho, que es una situación mediante la cual se ejecuta una conducta no solo permitida sino tutelada por la ley.

Finalmente, el consentimiento demuestra falta de interés en la protección del propio derecho. El ejercicio del derecho pone, por el contrario, de presente el interés del titular en hacerlo valer.

En cuanto al cumplimiento de un deber, difiere del ejercicio de un derecho en el carácter compulsivo de aquel pues no se puede dejar de obrar, lo que sí es posible en relación con el segundo. Es esta la consecuencia lógica de la diversidad y contraposición entre las nociones de deber y derecho.

En relación con el uso legítimo de armas, si bien envuelve una facultad, tampoco se confunde con el ejercicio de un derecho. Aquel supone más que todo el cumplimiento de un deber, pues solo se exige de responsabilidad a quien las emplea conforme a una ley o a una orden de autoridad competente. Nunca como un acto espontáneo sin relación con una situación externa de necesidad.

Y, finalmente, no es dable confundirlo con el estado de necesidad, el cual, como en el caso anterior, está ligado a situaciones externas que hacen perentoria la tutela de un derecho a costa del derecho ajeno.

En síntesis, en el ejercicio legítimo de un derecho hay una situación en que, por una parte, existe un interés jurídicamente tutelado y, por la otra, bien sea frente a una persona determinada o a la colectividad, la obligación de respetarlo y observar una conducta, comisiva u omisiva, que haga posible dicho ejercicio. En cambio, en las otras causales de justificación hay una conducta punible que la ley permite ejecutar en determinadas circunstancias. Es decir, no se trata de un derecho sino de una situación permisiva<sup>3</sup> o autorización para obrar<sup>4</sup>.

### 3. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Tres son los requisitos exigidos para que se configure esta causal de justificación: a) la existencia de un derecho, b) la titularidad por parte del agente, y c) el ejercicio propiamente dicho del mismo.

a) *Existencia del derecho.* Para que se pueda dar la causal de justificación que se viene examinando es indispensable que no se trate de un genérico derecho de libertad, es decir, de cualquier acción que no sea considerada como ilícita por el orden jurídico extra-penal.

Se necesita un verdadero derecho subjetivo, a saber, una facultad tutelada expresamente por el derecho y que otorgue a su titular la potestad de obligar a los demás a acatar su ejercicio.

No debe tratarse de un derecho condicionado suspensivamente, esto es, en que la facultad que acaba de mencionarse penda de una causa o circunstancia para comenzar a existir. Ni tampoco de una condición resolutiva en que solo se puede ejercer la potestad hasta tanto no se haya verificado un acaecimiento que pone fin a esa posibilidad.

Por otra parte, debe ser un verdadero derecho, no una simple situación jurídica como la denomina algún autor<sup>5</sup> que "se distingue del derecho porque contiene solamente un elemento, a saber, una autorización que con el concurso de circunstancias sucesivas puede conducir a un determinado efecto jurídico, pero que, mientras ellas no se verifican, carece de efecto".

En cuanto se trate de un verdadero derecho, su fuente puede ser la Constitución, la ley, una decisión jurisdiccional, un acto administrativo y, según algunos autores, hasta un negocio jurídico y la misma costumbre.

<sup>3</sup> GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessita*, pág. 357.

<sup>4</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 241.

<sup>5</sup> G. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, pág. 788.

No hay duda de que la Constitución política consagra derechos que tienen en la práctica titulares concretos. Tal es, por ejemplo, el de petición de que trata el art. 45 de la Carta y que puede ser ejercido por cualquier persona, incluyendo a los funcionarios públicos.

Significa esto que cuando dichos funcionarios lo ejercen en asuntos administrativos, no se puede decir que cometan el delito de que trata el art. 179 del Código Penal.

Se discute si también la ley penal puede servir de fuente a un derecho. Para algunos autores, esto no es posible por cuanto una situación de conflicto entre dos preceptos penales, se resuelve mediante las reglas referentes al concurso aparente de normas<sup>6</sup>.

En cambio, puede nacer de una norma de derecho procesal penal, por ejemplo, cuando una de las partes (litigantes, apoderados o defensores) profiere injurias en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales, y no dados por sus autores a la publicidad, caso en el cual no comete el delito de injuria (C. P., art. 340).

