

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD DE PASTO
FACULTAD DE CIENCIAS Y LETRAS
LIBRERÍA BLANCA PEÑA LARA

LA LEGÍTIMA DEFENSA

COMO CAUSAL DE JUSTIFICACION DEL HECHO

TESIS DE GRADO

1958

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE EDUCACION
PASTO - COLOMBIA

No. 0864

V. L. 7000

Fecha 11-7-12

Firma Peña

Libro autor

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NARIÑO
FACULTAD DE CIENCIAS Y CIENCIAS POLITICAS
BLANCA PEÑA LARA

LA LEGITIMA DEFENSA

COMO CAUSAL DE JUSTIFICACION DEL HECHO

TESIS DE GRADO

1.953

6

UNIVERSIDAD DE NARIÑO	
DEPARTAMENTO DE EDUCACION	
PASTO - COLOMBIA	
No.	0864
Vol.	90012
Folio	12-12
Fecha	1953
Libro	autor

REPUBLICA DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
P A S T O

Rector

DOCTOR LUIS SANTANDER BENAVIDES

Decano

DOCTOR EDGAR PUERTAS ROJAS

Presidente de Tesis

DOCTOR MANUEL ANTONIO CORAL

Examinadores

DOCTOR MANUEL ANTONIO CORAL

DOCTOR GUILLERMO ZARAMA

DOCTOR GONZALO GUERRERO

Secretario

DOCTOR HERNANDO DE LA ROSA

1944

El presente trabajo es el resultado de un estudio por donde se
pretende dar a conocer la situación en la ciudad de San José, de la
zona de guerra, y de la zona de paz, en la zona de guerra, en la
zona de paz, en la zona de guerra, en la zona de paz.

Este trabajo es el resultado de un estudio por donde se
pretende dar a conocer la situación en la ciudad de San José, de la
zona de guerra, y de la zona de paz, en la zona de guerra, en la
zona de paz, en la zona de guerra, en la zona de paz.
CON AMOR Y RESPETO

A MIS PADRES

A MIS HERMANAS

A MIS SOBRINOS

B.P.L.

INTRODUCCION

El presente trabajo, que lleva un titulo por demás sugestivo y de una amplitud innegable en la Ciencia Penal, no será por su contenido sino una nota más en donde se exponen los principios fundamentales de tan extenso tema.

Parecerá a simple vista que no puede ofrecer ningún aspecto dudoso la justificación de la legitima defensa, sin embargo surgen a diario problemas de índole jurídico, sin duda por la errónea interpretación de las normas legales vigentes, que llevan a la confusión consiguiente.

Estudiado con detenimiento este importante tema he llegado a la conclusión de que nuestro sistema jurídico penal es mas claro y sabio de lo que se supone, y son los jueces los que se encargan de desvertebrar el Código Penal y oponerse en sus fallos a nociones comunes, no solo legales sino sociales.

No pretendo decir la última palabra en la materia, ni exponer ideas nuevas y trascendentales, mi labor se reduce a recoger conceptos de eminentes tratadistas nacionales y extranjeros para aceptarlos o rechazarlos según mi humilde criterio. Pero como tesis es trabajo de quien la presenta como un requisito universitario, con la única finalidad de aportar en grado mínimo al conocimiento de algunos problemas jurídicos, lo que me parece que no solo es un buen fin sino el cumplimiento de un deber.

El presente estudio comprende tres partes:

La primera trata de principios generales relativos al tema; la segunda es la exposición de los fundamentos jurídicos de la legitima defensa y; la tercera se refiere a la legitima defensa en el Derecho Penal Colombiano.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DEL DELITO - GENERALIDADES

Al iniciar este breve estudio sobre la legítima defensa como causal de justificación del hecho, creo oportuno recordar los conceptos del delito por el aspecto jurídico, de acuerdo con las principales escuelas penales, ya que sus caracteres me servirán de base y el supuesto indispensable para el desarrollo del tema mencionado.

CONCEPTO CLÁSICO DEL DELITO

Para Carrara, y en general para la Escuela Clásica, el delito es un ente jurídico. El delito se define de la siguiente manera: "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

De la definición antes transcrita se deduce lo siguiente: habla de infracción de la ley del Estado. El delincuente al realizar el acto delictuoso, no viola la ley penal, por el contrario se coloca dentro de ella, ya que esta no tiene carácter prohibitivo, sino que es meramente descriptiva. Por otra parte la definición clásica habla también de que dicha violación de la ley debe ser moralmente imputable y políticamente dañosa, lo cual viene a establecer un concepto demasiado restringido del delito; en efecto de acuerdo con nuestro Código Penal vigente, para que un individuo sea responsable por un hecho que está catalogado como delito, no es necesario que el acto sea moralmente imputable a su autor, ya que según nuestra legislación, también son responsables los que adolecen de enajenación mental, de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia. (Artículo 29 del Código Penal).

Además, hay acciones humanas que, a pesar de ser moralmente imputables y políticamente dañosas no constituyen delito; tal como ocurre en el adulterio, el cual no se encuentra previsto como delito en nuestro C.P., y por consiguiente, a pesar de ser de carácter antijurídico su realización y de ser moralmente imputable, no puede ser objeto de sanción.

Por tanto el concepto clásico del delito no puede servir de base para obtener un concepto jurídico de él, acorde con la orientación de nuestra legislación penal.

CONCEPTO POSITIVISTA DEL DELITO

Según Ferri, uno de los más destacados exponentes de la escuela positiva, jurídicamente el delito consiste en que un hombre (sujeto activo) ofende a otro hombre (sujeto pasivo) lesionando un derecho o un bien (objeto jurídico) que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material) mediante una acción síquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado".

De acuerdo con la anterior definición, para que una acción que viola la ley penal, constituya delito es indispensable la coexistencia de los elementos que dan a la acción existencia jurídica, los cuales son cuatro, cada uno de los cuales es doble: a) sujeto, el cual puede ser activo y pasivo; b) objeto, el que puede ser jurídico y material; c) acción, la cual es física síquica; d) daño, el que puede ser público y privado.

Analizaré brevemente esta definición para ver si sirve para dar una noción del delito de acuerdo con la orientación de nuestro Código Penal.

Parece que no basta que un hombre ofenda a otro hombre en las condiciones anotadas en la definición, para que se produzca el delito. Así, en el caso del adulterio, se presentan todos los elementos exigidos por la definición positivista; sin embargo no puede sancionarse el adulterio de acuerdo con nuestro Código Penal vigente, porque no está previsto como delito en el mismo. En el adulterio, un hombre ofende a otro, - - - en el mismo.

lesionando un derecho o un bien que se concreta en la persona, mediante una acción síquica que guía y orienta una acción física y produce un daño público y privado, pero a pesar de esto, el adulterio no puede considerarse como delito, porque no está previsto como delito en el Código Penal. En consecuencia no la admito porque no reúne los requisitos que exige una definición completa a la luz de nuestra legislación penal.

CONCEPCIONES DOGMATICAS DEL DELITO

Deshecha la confusión que engendró el positivismo y restablecida el valor de la dogmática, renació en muchos países como Italia y España la teoría jurídica del delito, lo cual no se abandonó nunca en Alemania, Suiza y Suecia.

La dogmática alemana ha logrado elaborar la concepción más perfecta y completa del delito en el terreno jurídico. Sin embargo los italianos tratan de mantener la primacía, y así Giuseppe Maggiore, dice al respecto lo siguiente:

"La concepción triédrica, digámoslo así, del delito, es relativamente moderna; y en general se atribuye su paternidad a la dogmática Alemana. Esto es cierto pero no de modo absoluto. Es verdad que la ciencia Criminalista tradicional considera el delito exclusivamente, o preferentemente, por dos aspectos: el físico y el moral. Más no por esto ignora el carácter de la antijuridicidad. Pessina por ejemplo enseñó que "la esencia intrínseca del delito está en el "ius frangere" (en quebrantar el derecho), y por consiguiente, que la relación entre el delito y el derecho es la de repugnancia y contradicción absoluta". Débese a Carrara esta famosa definición: "el delito es un ente jurídico que para existir necesita ciertos elementos materiales y ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos precedentes con la ley jurídica".

La ciencia alemana no ha hecho sino profundizar lo que ya había descubierto el genio italiano. Lo cual no quita que haya elaborado a fondo sus pesquisas, empleandolas - - -

provechosamente, sobre todo para sistematizar las llamadas causas de justificación".

A pesar de esta observación de Maggiore, no se puede negar que los técnicos alemanes han sido los que han logrado -- profundizar de una manera más acertada en el estudio del concepto dogmático del delito, sobre todo Binding, Beling, Mayer y Mezger.

En seguida presentaré algunas de las definiciones de delito de los penalistas alemanes.

Ernst von Beling, en su obra: "Doctrina del delito tipo" define el delito en la siguiente forma: "Delito es la acción típicamente antijurídica y correspondiente mente culpable, siempre que no se dé una causa legal de exclusión de pena".

Esta definición para el derecho penal alemán es perfecta, en cambio si tratamos de aplicarla a nuestro derecho vemos que es incompleta. En efecto según el mismo autor, la culpabilidad comprende, en sentido lato, tanto el dolo o intención como la negligencia o imprevisión, y denomina a esta última culpa en sentido estricto; por otra parte, para el mismo autor, imputabilidad es la capacidad de ser culpable; siendo esto así, habría imputabilidad sólo en los casos en que el agente procediese con culpa o con dolo, o sea con intención o negligencia o imprevisión. Ahora bien, en nuestro derecho son responsables, no sólo los que proceden con culpa o imprevisión, y dolo sino los que cometen el hecho en las circunstancias previstas en el artículo 29, es decir aquellos que se encuentran en estado de enajenación mental, de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica provocada por el alcohol o por cualquiera otra sustancia; por consiguiente, lo que sirve de base para que un hecho pueda imputarse a un individuo, de acuerdo con nuestro derecho, y se penalmente a un individuo a responsabilidad penal no es simplemente dar lugar a responsabilidad penal sino la circunstancia de que ese hecho pueda ser imputable a su autor tanto física como síquicamente. Y este fue el pensamiento de la Comisión Redactora de nuestro Código la cual en la exposición de motivos dice lo siguiente:

"Guiada la Comisión por los principios que informan --

la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden -- procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado -- el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna -- para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos, para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente. De ahí las disposiciones que establecen la responsabilidad legal de todo individuo que cometa un acto antisocial, calificado como delito y cualesquiera que sean las condiciones síquicas en que se encuentren".

Lo anterior nos pone de presente que el tratar de -- aplicar la definición del delito de von Belling, al derecho penal colombiano, quedarían por fuera los delitos cometidos por los -- individuos que en el momento de realizarlos padecían de alienación mental, de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia. Esto basta para llegar a la conclusión de que la mencionada definición tampoco encaja dentro de nuestro derecho penal.

El Profesor Max Ernesto Mayer, define el delito en la siguiente forma: "Acontecimiento típico, antijurídico e imputable".

Tal como está concebida la anterior definición si podría aceptarse como adecuada para nuestro derecho penal, ya que en ella no se habla de hecho culpable, sino imputable. Sin embargo, observa el profesor Luis Jiménez de Asúa, que Mayer empleó, la palabra imputable en el sentido de culpabilidad y por ello, -- en este punto no difiere de la definición de Belling, pero es -- interesante su definición por contener una nueva característica del delito que es la imputabilidad.

Edmundo Mezger, reduce la definición a señalar en el delito estos elementos: "Acción típicamente antijurídica y culpable". Para nada alude a las condiciones objetivas de la pena -- lidad, ni a esta que es para él una consecuencia del delito y -- no una característica.

La definición de Mezger tampoco difiere esencialmente de las anteriores y por tanto no puede tener aplicación en el derecho penal colombiano.

**CONCEPTO DOGMÁTICO DEL DELITO DE ACUERDO
CON NUESTRO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.**

Para encontrar un concepto del delito que encaje perfectamente dentro de la orientación doctrinaria de nuestra legislación, y una vez que no se consideran aceptables las anteriores definiciones, hay que examinar detenidamente algunas disposiciones del C.P.

El artículo 12 del C.P. dice: "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió, si sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella".

Esta disposición consagra los dos cánones fundamentales de la ley penal: *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Además consagra uno de los caracteres del delito, que es la tipicidad. Por tanto, para que surja a la vida jurídica un delito, es necesario, en primer lugar que se encuentre previsto como tal en la ley penal, es decir que sea típico. Lo que es lo mismo, que no basta para constituir el delito un hecho cualquiera, sino un hecho que pueda incluirse en un tipo de delito expresamente previsto en la parte especial del Código Penal, por tanto un juez no podrá castigar por un hecho que no esté descrito como tipo en la respectiva disposición legal.

Luego tenemos el artículo 11 que dice lo siguiente: "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código".

Las excepciones a que se refiere el artículo se encuentran consagradas en los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal en los cuales se encuentran los casos en los que desaparece la responsabilidad penal o sea más concretamente las causales de justificación del delito.

El artículo 23 dice lo siguiente:

"No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

1a) Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sujeto no haya consentido previamente en cometerlo.

2a) Con plena buena fé determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no proveniente de negligencia.

3a) Por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse, sino tratándose de contravenciones".

El artículo 24 establece:

"Tampoco hay lugar a responsabilidad penal en los casos de justificación del hecho".

Y el artículo 25 es del tenor siguiente:

"El hecho se justifica cuando se comete:

1a) Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

2a) Por la necesidad de defenderse o de defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentre un extraño dentro de su hogar, -- siempre que en este último caso no se justifique su presencia -- allí y que el extraño oponga resistencia.

3a) Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

De acuerdo con las anteriores disposiciones, para que una persona pueda ser responsable penalmente es necesario que -- ejecute una de las acciones previstas como delito en la legisla-

penal colombiana, de conformidad con el mismo código, es decir, es necesario que el hombre lleve a cabo una acción, la cual según los tratadistas, consiste en la conducta positiva o negativa que produce algún cambio en el mundo exterior.

Por tanto, hasta aquí están configurados dos caracteres del delito la acción y la tipicidad de la misma.

No es suficiente que un hombre realice una acción típica para que sea responsable penalmente, ya que el Artículo 11 dice: "salvo los casos expresamente exceptuados en este código. Las excepciones se refieren a las disposiciones ya anotadas, -- unas hacen referencia a que el hecho realizado no puede imputarse psicofísicamente a su autor, como las del artículo 23, y otras a que el hecho deja de ser antijurídico por existir alguna causal de justificación, como las establecidas en el artículo 25.

Según esto surgen dos nuevas características del delito: la imputabilidad psicofísica y la antijuridicidad.

Se emplea la expresión imputabilidad psicofísica y no culpabilidad como se observa en las definiciones transcritas de los dogmáticos alemanes porque el artículo 12 del C.P. en el inciso 1º establece lo siguiente:

"Las infracciones cometidas por personas que no están comprendidas en la disposición del artículo 29 son intencionales o culpables".

El artículo 29, dice a su vez:

"Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol, por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas...."

Como se ve, el código colombiano consagró la responsabilidad de todo el que cometa una infracción de la ley penal cualquiera que sea su estado síquico, a no ser que se encuentre en una circunstancia de excusa o de justificación sin que haya que tener en cuenta el estado de anormalidad o normalidad del infractor, salvo para aplicar las sanciones.

El Código Penal distingue las infracciones únicamente para efecto de las sanciones, entre las personas que no padecan de anormalidad síquica al tiempo de cometer el delito y aquellas que si padezcan de anomalías de tal naturaleza. Las primeras para ser responsables de un delito necesitan proceder con dolo o con culpa; en cambio las segundas no necesitan de ello, sino que es suficiente que la acción ejecutada sea producto de su personalidad, es decir, que le sea imputable sicofísicamente.