Otros autores sostienen que la ley penal también puede servir de fuente de derechos subjetivos. Entre estos están CAVALLO<sup>7</sup>, FROSALI<sup>8</sup>, Y MORO<sup>9</sup>.

No hay duda de que los actos administrativos y las decisiones judiciales son fuentes de derechos. Los primeros creando intereses amparados por la ley, los segundos declarando su existencia.

Otro tanto ocurre con los negocios jurídicos lícitos ya que bien puede un convenio que se ajusta en su causa y su forma a los preceptos legales, dar origen a derechos.

Se ha discutido si la costumbre también puede ser fuente de derechos. Muchos autores lo niegan, sobre todo si es *contra legem*.

Empero, si se trata de costumbres que no vulneran ninguna ley ni son contrarias a la moral imperante, puede decirse que, a falta de un texto legal que ve de su aplicación, valen para llenar los vacíos de la legislación.

Con todo, es necesario que, a más de no ser inmorales, tengan suficiente entidad para singularizarse. Es decir, que no se trate de situaciones vagas, difusas, sino de modos de ser precisos. Además se requiere que tengan suficiente duración para poder decir que la tradición ha aceptado esas formas de comportamiento.

BETTIOL insiste en que debe tratarse de una verdadera costumbre y no de un uso social, y califica de "criticable uso social que debe sancionarse penalmente" el de las encerradas a los viudos recién casados<sup>10</sup>.

Por su parte LEONE también considera simple costumbre el exhibir las mujeres en las playas desnudeces desvergonzadas<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> MAURO LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, págs. 26 y 27.

<sup>7</sup> *Diritto penale*, vol. I, pág. 614.

<sup>8</sup> *Sistema*, vol. II, pág. 236.

<sup>9</sup> *L'antigiuridicità*, pág. 146.

<sup>10</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 247.

<sup>11</sup> M. LEONE, *op. cit.*, pág. 36.

Examinando otro aspecto de la cuestión se tiene que si bien se discute que las normas penales no generan derechos, no se remite a duda que sirven de límite a los originados en otras ramas del derecho. Así, las civiles crean el de propiedad pero las penales dicen cómo no debe ejercerse. Por ejemplo: sancionando en ciertos casos (como se verá más adelante) el uso de *offendicula*. Las normas civiles crean obligaciones. Las penales impiden que se hagan efectivas por medio de violencia. Las civiles crean el *jus corrigendi*. Las penales sancionan su abuso, etc.

Puede ocurrir, a la inversa, que la norma penal castigue genéricamente un determinado comportamiento. Pero la civil lo permita en casos específicos. V. gr., la penal sanciona la invasión del fundo ajeno. La civil lo permite cuando se persigue al animal propio que ha penetrado en la propiedad de otra persona (C. C., art. 696). La norma penal que prohíbe apropiarse de los objetos o del dinero ajeno, establece una excepción en el derecho de retención.

Respecto al derecho que se ejerce puede presentarse el fenómeno del error, bien sea en abstracto, bien concretamente sobre las condiciones que legitiman ese ejercicio.

En relación con el primer aspecto se tiene que cuando se cree tener un derecho y este, en realidad, no existe, la conducta es inculpada, es decir, no excusada.

Por lo que hace al segundo, la no existencia de las condiciones concretas o de hecho que permiten el ejercicio del derecho no le quitan a la conducta su carácter de justificada.

b) *Titularidad del derecho*. Otro de los requisitos esenciales para que el ejercicio de un derecho sea legítimo es que se halle en cabeza de una persona determinada y sea esta quien lo ejerza.

No puede, por consiguiente, ejercerse por una colectividad, a menos que pueda concretarse en una persona. Así, no se justifica como ejercicio de un derecho, por más que la Constitución establezca el derecho al trabajo (art. 39), que una persona penetre violentamente en una fábrica para laborar.

Por otra parte, no solo importa que el derecho se ejerza por su titular sino que debe serlo frente al obligado correspondiente y no en relación con otra persona.

A menos que se trate de un derecho absoluto, como el de propiedad, caso en el cual puede ejercerse *erga omnes*, salvo en los casos en que el obligado sea una persona determinada, v. gr. en caso de una servidumbre, y entonces la justificante solo tiene eficacia frente al propietario del fundo sirviente.