En resumen, todo el mundo responde cuando infrinja la ley penal, sin que sea causa de irresponsabilidad su anormalidad, su edad, la embriaguez, la anomalía síquica que padezca, - circunstancias que solo sirven al juez para la aplicación de las sanciones correspondientes. Solo son circunstancias que libran de responsabilidad, las previstas por la ley penal, que son la ignorancia invencible, el error esencial de hecho o de derecho, la insuperable coacción ajena, la legítima defensa y el estado de necesidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, de acuerdo con las disposiciones analizadas, se saca las conclusiones siguientes:

1a) Como primer requisito para la existencia de un delito se necesita que un hombre realice una acción;

2a) que esa acción esté prevista como delito en la ley penal vigente, es decir que sea adecuada a un tipo determinado de delito, o sea, que tenga tipicidad;

3a) Aún en el caso que un individuo realice una acción y que ella esté prevista como delito en la ley penal, no puede tener carácter delictuoso sino es antijurídica, por cuanto si la antijuridicidad desaparece por la existencia de una causal de justificación, desaparece también la índole delictiva de la misma acción;

4a) Una acción humana definida como delito en la ley penal y que tenga carácter antijurídico, no puede considerarse delictuosa si no es imputable síquica y físicamente a su autor, -

como en el caso de la coacción insuperable o de la sugestión hipnótica o patológica. En este último caso los dogmáticos reducen la definición porque emplean la expresión culpabilidad, pero según las definiciones anotadas anteriormente no se consideran completas dentro de la orientación de nuestro código, no se pudo admitir ninguna de ellas, pues de acuerdo con esas definiciones quedarían por fuera los delitos cometidos por los anormales, que sí son responsables de acuerdo con el Artículo 29 del Código Penal. Por tanto se puede definir el delito en la forma siguiente:

Delito es toda acción típicamente antijurídica y sicofísicamente imputable.

CARACTERES DEL DELITO

De acuerdo con la definición anterior los caracteres del delito son los siguientes:

- 1º) Es una acción;
- 2º) Es una acción típica;
- 3º) Es acción antijurídica; y
- 4º) Es acción sicofísicamente imputable.

Por tanto para poderse afirmar el carácter delictivo de una acción y, en consecuencia poderse aplicar una sanción a su autor, será necesario que en cada caso se encuentre en la figura delictiva aquello que para ella constituyen las formas típicas de acción, de antijuridicidad y de imputabilidad sicofísicas. Estos caracteres del delito deben considerarse como un todo, no aisladamente, por ello concurriendo todos se dará el delito, y faltando uno dejará de existir.

En el punto siguiente tratare únicamente de la antijuridicidad como característica del delito, no podría tratar de todos, puesto que sería materia que escapa a mi modesto trabajo.

LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es una de las características esenciales del delito.

Al afirmar que un sujeto ha realizado una acción y -- que ella encuadra perfectamente en una figura delictiva descrita en la ley penal, no se ha hecho otra cosa que una tarea de comparación. Esta comparación sin embargo no nos lleva necesariamente a concluir que ese sujeto es acreedor a las consecuencias de todo delito, que es la sanción, porque no toda muerte causada por otro constituye un homicidio es decir un delito. Ese externo encuadramiento de una acción a su figura no es mas que el primer paso que se da en la valoración de un delito, es necesario además examinar si esa acción típica es antijurídica, si es violatoria de las normas de cultura de una sociedad determinada. La acción tiene que ser considerada no sólo ante la ley que se limita a describirla, sino ante la norma de cultura que esa ley presupone. Cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de un conflicto entre la acción y la norma de cultura decimos que el hecho ilícito es antijurídico.

El juicio valorativo que lleva a afirmar la existencia de una acción ilícita es un juicio objetivo de comparación, es decir que en él se aprecia el hecho independientemente de los motivos subjetivos de su autor. El dar muerte a un hombre es un hecho objetivamente ilícito tanto si lo realiza un individuo normal como un anormal aunque a este último no se le aplique una pena sino una medida de seguridad. Pero si el hecho no es ilícito por mediar una causal de justificación como la legítima defensa, no se impone la pena porque el hecho dejó de ser antijurídico, es decir dejó de ser un hecho ilícito. Esta es la teoría de Mayer.

CONCEPTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Sobre el concepto de antijuridicidad existen diversidad de opiniones entre los autores. Para ilustrar este interesante punto expondré en forma sintética algunas de ellas tomando como base la exposición que hace Luis Jiménez de Asúa en su obra "La ley y el Delito".

Concepto de Carlos Binding.

Uno de los más sagaces juristas de Alemania es - - - -

Carlos Binding que en 1872 comenzó su gran obra "Die Normen und ihre Ubertretung", con una afirmación, al parecer desconcertante.

Era frequentísimo escuchar que el delito es lo "contrario a la ley".

Así Carrara lo definía como "la infracción de la ley del estado". Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino mas bien el acto que se ajusta a lo previsto a la ley penal: en efecto, qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo del Código Penal Venezolano. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley pero si se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: "no matarás", no "robarás", Si se mata o se roba, se quebranta la norma; mas, no la ley.

Por eso Binding decía: "La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe. Esta construye la disposición penal que se compone del "precepto" en que se describe y define el acto o la omisión, y la "sanción" en que se determina la pena con que el hecho está conminado.

Nos encontramos, entonces, con que en la vida del derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección jurista eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y de aquí que el delito que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por eso en vez de hablar de antijuridicidad sería preferible decir, lo contrario a la norma.

A pesar del avance que supone esta primera conquista técnica, no era bastante. La curiosidad científica inquiría al punto: qué es la norma? Binding dice que para definir la norma no pueden tenerse en cuenta consideraciones de orden moral, de sentido común, etc., pues no tienen carácter jurista y mientras no exista un precepto del ordenamiento jurídico no puede --

declararse el concepto de antijuridicidad. Cuando el legislador ha dado el concepto de antijuridicidad en la forma negativa de las causas de justificación y el hecho real se cibe al precepto, no hay problema. Cuando muere un hombre en legítima defensa es sencillo afirmar que no hay antijuridicidad porque interviene una justificante; pero no es el asunto tan sencillo cuando se trata de casos que no ha previsto el legislador. Por tanto hay que definir de otro modo y no en círculos viciosos, el concepto de "normalidad".

Advirtamos, antes de otras doctrinas, que la norma que Binding pensó pertenece fundamentalmente a otra rama del Derecho, y su carácter común sería ser predominantemente público. Más el esfuerzo de Binding no tuvo logro completo. La norma queda flotante en una vaga zona extra o supra-legal. Así le fué acerbamente criticado".

Concepto de Max Ernesto Mayer. Según este Profesor lo antijurídico es aquello que va contra las normas de cultura existentes en una sociedad determinada. Al respecto el mismo Profesor Jiménez de Asúa considera a Rafael Garófalo como precursor de la interesante teoría de Mayer, al sostener su famosa teoría del delito natural.

El profesor Mayer llega a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura considera lo antijurídico. Para Mayer la sociedad debe concebirse como una comunidad de intereses. Cultura es tutela de esos intereses; lo que la cultura exige es lo que la sociedad requiere. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las cuales una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. El orden jurídico nace dentro de una cultura determinada y consiste en el reconocimiento de los intereses sociales, que se superpone con el reconocimiento de las normas de cultura.

Tal reconocimiento es el que se realiza en la ley penal. Por eso el concepto de cultura es tan unitario como el concepto de derecho y se corresponden reciprocamente: La norma de cultura es el material de la norma jurídica. La separación

de lo lícito y lo ilícito se realiza en la legislación por el reconocimiento de las normas de cultura.

Mayer define el delito en esta forma: "un suceso imputable, comprendido en un tipo legal y contrario a las normas de cultura reconocidas por el Estado".

Por eso, "la comprobación de un interés justificado constituye una causa de justificación de acciones típicas, en la medida en que el interés y la manera en que él se ha manifestado son reconocidos por una norma de cultura, siempre que esta sea, a su vez, reconocida por el Estado".

La tesis de Mayer es muy importante en lo relacionado con las causas de justificación. Así se considera que aquello que no viola las normas de cultura de una sociedad determinada, no es antijurídico; como consecuencia de esto se sostiene que hay causas de justificación que no están expresadas en los códigos penales respectivos.

Concepto de Graf Zu Dhona.

Este autor encuentra que la antijuridicidad de una conducta consiste no sólo en que ésta constituya el tipo específico de un delito, en que sea subordinable a una figura, sino, ante todo, en que es un atentado a la idea del derecho, es decir una acción injusta. Es injusta una acción cuando ella no pueda ser reconocida como el medio justo para un fin justo, o lo que es lo mismo: conducta antijurídica es la que no puede ser reconocida como un medio justo para un fin justo.

Este autor, citado por Jiménez de Asúa, expone su

teoría así:
"Nuestra tesis puede de nuevo expresarse así: la característica "antijuridicamente" unas veces recibida de modo expreso en los tipos del Código Penal del Reich, otras veces tacitamente presupuesta, y por tanto debiendo añadirse al tipo que no la expresa, ha de entenderse en el sentido de que con ella debe caracterizarse una conducta que contradice a la idea del Derecho, a la máxima para la conducta justa, conducta que por tanto

no puede ser pensada como medio justo al fin justo.

Sin embargo, frente al derecho positivo y frente a la terminología basada en él, solo es posible expresar en forma negativa este criterio de la antijuridicidad. A saber: no existe antijuridicidad cuando la acción de que se trata se caracteriza como justificada según el criterio del principio formal antes indicado. Ahora bien, para hallar la definición positiva de la antijuridicidad no es posible, naturalmente, invertir la fórmula diciendo: toda acción que no es medio justo al fin justo es antijurídica. Pues, respecto a que el orden jurídico prohíba toda clase de estas acciones, no existe la menor sombra de prueba; lo contrario es, en cambio, evidente. Sabemos que el Derecho muchas veces recibe en sí sólo el minimum de los deberes que de manera justa son exigibles a los ciudadanos, que sobre todo hoy solo en casos muy raros exige una actividad en interés de la comunidad social, satisfaciéndose generalmente con prohibir las intervenciones productoras de lesión. Y en este respecto constituye el tipo firmemente determinado en los diferentes parágrafos del Código, una Magna Charta del delincuente, en tanto que establece neta y de modo inalterable los límites hasta los que también el actuar antisocial es impune o permanece sin sanción jurídica alguna y los límites a partir de los cuales comienza la reacción estatal. Así se comprueba que el tipo del delito y el carácter antijurídico del mismo se completa reciprocamente, y en verdad de tal suerte, que el último aparece condicionado por la realización del tipo y a su vez este por aquel.

Concepto de Franz von Liszt.

Este autor expone sus tesis al respecto en la siguiente forma:

"Formalmente antijurídica es la acción que viola una norma estatal, un mandato o prohibición del orden jurídico. Materialmente antijurídica es toda conducta socialmente perjudicial (antisocial). Por tanto la acción antisocial sería una agresión a intereses vitales del individuo o de la colectividad protegidos por la ley, o también la ofensa o exposición a peligro de algún bien

jurídico. Este concepto de acción antisocial es metajurídico: "La norma jurídica lo encuentra no lo crea".

Concepto de von Binding.-

Este profesor critica la teoría de las normas de Carlos Binding por su vaguedad aun siendo partidario de que la antijuridicidad de la acción delictuosa no consiste en la violación de la ley penal.

En su obra "Esquema de Derecho Penal" trae los siguientes conceptos al respecto:

"Del sentido de las amenazas penales del Estado se deduce que aquellas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquella que esta objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado. Una conducta que no esté en contradicción con este hallase fuera de lo punible (aun cuando contradiga un ordenamiento jurídico extraño, a las costumbres o a la moral; y aun cuando como en los "delitos putativos", "delitos imaginarios" el que actúa considere erróneamente su acción como antijurídica). La antijuridicidad de la conducta, es sin excepciones, el presupuesto general de la punibilidad.

No se deduce, sin embargo, del derecho penal mismo -- cuando y en qué medida es antijurídico (ilícito, contrario al derecho, no permitido) el comportamiento humano; aquel solo establece que el castigo debe infringirse siempre y cuando el comportamiento descrito en la ley penal sea antijurídico. La antijuridicidad de ese comportamiento dedúcese mas bien de las restantes partes del derecho, el Derecho Civil, el Derecho Administrativo, etc. Estos son los que el delincuente "lesiona", los que quebranta, contra los cuales obra. La afirmación corriente de que el delincuente "lesiona" la ley penal, que la quebranta, que obra contra ella es falsa; por el contrario, el delincuente obra según lo presupone la ley penal y, de este modo mas bien la realiza.

Por medio del método jurídico general debe averiguarse la manera en que el ordenamiento jurídico regula la conducta

humana. El contenido de esos principios jurídicos surge en parte de las leyes. Por eso las leyes penales sirven también como medios de interpretación. No tendría sentido, en efecto, dictar una ley penal si la conducta en ella descripta no fuese nunca antijurídica. Así, de la sanción de la ley penal debe inducirse que la clase de conducta a que se refiere la ley penal, para el legislador, es antijurídica en todo caso, dentro de ciertos límites, de modo que solo resta establecer cuales son esos límites. Algunas leyes penales que no destacan expressis verbis la antijuridicidad como requisito de la punibilidad parece mas bien su poner que las acciones en ellas descriptas son antijurídicas en general, si no siempre, de acuerdo con el orden jurídico. El conjunto de preceptos jurídicos sobre la antijuridicidad extraído del cuerpo de disposiciones penales ("indiciados" por este) no da, como a veces se ha dicho, una antijuridicidad penal específica". No se trata ni de una antijuridicidad contra el derecho penal ni de una antijuridicidad que lo sea tan solo para el derecho penal y no para el ordenamiento jurídico en general.

Para dilucidar cuándo y en qué medida es antijurídica una conducta humana, a la par del Derecho legislado debe atenderse al derecho no escrito de conformidad con la doctrina general de la metodología jurídica".

Una vez expuestos los distintos conceptos de la antijuridicidad, emitidos por notables penalistas se llega a la conclusión de que la teoría más acertada es la de Max Ernesto Mayer por ser acorde con la realidad social de los distintos pueblos y de las distintas épocas. Así, vemos que las normas de cultura existentes en las sociedades civilización de la actualidad son distintas de las que existieron en esas mismas sociedades en una época anterior, y las normas de cultura que existen en una sociedad son distintas de las que existen en otra más atrasada que aquella; por eso hay actos que en determinados pueblos se consideran como delictuosos en otros son lícitos.

Esta teoría es capaz de solucionar todos los problemas que se presentan para saber si un acto es o no antijurídico.

motivos de inimputabilidad y de justificación, sino ausencias de acto y causas de inculpabilidad.

Los tratadistas alemanes han estudiado, con diversa terminología, las formas de inimputabilidad, unos las denominan "causas de justificación" como von Liszt; "causas de exclusión de la antijuridicidad, como Beling, Mezger; y "elementos negativos del delito" como Merkel. Es característica la expresión de Binding, "causas del no surgimiento del derecho penal", que se distinguen de las causas extintivas del delito ya surgido. Los franceses hablan de excusas, conforme a la terminología legal, y distinguen entre excusas absolutas que son las que anulan completamente la pena y dejan subsistente la culpabilidad como la ejecución de la ley, la legítima defensa etc., y excusas atenuantes, que disminuyen la pena, contraponiéndola a las causas de justificación o de no imputabilidad, que quitan a un acto todo carácter delictuoso, como la menor edad, locura etc., Los autores italianos hablan de "desacriminantes ideológicos" como lo hace Impallomeni, de causas que excluyen la responsabilidad, en contraste con las que excluyen la imputabilidad, Manzini, de circunstancias negativas del delito, Vannini, y de otras semejantes.

CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Luis Jiménez de Asúa en su obra "La ley y el delito" trae el siguiente concepto de las causas de justificación: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.

En suma; las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuridicidad, estudiada antes. Ya veremos luego como el moderno concepto de la antijuridicidad ha variado el alcance de las justificaciones, que hoy no se agota, -

como antes, en formulas tasadas y casuísticas, sino que pueden existir aun cuando los códigos no las marquen?

Y el profesor Giuseppe Maggiore, en su obra "Derecho Penal" trae el siguiente concepto sobre este punto:
"Llamamos causas de justificación las circunstancias de un hecho que borran su antijuridicidad objetiva; o, en otros términos, que tienen, como efecto, la transformación de un delito en un no delito."

La ley, del mismo modo que puede acriminar un hecho, puede desacriminarlo, es decir, puede quitarle el predicado de criminalidad, haciendo secundum ius (conforme al derecho) lo que es contra ius (contrario al derecho). De esta manera "justifica" la acción, esto es, vuelve a poner dentro de la órbita del derecho, una acción que debía ser excluida de allí.