De otro lado, el ejercicio de un derecho tiene relación directa con el objeto jurídico del delito cuya forma asume la conducta. Así, si el interés que se tutela es de carácter privado, existe siempre la eximente. Si, por el contrario, se trata de un interés jurídico colectivo, no se justifica la conducta, v. gr. se justifica la lesión patrimonial inferida a un particular, pero no la que se hace a la salud pública.

También importa tener en cuenta el elemento psicológico propio del delito, ya que si solo se exige el dolo genérico, el ejercicio de un derecho desinculpa siempre.

En cambio si el dolo exigido por el delito es de carácter específico, es necesario indagar el fin de quien pretende ejercer su derecho. Por ejemplo, el secuestro simple solo exige dolo genérico pero el calificado lo requiere específico, al igual que el rapto. En consecuencia, si alguien, al retener una persona, lo hace sin un fin ulterior y ejerciendo un derecho (v. gr. el director de un colegio o la superiora de un convento que impide la salida de un alumno o de una novicia), el hecho es justificado. Pero si lo hace para exigir un rescate o para ejecutar actos erótico-sexuales, el hecho es punible.

También se requiere que quien pretende ejercer el derecho no solo tenga la titularidad del mismo sino la capacidad de obrar. Por ejemplo, no existe justificación del hecho en el caso de ejercicio del *jus corrigendi* por parte del padre que ha perdido la patria potestad sobre sus hijos.

Pero algunas veces el incapaz puede ejercer el derecho por medio de representante, siempre que no se trate de los llamados 'derechos personalísimos', es decir, de aquellos cuyo ejercicio requiere la ley sea desempeñado solamente por el titular.

Si se trata de otros derechos puede llevarse a cabo su ejercicio por medio de representante, aunque se presentan situaciones discutibles, por ejemplo, si el *jus corrigendi* puede delegarse. Algunos autores (MAYER) lo niegan, en cambio otros aceptan que puede serlo en forma temporal.

Finalmente, por lo que hace a los concurrentes, puede decirse que a estos también los cobija la justificación del hecho, salvo que quien no sea titular del derecho obre como autor y el titular como cómplice, caso en el cual el primero no queda exento de responsabilidad.

c) *Ejercicio del derecho*. Partiendo de la consideración de que el ejercicio legítimo de un derecho es un poder que compete al titular, se tiene que para que justifique el hecho se necesita que este lo haga conociendo el derecho que tiene y con la intención de ejercerlo.

Es decir, la eximente tiene un ingrediente subjetivo indispensable que abarca tanto el elemento cognoscitivo como el volitivo mencionados.

Por lo que hace al ejercicio en sí, puede asumir la forma activa o la omisiva. Aunque es también posible que se den ambas modalidades en un mismo comportamiento, por ejemplo, cuando se trata de delitos permanentes en que el comienzo es una conducta activa (bien puede ser también omisiva) y el resto una conducta siempre omisiva. Tal sería el caso del individuo que, con derecho, priva de libertad a una persona y la mantiene en esa situación.

Si se trata de un comportamiento puramente omisivo, debe ser aquel que la ley prevé como delito. Sería el caso de alguien que se abstiene, con derecho, de ejecutar una acción en que la ley manda, v. gr., devolver algo que se le ha entregado con carácter devolutivo pero que se abstiene de reintegrar al dueño hasta tanto este le pague las expensas ocasionadas por el mantenimiento de la cosa en su poder. Allí no puede decirse que hay abuso de confianza sino ejercicio del derecho de retención.

Entran en el ejercicio de un derecho tanto las actividades previas (prodrómicas) como aquellas que le siguen pero que están ligadas directamente a dicho ejercicio.

Así, debe considerarse ejercicio legítimo de un derecho la utilización de los medios preventivos en defensa del mismo, tales como los llamados *offendicula*, es decir, aquellos aparatos que se aprestan para el caso de que alguien pretenda lesionar el derecho de propiedad o cualquier otro.

El uso de estos medios mecánicos ha sido considerado como una modalidad de la legítima defensa, no siéndolo, ya que falta en quien los predispone la actualidad del peligro porque se aprestan cuando aún no ha sido amenazado, ni mucho menos ofendido, el bien que se trata de proteger.

Constituyen, sí, ejercicio de un derecho porque, como dice CAVALLO "no puede desconocer la facultad de dotar a los bienes de todas las precauciones que cada uno cree conveniente alistar para defenderlos con tal que no lesionen el derecho de otros. Y, por lo tanto, la predisposición de esos medios no puede ser prohibida salvo que ofendan el derecho ajeno"<sup>12</sup>.

También los actos posteriores al ejercicio del derecho pero tendientes a asegurarlo, quedan comprendidos en la eximente, v. gr. el rescate de la cosa robada cuando, inmediatamente después de su sustracción, todavía permanece en poder del ladrón.

Es bueno recordar lo que atrás se dijo al tratar de la diferencia entre esta eximente y la legítima defensa o el estado de necesidad, a saber, que no se requiere para ejercer legítimamente un derecho que se presente un ataque al mismo, pues bien puede ejercerse en una situación de perfecta normalidad.

Por último, es preciso decir que esta eximente, como las demás, está sujeta a límites, más allá de los cuales hay exceso.

Surge aquí la cuestión del abuso del derecho. La actividad en que consiste su ejercicio debe desarrollarse con miras a la satisfacción del interés que constituye su contenido. O sea que esta es un límite al mencionado ejercicio en forma que todo lo que la excede deviene abuso.

Es necesario no olvidar que esta causal de justificación implica necesariamente el enfrentamiento de dos derechos, uno de los cuales, por ser de mayor valor, prevalece sobre el otro. O sea, en otras palabras, que el ejercicio del derecho debe ser un medio útil y, aun pudiera decirse, necesario para la satisfacción del interés jurídico protegido "porque, dice CAVALLO, solamente así se mantiene el ejercicio del derecho en los límites de lo justo. De otra manera puede darse el *summum jus, summa injuria*"<sup>13</sup>.

A este propósito deben mencionarse los llamados "actos emulativos", denominación que JIMÉNEZ DE ASÚA propone sustituir por la de "actos de rivalidad"<sup>14</sup>, o sea aquellos que no guardan relación con el fin social del derecho que se ejerce y que se llevan a cabo por fines reprobables como son los de venganza, prepotencia, etc., o sea, en otras palabras, sin el propósito de satisfacer intereses propios y con el de perjudicar a otras personas.

<sup>12</sup> CAVALLO, *Diritto penale*, vol. II, pág. 621.

<sup>13</sup> CAVALLO, *Diritto penale*, vol. II, pág. 617.

<sup>14</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, pág. 523.

"Los actos emulativos, dice CAVALLO, pueden parecer legítimos porque se mantienen en los límites objetivos del derecho, pero traspasan los subjetivos y entran en aquella esfera en que la conducta, aunque formalmente libre, lesiona intereses ajenos penalmente protegidos y constituye, por lo tanto, delito"<sup>15</sup>.

Como ejemplo de actos emulativos se tienen las molestias por teléfono, los ruidos estruendosos, las noticias alarmantes, los actos de destrucción de la cosa propia para causar incomodidad o daño a otros, etc.

Pero fuera de estas conductas intencionales que traspasan las fronteras de la eximente analizada, se tienen también los excesos culposos en su ejercicio. Tales son los que superan los límites que se dejan trazados, bien sea por error previsible, o por ejercicio incongruente o simplemente ocasional del derecho.

Se ha discutido si el exceso en el ejercicio del derecho se establece tomando en cuenta solo los límites objetivos trazados por la ley para el desarrollo de la acción o también los propósitos de la misma, es decir, teniendo como módulo un factor subjetivo.

Ya atrás se vio que la desviación intencional respecto del fin social de todo derecho, es una de las características del abuso. Este es un factor esencialmente subjetivo.

Pero también es preciso poner atención a las condiciones objetivas señaladas por la ley.

No faltan, sin embargo, autores que, como NELSON HUNGRÍA, considera que si bien en el derecho civil es posible tener en cuenta factores subjetivos como el fin de perjudicar, no lo es en el penal en donde "no se va hasta la indagación de los motivos del agente, limitándose al criterio puramente objetivo", concepto que no es posible compartir ya que es preciso no olvidar que el ejercicio de un derecho, en la forma que se viene examinando, reviste la figura de un delito y que, precisamente, deja de serlo cuando se hace con un fin social. Pero si no es así y quien ejecuta el acto procede con dolo, queda completo el delito tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo.