El concepto de justificación no es, a decir verdad, particular y exclusivo del derecho penal; pertenece al derecho en general, tanto público como privado, pues es facultad del ordenamiento jurídico el decidir si una relación determinada está contra el derecho o es conforme a él, hacer jurídico lo que es antijurídico. Fuera de estas dos posibilidades, no hay otras en derecho. Una acción es o jurídica, o antijurídica; medium non datur (no se da término medio); por eso parece que no se puede aceptar la teoría de Binding, y de algún otro, que entre las razones del "no surgir" del derecho penal, pone al lado de las acciones mandadas o permitidas, es decir sin importancia jurídica..... como la autolesión.

Se justifica, no lo que no tiene importancia jurídica o es extraño al derecho, sino lo que sería antijurídico sin un mandato o permiso, sin una orden o autorización legales.

Si en derecho penal se habla de no delito, no es por que bajo este nombre se consideran todas las acciones extrañas al derecho (desde los sucesos naturales, como el terremoto y la inundación, hasta los actos humanos inocuos, como respirar y pensar), sino porque esta categoría sirve para denotar aquellos hechos que, aunque tengan apariencias de antijuridicidad, no --

tienen su sustancia, pues la ley los justifica por motivos éticos. El no delito es el delito justificado".

Las causas de justificación se diferencian de las --- causas de inculpabilidad o de no imputabilidad. Es cierto que - lo mismo que estas últimas, tienen por efecto excluir la punibilidad del agente; pero mientras las primeras inciden directamente el surgir del delito, por la contradicción que no conciente que un hecho sea jurídico y antijurídico al mismo tiempo, las segundas permiten que el delito surja, pero lo hacen inefectivo sino en sí mismo, si en relación con la persona del agente declarado inculpaado por la ley. En suma, ante el no delito del que obra, por ejemplo en legítima defensa, tenemos el delito no punible del que obra por ignorancia, error esencial de hecho o de derecho.

Las causas de justificación, son de carácter general-
unas, de carácter especial otras. Son especiales las que consiguen en la ausencia de responsabilidad por alguna circunstancia especial como en el caso del encubrimiento cuando se lleva a cabo con el fin de salvar el honor o la libertad de un pariente - dentro del cuarto grado de consaguinidad es decir obró con fundamento en los lazos de solidaridad familiar.

Hay causas comunes de justificación, es decir que sirven para todos, como la legítima defensa, y causas singulares o personales de justificación, esto es, que sirven para determinar una clase de personas en ciertas relaciones de dependencia, -- como el orden jerárquico.

Es necesario distinguir, en la teoría de la antijuridicidad, entre las causas de justificación que quitan al hecho su carácter de antijuridicidad y lo explican como un no delito, y las causas que excluyen la imputabilidad.

En la primera categoría se comprenden: a)- La ejecución de la ley; b)- La obediencia jerárquica; c)- La legítima defensa; d)- El estado de necesidad; y algunos autores hablan también del consentimiento del que tiene derecho como causa de justificación.

Las causas pertenecientes a la segunda categoría son:
a)- Ignorancia, error, etc.

FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Algunos positivistas hacen funcionar las causas de -- justificación como excluyentes del elemento subjetivo. "caren-- cia de peligrosidad en virtud de motivos de justificación", dice Florian.

Pertinacia afirma que la comisión de un delito importa ne-- cesariamente la peligrosidad de su autor, pero él distingue la-- justificación negativa de la positiva, por lo que algunos auto-- res dicen que en este punto construye una especie de teoría --- ecléctica, lo que él llama justificación positiva: ejecución de la ley, obediencia jerárquica, legítima defensa, estado de nece-- sidad, es el resultado de una condición objetiva y; una subjeti-- va: los motivos determinantes. Tiene que procederse secundum jus y además por motivos legítimos. De donde se deduce que aun sien-- do objetivamente justificada la acción, es punible el sujeto -- cuando el elemento subjetivo que acompaña a la acción objetiva-- mente justa se superponga algún otro motivo.

Según Max Ernesto Mayer, las causas de justificación-- tienen su fundamento en la lucha contra lo injusto, en el valor del interés protegido y en los privilegios.

Entre las causas que se basan en la lucha contra lo -- injusto se encuentran: el deber jurídico; la legítima defensa; -- y el auxilio propio.

Entre las causas que se fundan en el valor del interés protegido establece las siguientes: norma general. Lo que no se opone a la norma de cultura; la esfera de la libertad que se de-- ja estatalmente libre, de la cual se desprende el consentimiento de la víctima y la asistencia a los enfermos; y la educación; y por último los privilegios.

Para Edmundo Mezger el fundamento de las causas de -- justificación es o la falta de antijuridicidad según el princi-- pio de la ausencia del interés, o la preponderancia de aquél. -- Como causas de justificación por ausencia de antijuridicidad --

según el principio de ausencia del interés coloca este autor: - el consentimiento de la víctima y el consentimiento presunto; - como causas de justificación basadas en la ausencia de antijuridicidad según el principio del interés preponderante incluye: - la acción especialmente debida; la acción especialmente facultada, en ejercicio de un derecho, en particular del derecho de necesidad; y el principio del que se halla en cuestión.

Carrara busca para cada una de las especies justificantes una base propia, como lo hace al tratar de la legítima defensa, pero no edifica un sistema como los que presentan los autores dogmáticos alemanes.

En todo caso, el verdadero fundamento de la justificación de un hecho se encuentra en que él deja de ser antijurídico por no violar las normas de cultura de una sociedad determinada.

DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN PARTICULAR

Causas de justificación de carácter general.- El artículo 25 del Código Penal establece cuatro causales de justificación, a las cuales se las llama generales, ya que hacen referencia por su ubicación en el código a toda clase de delitos, aunque técnicamente no puedan aplicarse a algunos. Tales causas de justificación son las siguientes: a)- La disposición de la ley; b)- Orden obligatoria de autoridad competente; c)- La legítima defensa; y d)- El estado de necesidad.

He de tratar exclusivamente de la legítima defensa -- que es objeto de mi tema.

CAPITULO SEGUNDO

LEGITIMA DEFENSA

A simple vista parece que este tema no puede ofrecer ninguna dificultad en el campo jurídico puesto que desde los tiempos más antiguos, fué un hecho incriminable, hasta el punto que pudo decir el escritor Geib, que la legítima defensa no tiene historia, y sin embargo, no son pocos los problemas y los puntos dudosos que se presentan en su estudio. Hay si algunos aspectos de fácil comprensión a través de todos los tiempos y nadie duda que la legítima defensa de todo derecho es una causa de justificación, siempre que la agresión sea ilegítima, actual o inminente y de necesidad y proporción en la defensa.

No trataré el tema con la extensión que él requiere, pero presentaré un esquema breve, y en lo posible refiriéndome a los aspectos más interesantes.

DESARROLLO HISTORICO

Esta causal de justificación existe en todos los Códigos Penales y emana de la propia naturaleza humana, ya que es una consecuencia del instinto de conservación.

Desde el tiempo más remoto admitía el Derecho Romano la justificante de la necesaria defensa individual, a la cual después los jurisconsultos asignaron por fundamento ya la natura lis ratio, ya el derecho natural, ya el reconocimiento universal.

La legítima defensa estaba admitida en relación a los bienes de la vida de la integridad personal, del pudor y también del patrimonio, cuando la agresión a éste representase peligro personal y podía ser dirigida tanto para la defensa personal del que reaccionaba como de sus familiares.

Era autorizada por una agresión injusta, actual y por el hecho de no poder rechazar de otra manera o evitar tal agresión. Aún a la fuga se debía ocurrir, cuando era posible, salvo-

el caso en que la agresión tuviese por objeto simultaneamente - la persona y el patrimonio.

La reacción defensiva estaba justificada sólo cuando se contuviese en los límites de la necesidad, esto es, fuese -- proporcionada a la agresión y no excesiva.

Las condiciones sociales de la sociedad bárbara contenían el más amplio y libre reconocimiento de la reacción privada violenta e inmediata, que se confundía con la venganza cualquiera que fuese el derecho o el interés agredido, y especialmente si se trataba de la vida, de la integridad personal, del honor, de los bienes.

El Derecho Canónico reconocía la facultad de defensa contra el agresor violento, que podía ser muerto impunemente; - y esto en virtud del derecho natural o del reconocimiento universal. La agresión debía ser injusta; y por eso no se admitía la defensa de los condenados contra los ejecutores de la justicia, de los hijos contra los padres, de los alumnos contra los maestros, etc.; y la reacción debía ocurrir incontinenti no ex-intervalo. La defensa debía ser proporcionada a la entidad de la agresión y no exceder los límites de la necesidad. La doctrina más antigua establecía la fuga antes que recurrir al homicidio. Mas adelante prevaleció la opinión de que la fuga fuese -- obligada solamente cuando no infamaba al agredido; así el clérigo, el religioso debían preferir la fuga antes que la muerte del agresor; lo contrario ocurría en cuanto al soldado, al noble seglar. Se admitía también la defensa de terceros. La del patrimonio se admitía se consentía cuando la agresión implicaba peligro personal, o cuando se trataba de bienes de importante valor y de difícil recuperación. El exceso en la defensa era -- castigado según que resultase doloso o culposo. El exceso debido a errónea apreciación o a energías extrañas a él no era punible.

Asimismo, en el más antiguo derecho alemán, no se hallaba separada la legítima defensa de la venganza y del derecho de matar. Pero, sin embargo en la baja edad media se encuentra tanto en la ciencia italiana como la alemana una exposición de-

la legítima defensa, tan completa y acabada como no se la encuentra en ninguna otra doctrina del Derecho Penal.

El derecho alemán común no solo extiende la legítima defensa, como se hacía en la edad media, únicamente a la vida, sino a los ataques contra otros bienes jurídicos, especialmente contra la propiedad y el honor.

Hacia fines del siglo XVIII, la legítima defensa que hasta entonces se acostumbraba a tratar constantemente en relación con el homicidio, fue desligada de esta unión, asignándole el lugar que le corresponde en la parte general del sistema. Esto fué adoptado por casi todos los códigos penales, es decir se puso de su ubicación junto con los delitos in specie, a las disposiciones que suelen constituir el libro primero de los códigos. Todavía algunos como el Frances y el Belga, la tratan como institución del homicidio y también en los códigos que siguieron a éste en su orientación.

Lo anterior se reduce a las siguientes condiciones que autorizan la inmediata reacción privada: injusticia de la causa, peligro actual o inminente, e inevitable, proporción entre la agresión y la defensa, de manera que esta aparezca como no excesiva en relación a la primera. A estos criterios se atuvieron los escritores del siglo XIX.

CONCEPTO DE LA LEGITIMA DEFENSA

El profesor Luis Jiménez de Asúa dice al respecto: la legítima defensa es la repulsa de la agresión antijurídica actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

Por su parte Giuseppe Maggiore dice: la legítima defensa es el caso típico de justificación. La legítima defensa consiste en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta.

Sebastian Soler trae en su tratado de Derecho Penal el siguiente concepto: Llámase legítima defensa a la reacción -

necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada. -

Con base en el artículo 25 del C.P.C. se puede definir la legítima defensa en la siguiente forma: es la causal de justificación basada en la necesidad de defender los intereses jurídicamente protegidos, propios o de un tercero, contra una violencia actual e injusta, mediante una reacción que no debe exceder los límites determinados por la gravedad de la agresión.

FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

En cuanto al fundamento de la legítima defensa se pueden presentar las siguientes teorías:

a)- Defensa pública subsidiaria.- Esta es la tesis sostenida por Carrara, según la cual cesa en la sociedad la función de sancionar, cuando la defensa privada puede ser eficaz - mientras aparezca impotente e inadecuada la defensa pública. En otras palabras: la función social de la pena tendría un carácter meramente subsidiario, y en primera línea valdría el originario derecho de la defensa individual; de donde se sigue que cuando la defensa social no pueda explicarse, la defensa individual recobra íntegramente su dominio. Como tutela del derecho están la fuerza del estado y la fuerza del individuo. En la concepción de legítima defensa el individuo rechaza precisamente un ataque al derecho: la legítima defensa no es simplemente una facultad reconocida por el Estado, sino un derecho originario del individuo.

Por consiguiente, el individuo que se defiende, no viola el derecho sino que coopera a su realización; ni obra ya como persona privada, pues ejerce una verdadera y propia acción pública, como sustituto de la sociedad y del Estado, a los cuales, por la misma ley eterna del orden, compete el derecho de castigar.

b)- Sociabilidad de los motivos determinantes.- Esta es la tesis sostenida por la escuela positiva. Según ella, el hecho realizado en las circunstancias que estructura la legítima defensa se justifica porque el agente obra por motivos sociales y no por antisociales cuando el agente se ve obligado a

defenderse de una agresión contra un derecho, y reclaman como le faltan, a quien rechaza un ataque injusto, los caracteres de peligroso y temible. Esta teoría aún teniendo algo de verdad, descuida un aspecto de la legítima defensa cuyo valor debe ser estimado en relación con el derecho objetivo. La teoría, expuesta por Von Kari el error de plantas en conflicto de derechos ante el

c) - Ausencia de antijuridicidad. - Esta doctrina dominante en Alemania es sostenida por los más distinguidos dogmáticos que encuentran en la legítima defensa un caso típico de falta de antijuridicidad propia de los delitos. El hecho para ser delito debe considerarse como contrario al derecho. Ahora bien, no es delito el acto mediante el cual se rechaza la superior lesión al derecho, de donde se concluye que desaparece uno de los requisitos que objetivamente debe tener el hecho para convertirse en delito. Así, esta teoría encuentra el fundamento de la legítima defensa en la falta de antijuridicidad del hecho, y quien obra en tales circunstancias, actúa jurídicamente, es decir no viola las normas de cultura de una sociedad determinada. d) - Coacción moral. - Esta teoría supone que la defensa se hace impune por mérito del estado de perturbación del ánimo en que se encuentra el agredido. Esta tesis fué sostenida --

por Pufendorf y en realidad constituye una especie de causa de inimputabilidad basada en el temor. Según él, quien obra para defenderse de un peligro inminente ha obrado en estado de perturbación de ánimo, por fuerza mayor, por coacción moral, por lo cual se anula su libertad y no puede ser responsable. Se la ha criticado desde diversos puntos de vista, pero la contestación a esta doctrina fué formulada admirablemente por Carrara, demostrando que la legítima defensa es perfectamente compatible con un estado de plena lucidez mental. Además observa Alimena, que con esta doctrina no puede explicarse la defensa del extraño a quien la realiza.

e) - Retribución de mal por mal. - Esta tesis formulada por Geyer encuentra el fundamento de la legítima defensa en la retribución de mal por mal, con la cual se arroga arbitrariamente la facultad de castigar que solo le corresponde al Estado. Pero, el que viola injustamente el derecho de otro realiza un

mal que debe ser retribuido con otro mal, porque se supone una perfecta igualdad entre la acción y la reacción. Esta teoría ha sido criticada por cuanto la injusticia no debe ser permitida ni tolerada.

f)- Colisión de derechos.- Según esta teoría, expuesta por Von Buri el agresor plantea un conflicto de derechos ante el cual el Estado debe necesariamente sacrificar uno y, en ese dilema, se sacrifica el del agresor que, por su acto, viene a perder el derecho de ser protegido, por considerar en la legítima defensa que tiene más importancia el derecho del que se defiende ante la ofensa.

g)- Derecho subjetivo de carácter público.- Esta tesis sostenida por Binding y Massari para los cuales la legítima defensa tiene su fundamento en el derecho subjetivo de carácter público. Mediante ella, la acción individual apoyaría la acción de policía del Estado, especialmente en los casos en que interviene para tutela de terceros. Esta teoría mira el carácter público de la legítima defensa pero la reacción individual no debe considerarse a la misma medida del poder de policía que tiene carácter preventivo, sino a la luz de un principio de justicia.

Una vez expuestas las anteriores teorías que están de acuerdo con la orientación doctrinaria de las distintas escuelas penales, el verdadero fundamento de la legítima defensa se encuentra en la tesis llamada de la ausencia de antijuridicidad. En efecto, el hecho de quien obra en legítima defensa, no es contrario al ordenamiento jurídico, carece del elemento de la antijuridicidad; se justifica plenamente porque el hecho realizado en legítima defensa no es violatorio de las normas de cultura de una sociedad determinada, siempre que esas normas de cultura sean reconocidas por el Estado.

EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA

La extensión de la legítima defensa se refiere ya a los bienes defendibles ya a las personas que se defienden.

La defensa es posible sea cualquiera el bien jurídico contra el cual la agresión se dirija. Todo bien jurídico - - -

es legítimamente defendible, Y vale para todo derecho del agredido. Desde el momento en que la legítima defensa se coloca en la parte general de los códigos, aparece como norma que debe admitirse, supuesto que concurren las circunstancias exigidas, -- contra toda violencia que constituya uno de los delitos contemplados en la parte especial del código, y para todo acto por parte del agredido, que tenga la característica de delito. No pueden existir derechos más o menos respetables y, por tanto, -- en orden a todo derecho, personal o patrimonial, el individuo podrá ejercer la legítima defensa con el fin de evitar la violación de aquel. El ciudadano no solo debe ser titular de los derechos sino que tiene el deber de defenderlos de todo menoscabo injusto. Por ello es inadmisibles la condición existente en tiempos anteriores de que el agredido tenía que recurrir a la fuga antes que rechazar la violencia ajena.

El problema no radica en determinar los bienes defendibles, ya que casi la totalidad de las legislaciones en todos los tiempos coinciden en decir que la legítima defensa no solo se refiere a los bienes materiales como los de carácter patrimonial sino también a los inmateriales como el honor, la libertad etc., sino y el problema existe en la proporcionalidad, racionalidad y necesidad de la defensa. En este punto se dibujan dos corrientes doctrinarias y legislativas distintas. Para la técnica alemana, lo único que da la medida de la reacción es la gravedad del ataque; cualquier bien jurídico puede ser defendible -- incluso con la muerte del agresor, si no hay otro medio para salvarlo. Esto depende de que dentro de esta técnica, se separa absolutamente la legítima defensa del estado de necesidad y solamente este último funciona conforme al balanceo de los bienes.

Los Países latinos, en general, no han adoptado este principio que resuelve con sencillez los casos posibles. Efectivamente en algunos países como la Argentina el Código Penal habla de necesidad racional, y esta expresión desempeña el efecto moderador que Binding y Mayer reclaman de las costumbres. Contrariamente al principio alemán en los países latinos existe el criterio según el cual la proporcionalidad no solo debe -- --

referirse a la gravedad del ataque sino también a la naturaleza del bien que se tutela.

Todo bien puede ser legítimamente defendible esto es de aplicación general y no cabe duda que nuestra vida, nuestra integridad personal, nuestro honor y nuestros bienes materiales son defendibles, siempre que esa defensa se ejerza con la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendible. La prudencia de los jueces, las normas de cultura, el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que desempeñan un papel importante y de gran amplitud.

SUJETOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

Sujeto activo en la legítima defensa puede ser todo el que se vea en la necesidad de defenderse a sí mismo o a otro. En otras palabras la defensa puede realizarse para proteger un bien jurídico propio o para proteger un bien jurídico ajeno.

Puesto que se admite la defensa de los bienes jurídicos propios o de un tercero contra el peligro de una violencia injusta, faltaría la necesidad de la defensa cuando tratándose de un derecho disponible el agente pretenda defenderlo contra la voluntad de su titular y no solo falta la necesidad de la defensa sino también la agresión injusta.

Aquí se presenta el problema en saber si existe legítima defensa cuando un particular interviene para rechazar el ataque a un bien jurídico que no sea de un individuo determinado y que corresponda al Estado o a la colectividad. Al respecto Sebastian Soler dice que es posible en este caso la legítima defensa, como cuando se trata de los sentimientos morales o religiosos.

En esta materia, el punto de vista más absoluto, expresado por Finger, lleva demasiado lejos y, so pretexto de legítima defensa, altera profundamente los principios de convivencia, pues concluye acordando al particular una facultad ilimitada de intervención en los actos ajenos. Parece claro que cuando la ley se refiere a la vida o derechos de otro está señalando que, aparte de la vida los demás derechos ajenos protegidos solo son los

derechos subjetivos y no los meros intereses jurídicos o bienes-jurídicos protegidos en razón de un interés social directo. Constituyendo el bien agredido el objeto de un derecho subjetivo, na da importa la calidad del titular de ese derecho: una propiedad-del Estado puede ser defendible.

El Derecho Soviético coloca en primera línea el inte--rés del Estado como legitimamente defendible.

Manzini en su tratado de Derecho Penal dice lo siguien--te: "Entre las personas jurídicas ocupa lugar preferente el Es--tado, el cual es titular principal de todos los derechos (en sen--tido lato) tutelados mediante la sanción penal porque, como he--mos visto, el Estado en la función preventiva-represiva, asume-- como propios también aquellos derechos que se concretan en perso--nas privadas. Todo delito, por tanto, lesiona o expone a peligro un derecho del Estado. Así pues, el peligro de una tal ofensa al derecho del Estado autoriza a cualquiera, en las condiciones pre--supuestas por el Código Penal, a la defensa privada aún violenta. Consiguientemente, cada uno está autorizado por la ley para impe--dir la perpetuación o la prosecución de un delito, cuando no es--te presente o no sea suficiente la fuerza pública".

El sujeto pasivo, es decir el que sufre la reacción -- del ofendido puede ser cualquiera, el que realiza la agresión in--justa, y actual.-

CAPITULO TERCERO

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

El numeral 22 del artículo 25 del Código Penal Colombiano, que en otra parte se hizo alusión dice los siguiente:

El hecho se justifica cuando se comete:

12)-----

22)- Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentre un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia.

De acuerdo con la disposición transcrita, la legítima defensa se extiende a los siguientes intereses jurídicamente protegidos:

12)- Aquellos que se concretan en la persona, los cuales comprenden la vida y la integridad corporal y síquica de la misma;;

22)- A los bienes, los cuales pueden ser de dos clases, a saber; materiales o tangibles como los de carácter patrimonial, e inmateriales o intangibles, como el honor, las garantías sociales, etc.

De acuerdo con la disposición citada la legítima defensa no se encuentra configurada dentro de nuestro código en forma ilimitada, ella se encuentra limitada por la calidad de la agresión, ya que debe ser proporcionada a la misma, y si se excede el individuo tiene que responder por su exceso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la misma obra que establece lo siguiente:

"El que al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas en el artículo 25, excede los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción.

En casos especialmente favorables para el sindicado, - podrá aplicarse la condena condicional".

ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

Para analizar los elementos de la legítima defensa es necesario distinguir entre la defensa y la agresión.

En primer lugar hay que analizar los elementos de la agresión y luego los de la defensa.

Elementos de la agresión.- Para que la defensa se considere legítima la agresión debe tener los siguientes requisitos:

1a)- Objetividad.- El carácter de la legítima defensa es objetivo y por tanto la agresión también debe ser objetiva. - Cuando ésta no existe objetivamente no hay legítima defensa. Es decir, que la agresión debe consistir en un ataque real a la persona, a los bienes o al honor del que se defiende. Por tanto la llamada defensa subjetiva, el exceso podrán ser defensas, pero no legítima defensa, porque los actos humanos hay que apreciarlos en concreto y no abstracto.

2a)- Origen en actos humanos.- Para que haya legítima defensa la agresión debe provenir de actos humanos. Se ha discutido mucho entre los tratadistas si cabe defenderse contra los locos y también si es posible hacerlo contra los animales. Pero esto está aclarado por la doctrina, no cabe duda que existe la defensa contra toda agresión y es susceptible de agresión el que es capaz de realizar actos. Los anormales tienen voluntad y motivación; por eso su acto es agresivo y el individuo que lo repele está realizando un acto de legítima defensa. No encaja dentro del concepto de acción los hechos de los animales y las cosas -- inanimadas el peligro derivado de estos no da lugar a la legítima defensa sino al estado de necesidad, es decir, la necesidad

de salvaguardar la vida, por ejemplo. Tampoco son capaces de acción el sugestionado, ni el dormido por tanto no cabe la legítima defensa contra sus aparentes agresiones. Nos hallamos en estado de necesidad cuando repelemos los ataques de animales o de cosas que nos apresa. Pero si el perro ha sido azuzado por su dueño o si éste nos ha encerrado en su casa, al matar al animal, o al destruir la puerta, obramos en legítima defensa contra el propietario.

3a)- Actualidad o inminencia.- La agresión ha de ser actual para que la defensa sea legítima. No cabe defensa contra ataques pasados, porque la reacción sería en este caso vengativa y no defensiva, tampoco es legítima la defensa contra agresiones futuras porque aquí existe el recurso ante las autoridades. Tampoco puede alegarse legítima defensa contra una violación consumada del bien jurídico agredido. Ello constituiría una venganza, y carecería de toda evitación del mal, que es fundamento de la reacción defensiva. Incluye generalmente la doctrina entre los requisitos de la violencia el de que ella sea inminente, la disposición citada dice violencia actual pero esto no quiere decir que tal elemento no deba concurrir, ya que repelemos la agresión actual, pero impedimos lo inminente. He aquí porque es posible también defenderse contra la agresión inminente.

Nuestro código emplea la expresión "violencia" en cambio el Código Alemán no habla de violencia sino de ataque o agresión y esta palabra es más expresiva, pero el término violencia indica tanto la violencia física como la moral indica su origen en un acto del hombre.

4a)- Ilegitimidad.- La agresión debe ser ilegítima para que la defensa pueda ser legítima. Agresión ilegítima no quiere decir violación delictiva de un derecho, ya que la legítima defensa tiene lugar para evitar un mal injusto; hay agresión antes de que el bien atacado sea violado y antes de que el ataque constituya un delito; ilegítima no quiere decir delictiva, sino sin derecho. Por eso no es posible la legítima acción emprendida sin derecho. Por eso no es posible la legítima defensa contra los funcionarios públicos en ejercicio regular de sus funciones, ni es posible contra el acto mismo de legítima

defensa para defenderse a sí mismo o para defender a otro de una agresión injusta contra su persona su honor o sus bienes.

Pero la legítima defensa se justifica en el momento en que un exceso del ataque, legítimo en sí mismo, le convierte en contrario al derecho; es decir, que se justifica el hecho de repeler un exceso de legítima defensa. Cuando un subordinado obra por orden de un superior la legítima defensa es posible contra este pero no contra aquel. La legítima defensa es procedente también contra la agresión de un loco o de un menor, es decir contra toda agresión procedente de un acto humano. En este punto se han presentado diversidad de opiniones respecto a si puede alegar legítima defensa el provocador.

Carrara dice al respecto lo siguiente: 19) - Cuando falta el requisito de la injusticia en dos casos: 19) - Cuando el mal amenazado lo sea con toda legitimidad, como lo es en el caso del condenado a muerte que para salvarse elimina al verdugo o al carcelero, o del que rechaza la fuerza pública cuando lo arresta legítimamente; 20) - Cuando, si bien el mal con que se amenaza sobrepasa los límites de la legitimidad, hubo injusticia por parte del amenazado, como sería en el caso del ladrón o del adúltero que, al verse sorprendido y amenazado en su vida por el dueño o por el marido, lo mata; en el caso del provocador de la riña, y, en una palabra, en todos los conflictos en que el peligro en el cual uno se encuentra haya sido ocasionado por un hecho propio o reprochable.

No quiere decir esto que en tales casos cese siempre toda excusa. Esto ocurre necesariamente en la hipótesis del agresor, quien, si por haber puesto en peligro la vida ajena ve puesta en peligro la propia, no puede, por esto, invocar ninguna minorante, siempre que concorra la continuidad de los actos. Pero en la hipótesis del ladrón, del adultero y de cualquiera que haya sido la causa del propio peligro, por un acto reprochable que no ataca la vida ajena, puede subsistir la excusa deducida del "peligro que le ha sobrevenido".

Von Beling expresa lo siguiente:

"No se excluye la legítima defensa por el hecho de que el agredido haya motivado la agresión por su culpa".

Florian expone su concepto en los siguientes términos:

"La injusticia de la violencia consiste en que se realice contra derecho de otro modo no se trataría de defensa sino de ofensa o de rebelión, y la defensa no tendría razón de ser. A este respecto surge la cuestión de que si la legítima defensa puede justificar al que haya dado motivo, con la provocación propia, a la violencia contra la cual él reacciona. Creemos que se debe responder afirmativamente, salvo el caso de que la provocación fuese de tal naturaleza que justificase la violencia sufrida".

Por su parte Enrique Ferri dice al respecto:

"La violencia debe ser injusta, esto es, el que realiza la violencia o la agresión debe proceder sin derecho para ello. Y si uno con su acto antijurídico provoca el ataque del ofendido, no puede contra él alegar la legítima defensa. Hay quien dice que el adúltero a quien el marido sorprende in fraganti pueda invocar la legítima defensa contra éste, y en caso de peligro para la vida incluso llegar a matarlo..... Pero, del mismo modo que no puede invocarse el estado de necesidad por el que ha dado voluntariamente causa al peligro, lo mismo debe decirse en este caso y en otros analógicos. A no ser que la reacción defensiva del ofendido, a quien, por ejemplo, se ha injuriado de palabra, determine de pronto un acto homicida, en cuyo caso falta la necesidad de tal reacción y el motivo determinante sería mas bien el odio o la venganza que la defensa: sobre todo teniendo en cuenta la personalidad de los dos sujetos de los cuales el que injuria es, verbigracia, un muchacho o un viejo inerte y el ofendido un hombre robusto y con armas".

Este punto debe resolverse teniendo en cuenta la legislación respectiva. En Códigos como el Argentino, Español y Venezolano, que exigen como requisito de la legítima defensa la falta de provocación suficiente de parte de quien pretende haber obrado en legítima defensa, es indudable que el provocador no pueda alegar la legítima defensa, siempre que su provocación tenga el carácter de suficiente. En estas legislaciones el

problema no viene a plantearse respecto a si el provocador tiene o no derecho de defenderse, sino respecto al carácter de la provocación, ya que los códigos exigen que esta sea suficiente.

Para las leyes en las cuales la legítima defensa se enuncia solo con los requisitos de agresión injusta y actual, y necesidad de la defensa la solución es más simple porque se concreta a saber si la agresión fué injusta, pero siendo posible siempre que el provocador pueda invocar la legítima defensa contra el que comenzó defendiéndose, pero que se excedió, pues el exceso es ilegítimo.

Por lo demás la opinión es unánime en el sentido de que, descartado el caso de provocación intencional para simular la legítima defensa y aquel en que el provocador sea un verdadero agresor, todos los autores piensan que no puede imputarse el hecho. La discrepancia radica en que unos admiten que el provocador puede invocar la legítima defensa ante una reacción desmedida y arbitraria, mientras que otros creen más justo mantener con toda pureza el principio de la legítima defensa, admitiendo para tales casos el exceso.

A este respecto Luis Jiménez de Asúa comentando el Código Penal Venezolano se expresa así:

"Se ha de ser por demás prudente al interpretar la suficiencia de la provocación. Alimena dijo, con el buen sentido que lo caracterizaba, que la provocación no debe invalidar en todos los casos la defensa de la persona que después resulta agredida. Si en un episodio del juego hacemos una sucia jugada de ajedrez o de naipes y recibimos un insulto del perjudicado y en nuestro apasionamiento sacamos un revólver para contestar al que primero injurió, él no debe cruzarse de brazos por haber provocado insuficientemente la agresión nuestra, sino que debe tener el derecho de defenderse, sin perjuicio de que la ley lo castigue, tras de absolverlo del homicidio, por la injuria primeramente proferida. El quid está en saber cuando la provocación ha de ser suficiente. Buscando la norma directriz, dijimos en 1.922 que la provocación era suficiente cuando ella misma constituía una agresión. Fácil salida, ya que en este caso quien estaba en - - -

legítima defensa era el primer agredido y, puesto que no hay legítima defensa contra la legítima defensa, el problema quedaba no solucionado simplemente. Mas la cuestión no es tal como lo vimos en aquella época. Puede haber provocación suficiente sin llegar a constituir agresión. Este problema solo se resuelve mediante "un proceso empírico cultural".

Por lo visto el problema de la provocación no puede resolverse en forma abstracta, y queda, para su solución la respectiva legislación y el criterio del juzgador.