Es necesario no olvidar que no cualquier forma de ejercicio configura la eximente, sino que la ley exige expresamente que este sea "legítimo", lo que es una referencia directa al fin social de la acción.

Por último, es bueno decir que cuando quien ejerce legítimamente su derecho encuentra una resistencia agresiva, puede reaccionar en legítima defensa. Tal sería el caso del dueño de una cosa que trata de arrebátarsela al ladrón inmediatamente después del robo y este se resiste a entregarla.

Empero, si se trata de un derecho litigioso, no se justifica la acción directa sino que es preciso recurrir a las autoridades judiciales, pues de lo contrario habría ejercicio arbitrario de las propias razones, conducta que en algunos países, como Italia, es considerada como delito.

<sup>15</sup> CAVALLO, *op. cit.*, vol. II, pág. 620.

#### 4. ALGUNOS CASOS DE EJERCICIO DE UN DERECHO

La causal de justificación que se viene examinando puede darse frente a cualquier figura delictuosa. Sin embargo, hay algunos casos que merecen especial atención y que se mencionan brevemente en seguida.

a) *Vías de hecho*. Más que un derecho es un modo de ejercerlo. El más antiguo que conoce la humanidad. Muchos códigos penales lo reglamentan señalando cuándo es delictuoso, siendo de advertir que en las primeras leyes penales existía un solo *crimen vis* que comprendía todas las formas de violencia no permitidas, en tanto que las lícitas se señalaban entre las causales de justificación, especialmente cuando adoptaban la forma defensiva, de acuerdo con el viejo aforismo *vim vi repellere licet*.

Puede decirse que en las legislaciones modernas se asiste a un proceso de atomización de ese núcleo primitivo que vedaba la violencia, extendiendo la prohibición a múltiples formas, algunas de las cuales han venido a constituir delitos autónomos, otras configuran agravantes de delitos y aun las hay que conforman elementos de delitos.

Las vías de hecho o ejercicio arbitrario de las propias razones constituyen una de las formas más antiguas de ejercer el derecho.

Algunos códigos penales las reglamentan expresamente, como ocurre con el italiano, que en el art. 392 sanciona el ejercicio arbitrario de las propias razones cuando se ejerce con violencia a las cosas, poniendo como condición que se pueda acudir al juez; y el art. 293 contempla la violencia contra las personas, también en aquellos casos en que sea posible acudir al juez.

No exigen esas normas que esté en curso un proceso de cualquier naturaleza sino que sea dable recurrir a las autoridades para que resuelvan el litigio.

De otro lado, se necesita que la pretensión que se quiere hacer valer por la fuerza tenga algún viso de verosimilitud, es decir, que ostente fundamento aparente.

Por violencia debe entenderse en estos casos aquella que se exterioriza en actos materiales, salvo cuando se ejerce contra las personas, pues entonces bien puede tratarse de amenazas. Empero, aun en este último caso deben dirigirse contra la integridad de la persona física del amenazado.

Al lado de las vías de hecho violentas, es preciso reconocer la existencia de las no violentas respecto a las cuales se debe exigir que estén exentas de dolo para que sean aceptadas como forma de ejercer el derecho.

Sin embargo, no todos los autores reconocen la legitimidad de las vías de hecho con este fin, aunque se trate de las no violentas.

Así, la jurisprudencia española ha sido contraria a su aceptación negando que mediante ellas puedan ejercerse los derechos.

Con todo, algunos autores españoles estiman que si un acreedor se apodera, sin violencia, de bienes de su deudor, para pagarse la deuda, no comete delito.

En Argentina, SOLER señala cómo de la legislación de ese país desapareció el delito de ejercicio arbitrario de las propias razones, al igual que la coacción y agrega: "He aquí cómo vino a morir oscuramente en nuestras manos el otrora onmicomprensivo *crimen vis*. Muchos siglos ha costado la elaboración de todas

las figuras derivadas de él; pero ese proceso corrobora también el sentido propio del derecho penal moderno: la necesidad de que los delitos se acuñen en figuras. Una vez cumplido ese proceso de atomización, de individualización, de configuración, el remanente del '*crimen vis*' se ha disipado en lo indefinido: *sic transit gloria...*'<sup>16</sup>.