De acuerdo con el Código Penal Colombiano el problema se plantea de la siguiente manera:

El numeral 2º del artículo 25 del C.P. transcrito antes, no contiene como elemento de la legítima defensa la falta de provocación suficiente por parte de quien la ejerce. Por otra parte no hay disposición alguna del código que exija este requisito. Sin embargo ha habido juristas que han sostenido que es necesario para que la agresión tenga el carácter de ilegítima que el que se defiende no la haya provocado por un hecho suyo reprochable. El Doctor Luis Zafra en un concepto emitido en su calidad de Procurador Delegado en lo Penal dice lo siguiente: "Es unánime la opinión de que la legítima defensa requiere una agresión injusta, es decir emprendida sin derecho ni ley; y que la ilegitimidad del ataque desaparece cuando el que se defiende lo ha provocado con un hecho suyo reprochable. Pero también es universal el concepto, de que esa provocación debe ser grave, capaz de suscitar en el ofendido un estado de ira e intenso dolor que al menos excuse su acometimiento".

La Corte Suprema de Justicia en casación de 5 de Septiembre de 1.947 dice lo siguiente: "En cuanto a la provocación debe admitirse que si una de las condiciones de la legítima defensa es la de constituir la reacción contra una violencia injusta, el provocador no puede invocarla, pues con su acto propio reprochable o antijurídico viene a ser el autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar. A no ser que este reaccione en forma desproporcionada."

como en el ejemplo que trae Ferri, del injuriado de palabra que resuelve matar al ofensor, caso en que no podría negarse a éste la facultad de repeler la reacción desmedida de que es objeto".

Y en sentencia de 1949 reitera el concepto anterior -- en los siguientes términos:

"La lagítima defensa es la reacción necesaria contra una agre-- sión injusta, actual y no provocada por el que se defiende. Es-- el hecho de conservación de la persona y de sus bienes, puesto-- en acto de una manera especial y jurídica. Consiste en esencia, en repeler un ataque actual e injusto para poner a salvo un in-- terés legítimamente protegido que se halla en peligro.

Pero si este estado de necesidad y de angustia es pro-- vocado por el mismo que luego se defiende, desaparece la injus-- ticia de la violencia actual y el sujeto que hiere o mata al -- agresor no puede alegar legítima defensa, a menos que haya una-- desproporción evidente entre la primitiva ofensa y el ataque -- subsiguiente de la víctima".

La jurisprudencia Colombiana se inclina por la tesis-- de que el provocador no puede alegar en su favor la legítima de-- fensa. Lo único que exige es que la provocación sea de carácter grave, capaz de despertar en el ofendido la ira o el intenso do-- lor. Con esta tesis se llega más o menos a la misma doctrina es-- tablecida por los interpretes de los códigos penales que exigen como requisito de la legítima defensa la ausencia de provoca-- ción suficiente por parte de quien la invoca, es decir de quien dice haber obrado en ejercicio de ella.

En el concepto del Doctor Luis Zafra se exige que la-- provocación debe ser grave, capaz de suscitar en el ofendido un estado de ira o de intenso dolor que al menos excuse su acome-- timiento, lo que es igual a que la provocación sea suficiente-- para que deje de existir la legitimidad en el provocador.

De modo que para ampararse en la legítima defensa se-- necesita que además de no haber sido agresor no haya sido provo-- cador, así el ladrón que huye con el objeto robado y es perseguido

por el dueño, no podrá invocar la legítima defensa contra el propietario cuando pretenda matar al ladrón. No podría negarse que en casos como este hay provocación grave, o provocación suficiente.

Esto no quiere decir que siempre que haya provocación debe juzgarse que no puede haber legítima defensa. En efecto analizando la cuestión a la luz de nuestro Código Penal es lógico concluir que el provocador si puede invocar en su favor la legítima defensa aunque la provocación sea grave.

Si es requisito esencial para que haya legítima defensa que ella obedezca a una agresión injusta, ilegítima, antijurídica, y siendo así que el que obra en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, comete un delito, es indiscutible que el que se defiende contra él, repele una agresión ilegítima.

El artículo 28 del C.P. dice así:

"Cuando se cometa el hecho en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo señalada para la infracción".

De acuerdo con esta disposición quien obra en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, no queda exento de responsabilidad. Su acción está prevista como delito, y únicamente se tiene en cuenta el estado de ánimo para atenuar la pena, pero el agente es siempre responsable. Por tanto si su acción constituye delito, es un acto antijurídico y por tanto injusta e ilegítima y el individuo que repele este acto obra en legítima defensa aunque sea el provocador.

Esto está de acuerdo con los principios generales de justicia ninguna disposición legal, jurídica o moral concede al provocado derechos de vida y de muerte sobre el provocante; luego a éste también le compete el derecho de legítima defensa. La ley prohíbe en todo caso la violencia, aunque haya sido determinada por provocación injusta, la cual podrá valer solo como atenuante. "Nadie, dice Impallomeni, tiene el deber de dejarse matar o lesionar en la persona, porque ningún provocado, ni --

siquiera el marido que sorprende a su esposa en flagrante adulterio, tiene derecho a matar o herir a su ofensor".

Distinta es la situación por ejemplo en el duelo ya sea regular e irregular, de la riña, de los desafíos deportivos.

Si dos individuos se batan en duelo regular, ninguno de ellos podrá ser considerado como obligado a la reacción por la necesidad de defenderse ni defender a otro de una agresión injusta por que con su propio hecho ha dado lugar al peligro y ninguno de ellos podía invocar la legítima defensa.

En cuanto a la riña ha dicho la Corte Suprema de Justicia en casación de 5 de septiembre de 1947 lo siguiente: "La riña excluye la legítima defensa, pues la pelea o combate que significa requiere en los contrincantes el propósito de emplear violencia para lesionar al otro, mientras que la defensa para ser legítima, de suyo tiene que excluir esa intención de ocasionar daños, ya que con ella solo se pretende la tutela del derecho propio. Pero también cabe admitir la hipótesis de que uno de los empeñados en la lucha cambie sustancialmente sus condiciones; rompa la continuidad de los actos como dice Carrara, pues entonces puede subsistir la excusa del peligro sobreviviente".

ELEMENTOS DE LA DEFENSA

La defensa para considerarse como legítima debe reunir los requisitos siguientes:

1a) - Que exista ánimo de defenderse. - Es lógico que si no existe ánimo de defenderse desaparece la legítima defensa. Cuando no hay ánimo de agresión nos encontramos con la defensa llamada putativa, cuando no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el pretexto de legítima defensa.

Así si buscamos expresamente ser agredidos para vengarnos de secretos rencores y buscamos al individuo y hacemos que saque el arma para así conseguir el propósito de matarlo, no se puede decir que se ha realizado el hecho en legítima defensa, sino que será lo que llaman los expositores pretexto de

legítima defensa la cual no aprovecha al agente.

No se puede confundir este caso con el anterior, ya que los dos son esencialmente distintos, al paso que el simple-provocador no tiene intención de matar y luego mata para defenderse de la reacción del provocado, el otro obra dolosamente para obtener el resultado querido, que es el de dar la muerte a determinado individuo, víctima de sus reconres y usa de la provocación únicamente con el objeto de disfrazar sus intenciones, en este caso no se puede invocar la legítima defensa porque falta un elemento de ella.

29)- Necesidad de la defensa.- De acuerdo con el artículo 25 ya citado en su numeral 2º, para que haya legítima defensa se necesita que haya necesidad de defenderse o de defender a otro. Por tanto si existen otros medios para evitar el peligro y no se recurre a ellos, no puede sostenerse que la defensa sea legítima, por cuanto desaparece el requisito de la necesidad.

Este es un tema de los más trascendentales en esta causal de justificación. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad.

Por necesidad dice Maggiore que debe entenderse el "peligro inevitable". Pero lo inevitable debe entenderse de modo relativo no de modo absoluto por eso nuestro código no menciona lo inevitable del peligro en el numeral 2º como se lo hace al hablar del estado de necesidad. Lo inevitable debe referirse al peligro y no a los medios. Cuando el peligro es inevitable, la ley no exige que haga uso de otros medios antes de recurrir a la violencia. Además no puede obligar a recurrir a medios que degraden la personalidad moral, ya que cuando se trata de defender un derecho no se puede imponer al titular la observancia de una conducta indecorosa. Esta cuestión hay que considerarla con un criterio estrictamente humano.

Además es general el principio de si el agredido para defenderse de la agresión tiene otros medios distintos a la violencia, como el ruego, voces de auxilio etc., tiene que - - -

que no habría legítima defensa si recurre por ejemplo a dar la muerte a un individuo que se encuentra en su habitación, cuando bien podía sacarlo de un brazo.

Contra los antiguos y especialmente contra el derecho romano, que sostenía la obligación de la fuga, se ha declarado la doctrina moderna, casi unánimemente que la ley no puede imponer una vileza. Además hay que considerar el aspecto social, el agredido no está obligado a huir, no solo porque la ley no se lo manda a ser cobarde, sino por que su deber es defenderse de una agresión injusta para conservar su derecho.

En resumen: la necesidad debe ser requisito de la defensa, sin necesidad no puede hablarse de legítima defensa, esta necesidad debe interpretarse en relación a la imprescindibilidad del medio y a la cuantía del bien que se tutela.

La necesidad actúa como límite de la legítima defensa, esto no quiere decir únicamente que la agresión ha creado un estado de necesidad de defenderse, sino además que el medio que emplea el que se defiende debe ser el medio o la forma en que el peligro puede efectivamente evitarse, o ser la reacción que el sujeto podía racionalmente suponer que a tal efecto servía. Por eso la reacción tiene que dirigirse al agresor. La circunstancia de que un tercero resulte lesionado, deja subsistente la legítima defensa, solo cuando aquel resultado provenga del error no culpable de quien se defendió.

Si se cree por error, y sin culpa de parte del agente que corre un peligro actual del que es necesario defenderse, nos encontramos frente a la llamada defensa putativa, de la que trataré en otro lugar. Pero si el agente procede con culpa será responsable de delito culposos.

32)- Proporcionalidad entre la ofensa y la defensa.
De acuerdo con la misma disposición la defensa debe ser proporcionada a la agresión. Si no lo es, se incurre en responsabilidad penal por exceso en la defensa al tenor del artículo 27 del C.P. transcrito en otro lugar.

Este último requisito, constituye la línea de demarcación entre la defensa privada sin medida y sin ley. Es evidente que no podría hablarse de legítima defensa si alguno con exceso injustificado, respondiera por ejemplo, con un balazo a una bofetada, o castigara el hurto de un pan con una herida mortal.

La reacción debe ser proporcionada a la ofensa en los medios y en el grado.

El exceso en los medios usados turba la proporción requerida por la ley. Pero este examen debe hacerse en concreto. En otros términos, la comparación no debe hacerse entre los medios que el agredido empleó y los que no podía usar sino entre los que empleó y los que tenía a su alcance en el momento de la agresión. Si los que empleó eran los únicos que podía emplear en concreto no puede hablarse del exceso en la legítima defensa, cualquiera que fuere el mal ocasionado al agresor. Bien se puede disparar una pistola si no se tiene otra arma para defenderse con una cuchillada.

Todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta, y puede dar lugar a otra legítima defensa, pues en efecto concurren todos los elementos de ésta; aunque algunos nieguen esta posibilidad, al sostener que la excesiva reacción del agredido no es sino un desarrollo lógico de la injusta agresión originaria.

Puede suceder que para defender un bien propio superior se tenga que ofender un bien ajeno inferior; así para defender la propia persona, se puede violar, si es preciso, la propiedad ajena.

Según el artículo 27 del C.P. citado el exceso es castigado aunque la pena sea atenuada hasta poder aplicarse la condena condicional. En nuestra legislación la interpretación que corresponde dar a esta disposición es distinta a la que ocurre en otras legislaciones, en las que el artículo que consagra la circunstancia atenuante del exceso en la legítima defensa está consagrado en otros términos, que dan fundamento para que el hecho realizado en esas circunstancias se le dé el carácter de culposos. Entre estas legislaciones están la Italiana y la Argentina.

condiciones en que obra el agente al incurrir en exceso, y no -- las exigencias del artículo 80", tesis que es inaceptable y que -- no surge del mencionado texto, inciso 2º del artículo 27, sino -- como comprensiva de aquellas circunstancias que dan al hecho co- metido una menor gravedad ya sea por la naturaleza y modalidades de éste, por los motivos determinantes, por la personalidad del- procesado, sus antecedentes etc., es decir por todas estas condi- ciones que colocan al agente activo de la infracción en circuns- tancias especiales de favorabilidad y que no son otras que las -- que se enumeran en el artículo 80 de la ley penal, con exclusión del requisito de la pena, que en vez de ser de arresto o prisión en la medida señalada por esa disposición puede ser para ese ca- so especial, de presidio. Por lo tanto en el caso de exceso de -- legítima defensa, puede haber lugar al otorgamiento de la conde- na condicional, aunque la sanción principal sea de presidio, siam- pre que se cumplan los demás requisitos exigidos por el menciona- do artículo 80".

DEFENSA DE TERCEROS

Nuestra legislación no solo reconoce la autodefensa, -- sino que dada una situación de peligro determinado por una agre- sión injusta autoriza a cualquiera a intervenir en apoyo del ne- cesitado. Las condiciones de esta defensa son exactamente las -- mismas que el código exige para la defensa propia. No se refiere solamente a la persona, sino también al honor o a los bienes; de- be mediar agresión injusta, actual y la defensa debe ser necesar- ia y proporcionada a la agresión.

En algunas legislaciones hablan de defensa del pariente y del extraño pero nuestro código no reduce la defensa de terce- ros a los parientes sino que habla de defensa de otro, es decir, puede ser un extraño cualquiera.

LOS BIENES QUE PUEDEN DEFENDERSE

Los bienes que pueden defenderse reaccionando legítima- mente son; los que se concretan en la persona, que no solo se re- fieren a la vida, porque la expresión "violencia contra la persona"

que emplea el código comprende no solo el poder conservar la existencia, sino la integridad físico-química como es obvio. Es decir, la legítima defensa tiende no solo a evitar la muerte, sino a rechazar toda agresión o repeler todo peligro que pueda perturbar el normal e integral funcionamiento del organismo.

Los bienes materiales o tangibles como todos los de orden patrimonial pueden ser defendibles, como ya anoté en otro lugar.

En cuanto a la legítima defensa del honor se han presentado algunas dificultades, ya por el diverso concepto que de él se tiene, ya por que es muy difícil que se reúnan las condiciones exigidas para que haya legítima defensa y aún más por la errónea interpretación de nuestras disposiciones legales. Por tanto expondré algunos conceptos sobre lo que debe entenderse por honor.

En su tratado de Derecho Penal Sebastian Soler dice lo siguiente:

"En esta tarea de determinar un concepto jurídico no podemos proceder, naturalmente, sino extrayendo tal concepto de normas jurídicas por vía de inducción y síntesis. Puede ocurrir que aquello que social, vulgar o caballerescamente lleva el mismo nombre, no coincida en forma exacta con el objeto que el derecho entiende proteger. La determinación de ese concepto jurídico, por otra parte se hace necesaria, no solo porque puede existir una diferencia entre la extensión o la comprensión de ambas nociones, sino por que el derecho necesita operar con conceptos claros y distintos, y de inmediato se observa que la idea corriente del honor presenta una acusada imprecisión y límites muy borrosos.

Desde luego el concepto del honor tanto en sentido vulgar como en sentido jurídico, hace una genérica referencia a la valoración integral de una persona en sus relaciones ético-sociales. Esa valoración asume muy diversos aspectos.

El concepto subjetivo del honor. - El honor puede ser considerado, en primer lugar, como una autovaloración, esto es-

como el aprecio de la propia dignidad, como el juicio que cada cual tiene de sí mismo en cuanto a sujeto de relaciones ético-sociales. En este sentido se dice que un sujeto tiene o no aprecio de sí mismo; se siente o no se siente honrado o deshonrado. Este concepto subjetivo del honor, como valoración, presenta sin embargo una particularidad: la de que solo formalmente puede concebirse en él esa bipolaridad perfecta que caracteriza a los valores. Apenas es concebible en efecto que un sujeto haga de sí mismo una valoración totalmente reprobatoria; que no tenga aprecio de su personalidad, como síntesis total de la propia existencia. Puede, en efecto, suponerse que un sujeto se considere a sí mismo deshonrado por un determinado modo de conducta propia; pero aún entonces, bajo forma negativa de responsabilidad ante el propio ser auténtico, indudablemente se manifiesta un concepto del honor en el solo hecho de reconocer que esa acción no era la que personalmente se debió ejecutar; intimamente el sujeto se siente dueño de una personalidad honrada a la que él ha sido infiel en una oportunidad. En este sentido se dice y con verdad, que hasta el más degradado de los hombres tiene algún concepto del propio honor.

Como expresión de la gran disparidad de criterios relativos al honor, debemos ya señalar que para algunos autores antes en este tema debemos ya señalar que para algunos autores este concepto del honor carece casi absolutamente de valor ante la ley. Así para Von Liszt, el honor, en sentido jurídico, no es ese valor interno del hombre, invulnerable por las acciones de terceros, sino la valoración de que el hombre es objeto por parte de otros; es el aprecio en el juicio de los coasociados.

Garrara considera el honor como connatural a la persona humana, independientemente de la condición de ciudadano y así dice: "Para afirmar que nuestro honor es el objeto de un derecho inherente a nuestra personalidad y que tal derecho no debe impunemente ser conculcado, basta poder presentarse como individuo perteneciente al género humano".

Siguiendo a Soler en su exposición: En este sentido confunde grandemente las cosas Florian, al tratar este problema como genesis del sentimiento del honor, en lo cual, claro está,

ha de llegar a la conclusión de que el honor tiene siempre carácter social. Esto es obvio si se tiene presente que el honor es un sentimiento complejo y referido a la persona, ser necesariamente social,...."

Concepto objetivo.- "Pero se llama también honor a la valoración que otros hacen a la personalidad ético-social de un sujeto, y es en este aspecto en el que se hace necesario distinguir varias formas. En realidad la triple distinción que hace - Beling por ejemplo, es totalmente referible al concepto objetivo, porque en este sentido es posible señalar algunas discrepancias entre lo que los hombres piensan realmente de un sujeto y lo que deben pensar. La valoración que de hecho hacen los hombres del honor de otro, cuando asume forma positiva, constituye propiamente un bien jurídico tutelado, porque es una de las --- fuentes de mayor satisfacción del hombre el saberse honrado por los demás. Carrara subraya incluso el valor económico de este - bien, al señalar la potencia inherente a una buena reputación - para procurar ciertas ventajas materiales.

Pero esa valoración social a diferencia de la valoración subjetiva, puede asumir una forma negativa, es decir, un - sujeto independientemente de que sea o no sea realmente honorable, puede ser tenido por un sujeto deshonesto".

El interés social.- "En ambas situaciones sin embargo, debe tenerse en cuenta también la relación que esos juicios sociales reales guardan con la valoración debida, según el orden jurídico porque es posible que un sujeto sea tenido por honrado sin serlo, y viceversa, que todos crean equivocadamente en su deshonor. En este último aspecto, es preciso tener en cuenta la relación que esos juicios guardan con el interés social, que puede existir en el mantenimiento de uno u otro concepto, porque la tutela social del honor no es indistinta, indiferenciada o igual en todos los casos.

Frente al interés de los individuos en disfrutar de - las ventajas del concepto social del honor se encuentra la realidad del comportamiento del individuo, que puede estar en tan-

considerable discrepancia con aquel juicio que el derecho no tenga interés ninguno en la tutela de un honor totalmente infundado, porque frente a este interés es posible que prevalezca el interés social en desenmascarar al inocente.

El límite formal al interés del Estado en la tutela del honor puede ser más o menos amplio. En general podrá decirse que la distinción entre los sistemas legislativos está en el carácter decisivo o no decisivo que se acuerde a la verdad. Es posible en efecto no considerar en ningún caso digno de tutela el honor sino en la exacta medida en que esa valoración corresponda a la verdad: Frente al interés general del individuo de que su fama no sea objeto de censuras perjudiciales de parte de simples particulares, se declara la prioridad del interés social de que el deshonesto sea señalado....."

Ernest von Beling dice al respecto:

"Honor es la valoración social estimativa. Ese valor depende de dos componentes: en primer lugar, de la esfera de deberes de la persona y luego del comportamiento de esa persona con respecto a esos deberes. Conforme al contenido de estas dos premisas, puede distinguirse:

a)- La valoración real (jurídica) del honor de una persona, dependiente de su real comportamiento en relación a sus obligaciones;

b)- La valoración hipotética del honor dependiente de la esfera de deberes como tal, prescindiendo de que el sujeto se comporte conforme a esos deberes;

c)- La valoración de hecho del honor, ello es, la real apreciación en el círculo de los conciudadanos, dependiente del conocimiento o la creencia de estos acerca del comportamiento de la persona.

La valoración real fija el límite hasta el cual puede llegar la tutela jurídica. Solo las acciones que no se adecúan a ese valor pueden ser antijurídicas".

Por los conceptos expuestos anteriormente vemos que el honor es un bien inherente a la persona y por tanto defendible - de una agresión injusta es decir de un ataque antijurídico, de -

un hecho ilícito, de un delito jurídicamente hablando. Esto es evidente y así en todas las legislaciones se encuentran reglamentados en la parte especial del código penal los delitos contra el honor, entre los cuales figuran, la injuria, calumnia y los delitos contra la libertad y el honor sexuales. Nuestro código trata en capítulo separado de los delitos contra la libertad y el honor sexuales.

El honor, ya se lo tome en sentido subjetivo, ya en sentido objetivo o social, es indiscutible que tiene que ser respetado y las ofensas injustas dirigidas contra esta parte del patrimonio moral de todo individuo pueden ser repelidas legítimamente por el agredido.

La ley tutela el honor ya sea en sentido subjetivo ya en sentido objetivo, tomando como límite el honor en este último sentido o sea su real comportamiento en relación con sus obligaciones. Una protección ilimitada del honor subjetivo llevaría las cosas demasiado lejos. En todo caso en la legítima defensa del honor, como en la de los otros bienes, hay que tener en cuenta los elementos constitutivos de ésta, es decir, la injusticia de la agresión, la inminencia del peligro, la necesidad de defenderse etc. Así por ejemplo puede ocurrir la legítima defensa del honor cuando una mujer hiere o mata a quien pretende violarla o atentar contra su pudor, o como cuando alguien sabedor de que se le va a infamar en público impide oportunamente la difamación.

En cuanto a las injurias de palabra o de obra sucede que cuando se reacciona ya el agravio está consumado y la reacción no será para impedir la injuria sino para vengarla. Por esto está consagrada en el artículo 28 del código penal la atenuación de la responsabilidad y las sanciones para que el obra en estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, porque ese es el fenómeno que de ordinario se presenta.

Ahora es preciso examinar si la muerte dada por un conyuge a otro sorprendido en in fraganti delito de adulterio, puede o no constituir legítima defensa.

Especial comentario al artículo 382 del Código Penal.

El artículo 382 del C.P. establece lo siguiente:

"Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por conyuge, padre o madre, hermana o hermano contra el conyuge, la hija o la hermana de vida honesta a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aún cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal.

Cuando las circunstancias del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a éste el perdón judicial y aún eximirsele de responsabilidad".

Los dos primeros incisos de esta disposición no tienen importancia para el análisis que pretendo hacer con relación a la legítima defensa. Solo me ocuparé del inciso 3º.

Este inciso establece una mayor atenuación de la responsabilidad cuando las circunstancias especiales del hecho realizado por las personas y en las condiciones previstas en los dos primeros incisos, demuestran una menor peligrosidad en el agente, atenuación que puede llegar hasta el perdón judicial. Pero luego la misma disposición, establece que en ciertos casos puede eximirse de responsabilidad al autor del homicidio o de las lesiones contempladas en la misma disposición.

Esta última parte de la disposición es la que ha originado dificultades de interpretación, y para solucionar tales dificultades han surgido diversas tesis entre los penalistas.

Algunos han pretendido ver en esta disposición la misma causal de justificación consignada en el artículo 25 en el numeral 2º que hace relación a la legítima defensa del honor, es decir se aplica al caso la norma general de la legítima defensa y no la especial en la que se atenúa la pena y se faculta al juez para aplicar el perdón judicial y aún eximirsele de - - -

responsabilidad.

Otros sostienen que en esta disposición no existe propiamente una causal de justificación, sino que ven en ella un motivo de perdón judicial, pero solamente para aquellos casos en que la ofensa a la dignidad del marido es tan grande, tan patente, tan flagrante, que la condena vendría a chocar contra sentimientos fundamentales de la vida social.

Otros, como lo hizo el Tribunal de Bogotá en jurisprudencia de hace algunos años, sostiene que la eximente de la responsabilidad contemplada por el inciso 3º del artículo 382 constituye una causal de justificación distinta a la que se funda en la legítima defensa del honor de que trata el artículo 25 del C.P. Dicha causal sería de carácter sui generis y tendría como base las circunstancias especiales del hecho indicadores de poca peligrosidad en el agente.

En relación con la primera tesis no es admisible por cuanto los casos contemplados por el artículo 382 no pueden confundirse con la legítima defensa del honor consagrada por el artículo 25 del C.P.º por cuanto no se reunirían los requisitos esenciales de la legítima defensa. Por otra parte el pensamiento del legislador fué bien distinto al establecer el artículo 382 - del que prevaleció para la disposición que consagra la legítima defensa, al paso que en esta última estableció entre las causas de justificación la necesidad de defenderse o de defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona sus bienes o su honor, en aquella establece una responsabilidad atenuada para ciertos delitos originados en una reacción, responsabilidad que puede desaparecer en ciertos casos debido a la poca peligrosidad del sujeto activo.

Muy claramente expresó la Comisión redactora del Código su pensamiento de reaccionar contra el criterio de que el honor se lava matando, cosa muy discutible sobre todo en países como el nuestro en donde la pena de muerte no existe y conferirle al ofendido la facultad de juez y verdugo, como sostiene Garófaló en el conocido capítulo de su Criminalología de "los maridos-

que matan", que se agregó a los trabajos preparatorios del código.

La tesis de la legítima defensa del honor en que obra el marido que mata a su mujer que le ha sido infiel es rechazada por injusta y por inmoral por ilustres maestros del derecho penal como Garófalo, por ejemplo, para quien es anómalo suprimir la pena de muerte para el asesino y conservarla para la mujer -- adúltera dándole la facultad de ser el marido a la vez juez y verdugo.

No es posible admitir que constituya un ataque al honor del marido la conducta de la mujer y del que yace con ella. El honor está en nosotros y no en los actos ajenos. Será la mujer quien se deshonre pero no el marido. No se puede hablar en estos casos de agresión ilegítima porque el agravio ya está realizado y no habría ningún bien jurídico que defender. Incluso en aquellos códigos como el de Uruguay y de Chile en donde aparece la acción homicida del cónyuge contra la adúltera como eximente no podría valuararse como legítima defensa, porque se exige al cónyuge en tales casos por justo dolor pero no por legítima defensa del honor.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho: "La vida honesta de que habla el código no hay que entenderla en el sentido de que la cónyuge, hija o hermana no esté faltando, sino en el de que el marido, padre o hermano consideren que es honrada, que no sepa, si se trata del marido, que ella le es infiel, y que ésta por su parte cumpla como esposa, padre o hermana con sus deberes hogareños".

Luego no es admisible la legítima defensa en aquellos casos en que los hombres después de tener conocimiento de la burda a la cual los somete la mujer, después de tolerarla, y aún más de aprovecharse de ella, un día reaccionando por vanidad por aparecer ante la sociedad como celosos de una dignidad que hace tiempo la perdieron. Estos no solamente no pueden alegar legítima defensa, ni tampoco el eximente establecido en el artículo 382 del C.P. sino que estos están en los confines de la más grave delincuencia que son como dice Sighef contrabandistas de la

moral, ya que reaccionan por cualquier motivo ajeno a la moral y al honor.

El Doctor Gutiérrez Anzola por su parte interpreta la disposición citada en el sentido de que debe considerarse inoperante la eximente de la responsabilidad y que la mayor benignidad a que puede llegar el juzgador es aplicar el perdón judicial. Basa su tesis el autor citado en las circunstancias de que, según él, el pensamiento de la Comisión Redactora del Código Penal tuvo en miras el establecimiento de un simple eximente de pena, es decir de un tratamiento análogo al establecido en otros artículos del código penal como el 322 y el 346, y no la justificación del hecho; pero que como dicha medida no está expresada en debida forma, concluye el doctor Gutiérrez Anzola, lo más acertado es considerar inoperante en el artículo 382 las palabras "y aún eximirseles de responsabilidad".

Sostiene sus puntos de vista en la siguiente forma: "El pensamiento de la Comisión Redactora fué el de optar en los casos de mayor benignidad del artículo 382, por una medida aún más lenitiva que el perdón judicial, cual es la exención de la penalidad, como se hizo para los casos de estupro y calumnia (artículos 339 y 322). Así fué presentada por el doctor Escallón la penencia de su artículo, según consta en las actas: "en consideración al artículo 16, Capítulo III.- Disposiciones comunes a los capítulos anteriores, del proyecto del doctor Escallón que dice:

"Artículo 16.- No hay lugar a imposición de pena si el homicidio o las lesiones personales se cometen por el cónyuge, ascendiente, hermano o hermana, contra el cónyuge, descendiente o hermana que viva honradamente a su lado o contra el copartícipe en el acto de sorprenderlos in fraganti adulterio o ilegítimo connubio".

Posteriormente al proponerse los artículos, sustituyendo ya se incluye la nueva frase que habla de exención de responsabilidad, pero que sin que sobre ese fenómeno se suscitara el más mínimo debate, lo que autoriza pensar que en la exención de responsabilidad solo se quiso expresar el efecto práctico de ---

esa noción jurídica, o sea , la no imposición de pena.-

De tal manera que interpretando el jurídico querer de la Comisión y del Legislador, la frase "eximir de responsabilidad" que tanto se ha mencionado solo significa eximir de pena. - Pero como al mismo tiempo no podría aplicarse ésta medida porque no está formalmente expresada, la actitud mas sensata ante la -- aparente contradicción del Código es la de hacer inoperante la -- exención de responsabilidad aque se refiere el artículo 382, y -- aplicar en el caso de mayor benignidad contemplada por la disposición, la medida del perdón judicial".

Esta tesis no es aceptable por varias razones:

En primer lugar el argumento del Doctor Gutierrez Anze la de que la Comisión redactora lo que quiso fué establecer la -- exención de pena porque la ponencia del Doctor Escallon así lo -- contenía, se puede refutar facilmente. Si la fórmula primitiva -- fue la de establecer la exención de pena y luego la definitiva y la que adoptó el legislador fué la de establecer la exención de -- responsabilidad, con la cual se cambió el significado de la disposición, es porque el legislador adoptó un criterio distinto al de la formula primitiva, y por consiguiente su voluntad de modificar la ponencia del Doctor Escallon. De modo que el cambio de redacción en las fórmulas es un indicio fundado del cambio de -- pensamiento de la misma, y no se puede tratar de interpretar la fórmula vigente en el sentido de que en ella se quiso decir lo -- que decía la fórmula primitiva que fué modificada.

Además, no parece lógico que el autor de la tesis en -- cuestión, admita la exención de pena como la verdadera y recta -- voluntad del legislador pero que, por no estar formalmente expresada en la disposición, sostenga que no pueda tener aplicación; -- y al mismo tiempo dice que debe mirarse inoperante la frase exención de responsabilidad, que si está expresada en el artículo -- mencionado, es decir que el doctor Gutierrez Angola asume una -- actitud contradictoria.

Ademas analizando la voluntad de los redactores del código no fué su pensamiento el que expresa el Doctor Gutierrez-Anzola, ni menos establecer una causal de justificación igual a la mencionada en el artículo 25 que habla de la legitima defensa del honor.

Respecto a la legitima defensa del honor se expresa así el Tribunal de Bogotá:

a)- El código vigente al establecer como motivos de justificación la legitima defensa del honor, no quiso comprender en ella lo que socialmente se denomina deshonor, o deshonra por adulterio de la mujer o amancebamiento del marido;

b)- En relación con la mujer, en el concepto de defensa del honor está comprendido el del pudor, cuando la agresión acarrea un peligro de violación;

c)- En relación con el hombre el concepto de defensa del honor mira siempre al patrimonio moral subjetivo al derecho de preservarlo de toda clase de calumnias. En todo caso en la defensa del honor, o pudor, para que se legitime, deben concurrir los requisitos esenciales, necesarios y generales de esta figura jurídica; es decir: a)- agresión ilegítima; b)- necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y c)- falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. La agresión no solo debe ser ilegítima o injusta sino actual; la defensa debe ser necesaria y proporcionada a la agresión.