Según este mismo autor, la mayor parte de las vías de hecho dan lugar a dos clases de comportamientos: unos encaminados a mantener el derecho, otros dirigidos a rescatarlo. Así, si una persona a quien se le ha arrebatado el reloj persigue al ladrón, y, al recuperar su artefacto, lesiona a quien se lo ha quitado, el hecho de recuperar el reloj se justifica como legítimo ejercicio de un derecho, pero la lesión al ladrón solo puede justificarse, y eso a título de legítima defensa, si el ladrón opone una resistencia agresiva a que se le quite el reloj<sup>17</sup>.

b) *Derecho de retención*. El Código Civil consagra el derecho de retención a favor del arrendador, del arrendatario, del comodatario, del comprador, del vendedor, del depositario, del mandatario, del usufructuario, entre otros.

En la mayor parte de esos casos se presenta formalmente un abuso de confianza en cuanto existe un verdadero apoderamiento, si bien no con ánimo de adueñarse del objeto mueble pero sí de ejercer sobre él actos de dominio.

Sin embargo, en todos ellos falta la ilicitud de la conducta ya que el retenedor está autorizado por la ley para mantener en su poder la cosa retenida.

c) *Derecho de corrección*. Es una de las formas principales de ejercicio del derecho, expresa o implícitamente reconocida en todos los ordenamientos jurídicos.

Los códigos penales suelen ocuparse del exceso en el uso de este derecho y es así como el art. 571 del C. P. italiano sanciona el "abuso de los medios de corrección".

Pertenece, en primer término, al padre sobre los hijos no emancipados y hace parte del conjunto de facultades que constituyen la patria potestad.

Se plantea el problema de los límites de su ejercicio tanto por el aspecto externo u objetivo como por el subjetivo.

Se ha aceptado que por el aspecto externo se extiende hasta donde la situación específica lo requiera pero sin trasponer las limitaciones establecidas por el lugar, las condiciones del medio social en que se actúa, la edad y demás circunstancias de la persona corregida.

Por el aspecto interno o subjetivo es preciso tener en cuenta los móviles y fines de la conducta de quien corrige, ya que es necesario que se actúe *animo corrigendi*, es decir, en favor de la persona corregida y nunca para satisfacer instintos, sentimientos o pasiones de quien corrige.

De otra parte, es necesario no perder de vista los resultados de la corrección, pues esta no debe causar daños físicos ni mucho menos la muerte al corregido. Tales resultados, sean dolosos o culposos, se ponen en su caso a cargo de quien corrige como verdaderos delitos.

<sup>16</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, vol. IV, pág. 23.

<sup>17</sup> SOLER, *op. cit.*, t. I, pág. 366.

d) *Intervenciones quirúrgicas*. No se duda que, salvo en determinadas circunstancias, constituyen conductas lícitas. Pero sobre los fundamentos de su licitud no han estado de acuerdo los autores.

Entre las principales tesis para justificarlas, se destacan las siguientes:

1) *Atipicidad*. No se adecuan al tipo de las lesiones personales porque falta la intención de causar un daño al cuerpo o a la salud. El móvil es, por el contrario, de mejorar uno u otra.

2) *Consentimiento del paciente*. Doctrina sostenida principalmente por los autores alemanes. Se dice, en contra, que no siempre existe ese consentimiento y que, además, la existencia de él lo que hace no es justificar el hecho sino volverlo atípico.

3) *Derecho profesional del médico*. El fin de cumplir una actividad profesional excluye la intención dañosa. Viene a ser, pues, no un caso de justificación sino de inculpabilidad. Por otra parte, no puede hablarse de un derecho del médico a intervenir quirúrgicamente a un paciente.

4) *Ejercicio de un cargo*. No siempre el médico ejerce un cargo público y, aunque así suceda, esto no le da derecho ni le impone el deber de intervenir quirúrgicamente a los pacientes.