"El legislador al disminuir las penas en los delitos cometidos por las causas contempladas en el artículo 382 del Código Penal, los consideró con cierto grado de atenuación, pero no catalogó dichos actos entre los ejecutados en legitima defensa - del honor, porque es claro que con matar a cualquiera de las personas mencionadas en la disposición citada, no se vuelve a la honestidad a la mujer infiel, ni a la hija ni a la hermana, y el honor mancillado no vuelve a su estado primitivo. La legitima defensa tiene por objeto que la agresión injusta cumpla su cometido, o sea que el agresor no pueda matar, ni mancillar el honor,

ni apoderarse de los bienes de la persona contra quien dirige -- la agresión injusta; quien se defiende obra para dejar incólume su integridad personal o la de otra persona, o su honor o sus -- bienes; el fin de la acción es evitar el daño que injustamente -- se quiere causar. Y no está en este caso el que mata a la mujer -- que con su infidelidad ha harido su propia dignidad o destrozado su honra, porque con esto no se lava la mancha ni se recobra el bien perdido, ni se evita el daño ya consumado. Ni lo está el -- que mata al que ha tenido relaciones carnales con su mujer, por tratarse de hechos cumplidos, y porque no se repara un daño, causando otro mayor. Y si la ley aminora la pena de acuerdo con la mencionada disposición, es porque considera al culpable víctima de la pasión de los celos, de la ira, del intenso dolor, o de -- otra causa semejante. Y si la ley sanciona estos hechos como delitos, mal podría considerarlos como cometidos en legítima defensa, porque eso sería la violación completa del principio de consuetudine -- tradición ya que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo". ("Justicia", t. 12, nums. 131 a 135).

Por tanto se concluye, que no existe la legítima defensa del honor cuando el homicidio se lleva a cabo después de realizarse el acto que lesiona el bien injustamente atacado. Es injusto desde todo punto de vista que dentro de la legítima defensa del honor estén comprendidos aquellos actos ejecutados por el ofendido después de llevarse a término la agresión, porque falta el requisito de actualidad que es indispensable en la legítima defensa y se convierten automáticamente en hechos de venganza.

El Tribunal de Bogotá en un fallo citado por el Doctor Gutierrez Anzola expone su tesis en la forma siguiente:

"El inciso 3º del artículo 382, establece que cuando -- las circunstancias especiales del hecho demuestran una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a este el perdón judicial y aún eximirlo de responsabilidad. Este inciso es una verdadera exención a lo establecido en los dos incisos anteriores, en los que se fija una pena para los que ejecutan el homicidio o las lesiones en las circunstancias del hecho que demuestran una menor peligrosidad en sus autores. De tal suerte que, --

para que se pueda otorgar el perdón judicial en los casos del -- artículo que se analiza y aún eximir de responsabilidad a sus ejecutores, debe examinarse el hecho en todas las circunstancias -- que acompañaron su "perpetración" y también la personalidad del agente para deducir de ese estudio, si la situación jurídica del procesado, es favorable o no al otorgamiento de dicha gracia o a eximirlo de responsabilidad.

El perdón judicial, de acuerdo con conocidas disposiciones de los códigos procedimental y penal vigentes, solo puede decretarse en la sentencia, en cambio las exenciones de responsabilidad deben valorarse y decretarse, si fuere el caso, al calificar el negocio en el fondo pues carecería de finalidad adelantar un juicio penal con la mira de exigir una responsabilidad que no existe, o mejor, exigir responsabilidad por un hecho que por las circunstancias en que se ejecutó no está catalogado como delito en la ley penal.

Es verdad como ya se ha dicho, que en los casos del -- artículo 382 no se trata de ninguna de las exenciones de responsabilidad que contempla la ley penal en los artículos 23, 24, 25, solo de acuerdo con el pensamiento de quienes prepararon esa disposición, que posteriormente fué consagrada como precepto penal, cuando las circunstancias especiales del hecho demuestran una menor peligrosidad en su autor que le puede eximir de responsabilidad. Es decir, que el legislador consagró para ciertos casos de los mencionados en el citado artículo, una eximente especial de responsabilidad, no por estructurarse jurídicamente y legalmente la legítima defensa del honor, sino en atención a los motivos determinantes del hecho ya que se trata de reaccionar contra una ofensa hecha al honor. Hay también en este caso la inexistencia del delito, y entonces, la exención de responsabilidad, corresponde decretarla, si a ello hubiere lugar, al calificar el negocio en el fondo, como ocurre con las demás eximentes consagradas en la parte general de la ley penal".

La tesis del Tribunal de Bogotá es la que mas se aproxima a la recta interpretación de la ley penal, es verdad que el -- artículo 382 no puede contemplar un caso de legítima defensa del

honor y menos una causal de justificación igual a la contemplada por el artículo 25, pero tampoco se puede admitir que dicho artículo consagra una causal de justificación especial sui generis, puesto que establece para el que lesiona o mata a la mujer conyuge, hija, hermana, madre a quienes sorprendió en ilegítimo acceso carnal, y cuando las circunstancias especiales del hecho demuestran una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a éste el perdón judicial y aún eximirse de responsabilidad. Pero para perdonar se necesita condenar, y para eximir de responsabilidad se necesita ésta no se puede decir que no exista la responsabilidad. Por tanto tales personas no son consideradas por la ley como exentas de pena, sino merecedoras de ella por las circunstancias especiales del hecho que demuestran una menor peligrosidad en el responsable. Además la disposición habla también de que el sujeto que obró en dichas circunstancias demuestra una menor peligrosidad, no de ninguna peligrosidad en el autor del hecho, por lo cual no puede existir la causal de justificación especial del hecho.

El mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en providencia de Marzo 3 de 1.956 expone en forma magistral la tesis de la inexistencia de la legítima defensa del honor en el caso de uxoricidio por adulterio.

Para la mejor ilustración transcribiré algunos apartes de dicha sentencia:

"No es aceptable por varios respectos, la teoría según la cual, luego de consumada la ofensa, en estos casos de honor, es justificable el homicidio como medida de defensa del honor lesionado. La lesión ya se produjo, y si se considera que la sociedad exige del ofendido que mate, no puede estarse afirmando al mismo tiempo que se trate de defender, sino a lo sumo de lavar el honor quitando la mancha mediante la sangre del ofensor. En último análisis, dentro de esta concepción que exige el homicidio como condición de la sociedad para que el ofendido pueda seguir siendo hombre de honor, la responsabilidad no podría situarse en éste jamás, sino en aquella la sociedad, con efecto, sería la que

armara el brazo del ofendido y la impulsara por modo imperativo, a eliminar a su contrario, y, por ende, la que debiera responder del homicidio, cosa rechazable por sí misma, y primera consecuencia que se deriva de la interpretación dada a los hechos por el veredicto. Recuerde que en todo tiempo y lugar, siempre se ha hablado para casos semejantes de "vengar el honor", "lavar la mancha", pero jamás de defender el honor, si no es en determinados momentos judiciales, por acomodación de los hechos a normas legales que se consideraran desde luego favorables a los procesados. Estas locuciones corrientes son precisamente la medida exacta del sentir común para el cual no cabe la confusión entre el pretérito ya consumado y el momento mismo de los hechos vindicativos.

"En definitiva, se mata o hiere para que la ofensa no se consume, no porque se haya consumado, cuando se trata de defender legítimamente el honor,....."

En resumen los argumentos sostenidos por el Tribunal de Bogotá en la providencia citada son los siguientes:

"La privación de la vida humana como medida de la defensa del honor lesionado es absolutamente injustificada, tanto a la luz del sentir común de la sociedad, como a la luz del Código Penal, cuyas normas desvertebraría el concepto contrario. Consideran el homicidio como condición de la sociedad, para que el presunto ofendido pueda seguir siendo hombre de honor, es tanto como estimar que es la sociedad la que arma el brazo del homicida; para terminar finalmente colocando dicha sociedad como sujeto responsable.- Las locuciones "vengar el honor", y "lavar la mancha", son precisamente las que dan la medida exacta del sentir común, el cual en ningún caso, llega a confundir la acción pretérita con el momento mismo de los hechos vindicativos. La defensa debe anteceder siempre a la consumación del hecho lesivo del honor; de lo contrario se caería fatalmente en el terreno escueto de la vindicta privada o de la modificación de la acción por el simple impulso de pasiones como la ira y otras semejantes. Por consiguiente la ofensa consumada, por grave que se la considere, no puede nunca servir de base de causal de justificación,

dentro de la legítima defensa del honor. Para que pueda hablarse de legítima defensa, es presupuesto indispensable, que el agente no haya podido recurrir a la autoridad para impedir la consumación del atropello. La imposibilidad de recurrir a la justicia, se da cuando los hechos no se han consumado, precisamente porque se considera que una vez consumados, aquella intervención del poder público tiene que tomar otro cariz, esto, es sanción para el agresor por el hecho consumado; no medida preventiva para que se evite el mal temido. Si bien en cuestiones de honor nadie es más indicado que la sociedad, a través del jurado popular, como representante suyo, para juzgar si un procesado obró acorde con el concepto que esa misma sociedad tiene del honor; los jueces de derecho dejan de ejercer una facultad y de cumplir con una obligación imperativamente impuesta por la ley, cuando aceptan en todas sus consecuencias un veredicto pronunciado por el jurado, aunque sea unánime, sin entrar a considerar si este se encuentra acorde o reñido con la realidad procesal.

Esta tesis del Tribunal de Bogotá cuyos conceptos acaba de transcribir es la que se ajusta a una recta interpretación de la ley penal, tienen como fundamento los principios de la defensa social y el sentir de la misma sociedad en casos como los contemplados por el artículo 382 del Código Penal, y además la verdadera interpretación de la figura jurídica de la legítima defensa.

También interesa considerar la legítima defensa de la honestidad.

La palabra honestidad tiene según el Diccionario de la Academia Española, el siguiente significado:

Decencia y moderación en la persona, costumbre y palabras, recato, pudor, compostura, decoro modestia.

El código incluye en los delitos contra la libertad y el honor sexuales la violación carnal, el estupro, de los abusos deshonestos, de la corrupción de menores etc. En esta enunciación el adulterio no es considerado como un delito contra la

honestidad, ni siquiera es considerado como delito dentro de nuestra legislación.

Teniendo en cuenta el concepto que el diccionario de la lengua atribuye al término honestidad y la calificación que hace la ley, se podría preguntar si el bien jurídico amparado es únicamente la honestidad y si aquella persona que la ha perdido, quedaría excluida de la defensa legal. Pero vemos en nuestro código que califica en forma genérica los delitos contra la libertad y el honor sexual, y por tanto el bien tutelado es la libertad sexual, no únicamente la honestidad de las personas, ni la inviolabilidad del pudor ni la integridad del sexo. Cualquiera puede disponer a su albedrío de su cuerpo, para elegir tanto la persona como el -- placer.

Por tanto se puede concluir:

12)- Toda persona puede repeler por sus propios medios, cualquier ataque que se dirija a su honestidad, si su honestidad está en peligro, sino hay otra manera de defenderla;

2a)- Toda persona sea o no honesta, puede defender igualmente su libertad sexual, contra un invasor injusto, y mediante todas las circunstancias que configuran la legítima defensa.

Si una mujer deshonesta pública y notoriamente deshonestamente, se ve notoriamente atacada por un hombre que quiera abusar sexualmente de ella, puede reaccionar para defenderse contra ese ataque y habrá obrado en legítima defensa.

Hay aquí un ataque contra un bien jurídico, que autoriza la defensa consiguiente; y quien se defiende de ese ataque debe considerarse que obró en legítima defensa.

CLASIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA

Se puede hacer la siguiente clasificación de la legítima defensa:

1a)- Legítima defensa real.- Técnicamente esta es la que corresponde en su esencia al verdadero concepto de legítima defensa. Esta es la legítima defensa de carácter objetivo, es decir la que reúne todos los elementos analizados anteriormente. Lo que es lo mismo cuando el individuo reacciona ante una violencia actual e injusta que existe realmente, objetivamente. Es el derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro de ser lesionado por la agresión injusta de otro, la urgencia de defender el patrimonio material y moral, obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción.

2a)- Legítima defensa presunta.- El inciso 2a del artículo 25 del Código Penal establece lo siguiente:

"Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral el que durante la noche rechaza al que escala o fractura la cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia".

Esta disposición establece una presunción de que se encuentra en la necesidad de defenderse aquel que durante la noche rechaza a quien escala las puertas o ventanas de su casa de habitación etc.

Esta forma especial de legítima defensa del patrimonio ha sido objeto de críticas por parte de algunos tratadistas como Jiménez de Asúa que al comentar una disposición análoga a la nuestra en el Código Venezolano, dice: "Ha incidido en el error de otros muchos códigos como el Argentino, Colombiano, Ecuatoriano, etc., de establecer una especie de presunción de legítima defensa en caso de ataque a los bienes o de asalto a nuestras casas, en ciertas circunstancias que la ley enumera....."

Se impone la total supresión de este inciso. No hay hoy motivos para mantenerlo. Era muy lógico que en las partidas del siglo XIII, se estableciera esta ficción de legítima defensa. ---

Las ciudades y los campos eran inseguros y la autoridad no podía recurrir inmediatamente en auxilio del atacado. Hoy los códigos que mantienen tal disposición, dan la apariencia de que en sus países todavía se vive como en la edad media".

Es verdad que este caso de legítima defensa existió en el derecho romano y de allí fué copiado y ya las Partidas consideraron la legítima defensa para el caso del que mata al ladrón nocturno o cuando se resistiese con armas, pero al mismo tiempo se dice que los romanos procedieron en consideración al peligro personal y no al peligro de los bienes. Otros piensan que este caso de la muerte del ladrón nocturno entra dentro de los límites de la defensa de la propia vida por el peligro de que el propietario llegue a ser matado por el ladrón y más bien forme parte del numeral 2º para todos los efectos y en cuanto a la prueba de los elementos de la legítima defensa.

El Código Penal Francés contiene una disposición análoga a la de nuestro código y establece una presunción a favor de la cosa atacada, del bien jurídico llamado hogar o casa de habitación. Basta el hecho de atacar o fracturar puertas y ventanas, o muros o entradas, para que el rechazo se considere como legítima defensa.

Algunos Códigos de Alemania, son muy liberales en eximir de toda responsabilidad por la muerte del ladrón que atenta contra la propiedad.

La especial provisión contenida en la disposición citada no puede conducir al error de que solo se refiere a la defensa nocturna de la propiedad y que quedan excluidos los demás bienes, ya que el objeto de la disposición es de crear una presunción, según la cual concurriendo las circunstancias enumeradas en el numeral 2º del artículo 25 se presumirá que se encuentran reunidas las condiciones de la legítima defensa ordinaria, o sea, que la violencia sea injusta, actual y la defensa necesaria.

Con esta norma se reconoce un privilegio, ya que se justifica "cualquier daño ocasionado al agresor", incluso la ---

muerte, ya que cuando medie nocturnidad, escalamiento o fractura, lo que se presume legalmente es el peligro.

El fin práctico de la presunción contenida en este numeral es hacer inútil la probanza de las condiciones actuales de la legítima defensa a favor del acusado, reemplazándola por la de los hechos mismos sobre los cuales la presunción se funda, es decir que por una inversión de las reglas generales, es a la acusación a la que corresponderá establecer, si desea obtener una condenación, que las condiciones de la legítima defensa no existen.

Esta disposición indica la calidad excepcional que el legislador ha querido establecer cuando de la defensa del hogar se trata, llegando hasta declarar cesante la proporcionalidad a la legítima defensa ordinaria. No importa el daño ocasionado al agresor, es decir, no importa que la reacción se acomode o no a la gravedad o lenidad de los ataques contra la casa de habitación. Basta el hecho en sí para que el habitante esté relevado de toda prueba sobre la existencia de los elementos ordinarios de la legítima defensa.