5) *Derecho consuetudinario*. La costumbre no siempre justifica hechos formalmente descritos por las normas penales. Lo único que indica es la adecuación social de tales hechos, esto es, que no son rechazados por el medio social. Además, sirve para hacer presumir el consentimiento del paciente en aquellos casos en que no es posible, por su estado de salud o por otras circunstancias, requerirlo antes de intervenir.

6) *Falta de tipicidad*. Se dice que la intervención quirúrgica no corresponde a la descripción que la ley hace de las lesiones personales, pues tratar no es maltratar, operar no es herir, amputar no es mutilar.

Esta tesis es sostenida entre otros por JIMÉNEZ DE ASÚA, sobre las huellas de STOOS y parece la más acertada.

En todo caso, es preciso descartar que se trate del ejercicio de un derecho, pues ninguno hay, como arriba se dijo, a someter una persona a intervención quirúrgica.

e) *Offendicula*. En otra parte de este mismo trabajo se expresó que la predisposición de aparatos para proteger un bien, no es una manifestación de la legítima defensa, como se ha sostenido hasta ahora, sino del ejercicio de un derecho, ya que en el momento de aprestar dichos medios mecánicos no existe peligro actual ni mucho menos ataque, lo que significa que falta uno de los elementos de la tutela lícita.

Sobre este particular es perfectamente aceptable lo que dice BETTIOL acerca de que "se pueden incluir en el ejercicio del derecho también las cuestiones penales que surgen en relación a los *offendicula*, vale decir, a aquellos medios ofensivos predisuestos para la tutela de la propiedad. Se trata de una facultad inherente a dicho derecho. Así el propietario puede rodear de alambre de púas su huerto o poner trozos de vidrio sobre el muro que lo rodea para impedir el robo de frutas"<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 218.

Del mismo concepto es LEONE quien dice adherir "al pensamiento de los que manifiestan constituir tal comportamiento una expresión del derecho de propiedad; naturalmente respetando la relación de proporcionalidad que se pone no como una aplicación del art. 51, que no la contempla, sino como un límite al ejercicio de dicho derecho de propiedad"<sup>19</sup>.

Según el autor que se acaba de citar, uno de los casos más discutidos de los *offendicula* es el concerniente a los animales que se ponen en un predio o en otro lugar. Según la doctrina italiana cuando el perro se tiene en un lugar cerrado y la persona que resulta agredida se introduce allí sin aviso previo, se excluye toda responsabilidad por lesiones culposas. Si se trata de fundos no cerrados y la persona lesionada se encuentra allí por motivos legítimos, por ejemplo, porque tiene derecho de tránsito, existe responsabilidad del propietario. Con mayor razón si este ahupa el animal contra la persona.

De otro lado, la proporción de que se habla arriba hace referencia a la calidad de los bienes defendidos en presencia de la dañosidad del medio prevenido, pues hay abuso del derecho cuando el aparato ofrece gran peligro y se predispone para proteger bienes de poco valor, por ejemplo, alistar una escopeta cargada para proteger un gallinero.

f) *Violencia deportiva*. Algunos autores, como RANIERI y DOLCE, lo justifican como una forma del ejercicio del derecho. Otros, como LEONE, estiman que no está comprendido exclusivamente en esta figura sino que también entra en la del consentimiento del ofendido. Otros, como NUVOLONE, niegan que tenga nada que ver con la eximente que se viene examinando. No faltan quienes, como PETROCELLI, consideran que no existen normas expresas que justifiquen la violencia deportiva que solo puede llamarse lícita cuando se dicten las leyes que la permitan.

Para la mayor parte, se trata de actividades que la sociedad no solamente tolera sino que reclama. Es decir, comportamientos socialmente adecuados.

Es claro que prácticamente todos están de acuerdo en que esas actividades deben desarrollarse dentro de los límites que los correspondientes reglamentos les trazan y sin intención dolosa.

Significa que si una lesión deportiva se produce en el desarrollo normal o sea reglamentario del respectivo deporte y sin dolo no es punible.

g) *Derecho de información*. Cuestión de suma importancia y de gran actualidad es la que atañe a las informaciones periodísticas que lesionan la honra, la privacidad o cualquier otro derecho de las personas.

Puede decirse que en el fondo de esta cuestión se hallan enfrentados dos derechos: el de la colectividad a conocer hechos que tengan importancia para ella y el de los particulares a mantener la reserva de sus propias acciones.

Debe agregarse que también interviene en este cuadro el derecho a la libertad de imprenta, uno de los más preciosos pero que no es ilimitado sino que encuentra su cauce en el interés social y su frontera en los dos que se dejan arriba mencionados.

<sup>19</sup> M. LEONE, *L'esimente del esercizio di un diritto*, pág. 161.

“Nos damos cuenta, dice LEONE, de que la información es una necesidad de la vida moderna y reviste un innegable aspecto de interés público, pero no puede dejarse de considerar que, frente a ella, existe el derecho del individuo a ser tutelado en su honor y en su dignidad. Se presenta, por lo tanto, un conflicto entre el interés público de información y el considerado por lo general como privado del particular”<sup>20</sup>.

Es indudable que existe un derecho a la información. “Todo hombre, dice NOVOA MONREAL, ya sea que se le considere aisladamente o inserto en la comunidad humana, necesita información. Solamente cuando alcanza un conocimiento lo más completo posible de lo que sucede en su entorno y en el mundo, puede formarse su opinión que lo deje en situación de buscar y organizar con verdadera libertad, la forma de vida que le parezca más adecuada”<sup>21</sup>.

Pero también existe un derecho a la privacidad, a estar solo, “De los nuevos valores que merecen la protección del derecho, dice PAULO JOSÉ D’ACOSTA JR., sobresale la intimidad: la necesidad de encontrar en la soledad aquella paz y aquel equilibrio continuamente comprometidos por el ritmo de la publicidad, cerrado en su intimidad, resguardado de la curiosidad de los ojos y de los oídos ávidos”<sup>22</sup>.

En consecuencia, dentro de esos límites, y actuando bajo el impulso fundado de un interés social, es posible que las publicaciones, pese a que alguna vez adquieren forma de injuria o de calumnia, constituyen el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo mismo puede decirse de la palabra hablada cuando se expresa en interés de la colectividad.

h) *Uso legítimo de armas*. No se refiere este aparte al empleo que de ellas puedan hacer los particulares, ya que solo encontraría justificación a través de otras causales de injuricidad del hecho, v. gr. legítima defensa o estado de necesidad, sino del que puedan hacer las autoridades.

En algunos códigos penales, como el italiano, se encuentra expresamente contemplado (art. 53), si bien es una disposición nueva, ya que una semejante no se encontraba en el Código anterior y fue introducida en el de 1930 con el propósito de poner fin a las discusiones que se presentaban para justificar dicho uso por parte de las autoridades. Con ese fin, se recurría a la orden legítima, a la legítima defensa y aun al estado de necesidad.

En países como el nuestro, en que no existe norma expresa sobre el particular, se presenta la cuestión de saber a cuál de esas situaciones pertenece.

En realidad no se puede encuadrar en el ejercicio de un derecho. Se diferencia de esta figura en que debe existir siempre una situación externa que justifique el empleo de las armas. El ejercicio de un derecho puede hacerse, como ya se dijo, aunque no se presente esa necesidad.

<sup>20</sup> LEONE, *op. cit.*, pág. 155.

<sup>21</sup> NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, pág. 147.

<sup>22</sup> PAULO JOSÉ D’ACOSTA JR., *O direito de estar só*, pág. 8.

Tampoco se confunde con la legítima defensa porque no se necesita que exista previamente una agresión. Puede llevarse a cabo en situaciones en que no se encuentra en peligro el funcionario.

Se ha dicho que se trata del cumplimiento de un deber, y esta parece ser la explicación más exacta, pues al uso de las armas debe preceder una obligación impuesta por la ley o mandato de autoridad.

Esa autorización, por una parte, y las circunstancias objetivas y subjetivas del momento, constituyen los límites para el ejercicio de este deber en cuanto la acción del funcionario no puede sobrepasar sus facultades ni los requerimientos del momento. Vale decir, el uso de las armas no se justifica sino cuando no hay otro recurso para resolver una situación y siempre que el mal que se ocasiona no sea considerablemente más grave que el que se trata de evitar. Aun así debe aconsejarse, como lo hace JIMÉNEZ DE ASÚA, “máxima prudencia”<sup>23</sup>.

LUIS E. ROMERO SOTO

<sup>23</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. IV, pág. 564.