Consecuencia natural de la disposición comentada es el que la ley ha querido prescindir de lo que es ordinario en la legítima defensa solo por tratarse de la casa de habitación. Si así no fuera la aclaración del numeral 2º sobraría por cuanto ya en el mismo numeral se encuentra establecida la legítima defensa de los bienes en general. Y como la casa en donde vivimos es un bien, quiere decir que el hogar es un bien protegido en forma privilegiada. Además en la legítima defensa ordinaria la proporcionalidad existe en los medios empleados por el atacado para repeler la agresión, aquí esta proporcionalidad desaparece para considerar únicamente el hecho de atacar la habitación por la noche y la reacción del atacado, que solo está condicionada por las circunstancias de que el ataque sea por la noche y que sea en la habitación o en sus dependencias.

Para que la presunción de la legítima defensa se cumpla con relación al ataque nocturno se necesitan en resumen los--

requisitos siguientes:

a)- Violencia de una persona por escalamiento o rotura de cercas, puertas o ventanas. Condición que se explica con su solo enunciado, pues para que haya defensa se necesita que haya una fuerza, una violencia que haya de repelerla;

b)- La violencia tiene que ser por la noche. Condición que es de suma importancia, pues que todo se puede temer de quien se introduce por la noche en una casa de habitación y esta la razón para defenderse por todos los medios contra semejante agresión. Pero si el autor del homicidio si se ha llegado hasta la realización de éste, conoce las intenciones del que se introduce en su casa, y no tiene temor ninguno para sí ni para su familia, ni para sus bienes, no puede ampararse en la legítima defensa, aunque es difícil establecer esta circunstancia. Pero si no se conocen las intenciones del individuo desconocido, la dificultad de obtener socorro, y el temor natural ante el peligro, justifica la legítima defensa y ha llevado a la ley a autorizar una resistencia ilimitada, cualesquiera que sean las circunstancias;

c)- Para penetrar a una casa de habitación o sus dependencias, pues no cabe hacer la misma suposición de peligro en quien penetra por la fuerza en un lugar no destinado a habitación. Puede haber legítima defensa en este último caso pero no presunta.

La disposición también contiene el siguiente supuesto, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí o que el extraño oponga resistencia".

La jurisprudencia y la doctrina francesa que no disponen de un agregado como ese, consideran que si es lícito rechazar el escalamiento tentado, lo será a fortiori el consumado, mientras que de acuerdo con nuestra ley penal parecería exigir más cuando mayor es el peligro para el dueño. Sin embargo puede suceder que si bien el ánimo del que escala es manifiesto puede no serlo del que penetra en la habitación, por tal motivo la ley le exige al propietario un mínimum de prudencia, claro que esta-

prudencia no hará falta cuando al propietario le conste que el individuo que se encuentra dentro de la casa entró escalando.

Por tanto para que se configure la presunción de legítima defensa en relación con el extraño que se encuentra en el hogar, se requiere:

a)- que se trate de un extraño cuya presencia no se justifique o explique en el lugar. Luego habrá que demostrar, que no hay razón valedera para esperar la presencia del sujeto dentro del hogar o que no la dió al pedirsele;

b)- que sea una casa de habitación, un hogar es la base de la presunción, ya que si el lugar está destinado a un fin distinto no habrá lugar a la presunción, así por ejemplo si se trata de un establecimiento como cantina;

c)- que oponga resistencia, es el elemento de la violencia necesaria para que haya legítima defensa. En el evento del asaltante nocturno la violencia se emplea para entrar, en el del extraño la violencia se ejerce después. Por tanto para defenderse del extraño no solo es necesario su presencia sino que emplee la violencia, es decir que su actitud sea agresiva. Puesto que el peligro es el mismo de la defensa ordinaria, es decir un ataque que ponga en peligro un bien jurídicamente protegido. No hay que aguardar a que se consuma el ataque porque de otro modo no habría bien que defender, y la defensa no tendría por fin de defenderse del ataque sino que se configuraría la venganza. Se necesita un peligro positivo y serio, para el que ejerce la defensa y para su familia.

Algunos han creído que en este último caso es difícil la prueba de que hubo resistencia y dicen que en el caso de una ficción procesal, y que siempre se llegaría a la conclusión de que hubo resistencia y por tanto legítima defensa.

39)- Legítima defensa putativa.— La expresión "legítima defensa subjetiva o putativa", no se encuentra en nuestro Código Penal. Ella ha sido creación y obra de la doctrina y reconocida por la jurisprudencia que cree que esta figura jurídica

está contemplada en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 25.º del Código Penal.

Se presenta la defensa putativa cuando una persona cree encontrarse ante una agresión injusta, aunque en realidad, no exista por lo cual considera necesaria la defensa. Se trata del individuo que cree, equivocadamente, que va a ser atacado por otro en su persona, su honor o sus bienes, sin que le quede otro recurso que acudir a sus propios medios de reacción. Tal la ocurrencia de quien se encuentra con su enemigo declarado y quien mete su mano en el bolsillo como quien va a sacar un arma cuando en realidad lo que va a sacar es un pañuelo. En este caso es lógico que no puede existir la causal de justificación, porque los actos humanos hay que apreciarlos en concreto no en abstracto, no como hubieran debido ser, sino como los aprecian los protagonistas.

Al respecto se han presentado diversidad de criterios para calificarla.

El Doctor Luis Zafra, en un concepto dado como Procurador Delegado en lo Penal de fecha 28 de Enero de 1.952 expone así la naturaleza de la defensa putativa.

"La legítima defensa subjetiva, que con más propiedad debe llamarse putativa, es una expresión moderna que se ha generalizado en el derecho penal, por obra de los autores y de la jurisprudencia que la han admitido en algunos casos.

La etimología de la palabra "putativo" o "putativa" da la idea de la figura en cuestión. Putativo viene del verbo latino "putare", que significa pensar, creer, juzgar acerca de una cosa. O más propiamente se deriva, de "putatis", que quiere decir aparente.

Así, defensa putativa, en sentido lato, expresa el concepto de reacción violenta contra un ataque que se juzga o cree real, pero que en verdad solo es aparente. El sujeto piensa honra que se defiente, por virtud del juicio falso que se forma acerca de la presencia de una agresión inexistente.

En sentido jurídico, la legítima defensa putativa requiere algo más; y que la falsa creencia de hallarse ante una violencia o peligro imaginario provenga de circunstancias objetivas, tales, que racionalmente determinen en el criterio perturbado del sujeto una convicción sincera de que es necesario defenderse. Por eso, no podrá decirse que ejerce la legítima defensa putativa, quien a causa de su personalidad psicopática y durante un período de alucinación, se siente víctima de un ataque que ningún fundamento tiene en la realidad objetiva, y da muerte o hiere a una persona. En este caso, habría que enfocar el hecho por el aspecto de la enfermedad mental del sindicado, pero nunca en consideración a una legítima defensa, por eso. Así según dijé-

Lo que significa que la legítima defensa putativa tiene un elemento objetivo imprescindible, constituido por los factores de hecho externos que hacen suponer, fundadamente, la presencia de un peligro grave, injusto e inevitable.

La legítima defensa putativa es, pues, la reacción necesaria determinada por la creencia razonable y fundada en hechos, de un peligro actual, grave e injusto que realmente no existe.

El profesor Luis Jiménez de Asúa, critica la expresión legítima defensa subjetiva, que también suele darse a la defensa putativa. El profesor español expone su criterio en la forma siguiente:

"En los tiempos actuales es corriente hablar de legítima defensa subjetiva..... Lo subjetivo, en caso de defensa putativa, no es la necesidad sino la creencia del ataque."

La defensa subjetiva de la que tanto han abusado los abogados defensores y que la jurisprudencia cubana logra ahora esclarecer y separar de la falsa defensa subjetiva, no es otra cosa que la denominada defensa putativa en técnica correcta. Ya hemos dicho que hay en este asunto, una gran confusión. El Código Penal Español y los que de él derivan, cuando no han sido magistralmente enmendados, como en Venezuela, dicen que la necesidad de la defensa debe ser racional. Esta racionalidad referíase, mas

que nada al medio para ejercitar la defensa necesaria y se ilustró por Pacheco y Silvela. Es exacto que el juicio de la proporción entre la defensa y la gravedad del ataque no ha de hacerse de un modo mecánico y en la frialdad del gabinete, sino que subjetivamente y pensando en el apuro del atacado. No es igual sentirse agredido en plena plaza de Bolívar a las doce del día, si, además se es hombre fuerte, que verse atacado de noche, en parajes despoblados y, sobre todo, si se es débil, mujer o criatura. La proporción del medio defensivo ha de medirse en orden a esas circunstancias de tiempo, de lugar y de sujeto. Ahí es donde podría hablarse de una proporción subjetiva, para saber si la legítima defensa se mantiene o se invalida por eso. Más según dijimos se ha caído en confusión reprobable, al mezclar la subjetividad en el medio de defensa y la índole putativa del atacante. -- Proscribimos, por tanto, el equívoco título de "defensa subjetiva" y adoptamos el de "racionalidad en la proporción", para aludir a un aspecto de esa falsa defensa subjetiva, y el exacto término de "defensa putativa", para expresar el otro fenómeno al -- que muy brevemente nos vamos a referir.

La defensa putativa. -- Como lo indica la palabra es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente, nos hace pensar que es necesaria la defensa, imaginémonos el caso de unos jóvenes que para dar pesada broma a su compañero, entran en su cuarto de trabajo, armados de pistolas sin cargar y con unos pañuelos en el rostro a la manera de pistoleros de cine matógrafo. Si el pusilánime compañero se cree, fundadamente y en error invencible, en auténtica agresión disparando causando la muerte de uno de los bromistas, se hallará el hipotético defensor -- en una defensa putativa. La cuestión ha sido muy debatida".

Jiménez de Asúa rechaza la expresión legítima defensa-subjetiva y cree con fundada razón que el término correcto es -- defensa putativa. En realidad esta es la expresión correcta.

Al respecto Ferri dice: que en materia de legítima defensa lo putativo equivale a lo real; esto es que se debe dar -- al criterio subjetivo, al estado de ánimo en que se encontraba --

el agredido, una decisiva prevalencia en frente del criterio objetivo, o sea, de las condiciones de hecho en que se desarrolló el conflicto.

Así expresa su pensamiento: ✓

"Yo siempre he sido de opinión que en la legítima defensa el hombre honrado es el agredido y el agresor el delincuente, aunque a veces pasional. Por ello el juez siempre deberá colocarse en situación favorable al agredido cuando valúe las circunstancias reales y personales. Ahora bien, no sobrepasando los límites que la evidencia impone.

Para que la "necesidad subjetiva" se admita, es necesario que represente un estado tal de cosas que constituyan al menos el comienzo de una agresión, y por tanto, una creencia razonable, sincera según la experiencia ordinaria, a no ser que resulte probado un acceso de loco terror en el que se defiende. Este es el motivo de que dicha eximente se aplique por los jurados -- con frecuencia en favor de sujetos que en realidad no lo merecen; mientras que por reacción, los Magistrados se resisten con demasía a admitirla, porque sospechan que el que la invoca no dice verdad o porque no consideran lo bastante quien es el hombre honrado y quien el delincuente, o al menos el más peligroso en el caso que examinan.

Pero cuando se dan las circunstancias plausibles del hecho y la sinceridad del fin de defensa en el agredido, la defensa legítima debe ser concebida con arreglo al criterio del estado psicológico de los contendientes.

Por ello obtuve por vez primera el reconocimiento en un grave proceso de la "legítima defensa recíproca", que desde entonces adquirió derecho de ciudadanía en la doctrina y en la jurisprudencia. Des grupos de jóvenes adversarios políticos, se encontraron una tarde en la esplanada frente de la taberna. Simultáneamente se acometieron, y la ríña, terminada gracias a la intervención de dos "carabinieris", que no recibieron lesión alguna, dejó sobre el terreno cinco muertos y siete heridos. - - -

Ante el Tribunal yo sostuve que el conflicto surgió porque, dada la excitación y recelo de todos alguno creyó ver que por la otra parte se iniciaba el ataque y provocó de esta suerte la reacción defensiva de sus compañeros, mientras que los otros viendose atacados, se defendieron a su vez. Y presenté el ejemplo del ciudadano pacífico que al entrar en su casa por la noche ve parado -- al fondo del pasillo, casi oscuro a un sujeto, y pensando que es un ladrón, saca el revólver; a consecuencia de ello, el otro que talvez estaba allí con propósitos amorosos, viendose en peligro se apercibe a la defensa, y si el equivoco no se elimina rapidamente, uno u otro pueden disparar y uno u otro encontrarse en estado subjetivo de legitima defensa.

Pero notese que en estos casos y en otros semejantes -- lo putativo equivale a lo real, debido aque también las condiciones objetivas son de tal indole que determinan la creencia sincera y razonable de que es preciso defenderse".

La legitima defensa con relieves subjetivos puede decirse que es la posibilidad de un peligro, que dentro de la conciencia tiene una resonancia que supera la efectividad del riesgo, no precisamente en virtud de los hechos externos, dentro de los cuales se cumple el delito, sino de la interpretación que -- les asigna el sujeto que los sufre, en la cual interpretación la asociación de las imagenes puede resultar deformada gracias al -- estado anímico incontrolado con que obra, bajo circunstancias capaces de producir fenómenos ilusorios, propicios a la creación -- de peligros y riesgos que no tienen realidad fisica, pero que -- dentro de la conciencia presentan iguales apariencias a esa realidad, y que por lo tanto son susceptibles de crear conceptos en donde la experiencia y el recuerdo de ideas adquiridas con anterioridad, forman el campo asociativo en que desenvuelta la personalidad por fuerzas coactivas, se produzca la reacción que lleva a consumar el hecho que sin estas circunstancias no se habría -- producido. Un exceso de temor o un peligro imaginario creen algunos autores que podría ser la naturaleza de este fenómeno.

En la legitima defensa estricta, el ataque tiene una --

existencia tangible, objetiva, en la cual la víctima puede valorar el peligro y la eficacia, reaccionando para conjurar lo uno y la otra. Mas en ocasiones, esta objetividad se desplaza a un plano de subjetividad; en el cual se presenta un proceso psicológico, con alguna base en la realidad, cuya manifestación surge de la conciencia del actor en que tiene necesidad de defenderse de un peligro que lo amenaza y cuya gravedad exagera por una idea deformada.

Mas para que un hecho así tenga categoría de realidad psicológica capaz de darle fisonomía de legítima defensa putativa, es necesario que esa falsa creencia de peligro que el actor supone que actúa sobre él, provenga de un efecto síquico, dentro del cual, la ideación de quien lo sufre sea deformada por la conciencia de un peligro que no corresponde al objeto externo que sirve de estímulo a la estructuración, de una realidad síquica en forma de ilusión.

Pero para que estos fenómenos síquicos puedan explicar el proceso que confluyen a sustentar la legítima defensa putativa es necesario que exista una actitud por lo menos equívoca de la propia víctima capaz de producir la seguridad de que se encuentra ante un peligro, del cual crea que no pueda salir sino destruyendo al causante de la aparente amenaza.

El Tribunal de Bogotá en sentencia de 24 de Septiembre de 1.953 sostiene una tesis, que se ha considerado como la mas acorde con la interpretación de las disposiciones legales de nuestro Código Penal, de la cual los principales apartes son los siguientes:

"En la situación contemplada por el artículo 25, el agente obra con plena conciencia y exacto conocimiento de las circunstancias que lo determinan; actúa con explícita voluntad de rechazar una agresión real e ilícita y actual o concomitante, siendo siempre proporcionada su reacción a la agresión que la provoca. De este agente no basta con predicar que creyó ejecutar un derecho o cumplir con un deber.

No, es preciso que el derecho ejercitado y el deber --

cumplido existan efectivamente, pues de lo contrario ninguna significación tendría la legítima defensa, siendo así que ella persigue como supremo fin la actualización o vigencia de la justicia por parte y obra del ciudadano realmente amenazado que, colocado ante la necesidad de amparar sus derechos no está en condiciones de recurrir a la autoridad, regularmente encargado de esa misma defensa.

Muy por el contrario, el evento previsto por el ordinal 2º del artículo 23 se caracteriza por una total falta de derecho a actuar dependiente de esa falta el error en que incurre el autor al suponer la presencia de un peligro. Se trata vale repetirlo de la negación de la culpabilidad por ausencia de todo dolo y de toda culpa, como se trata en el caso de la legítima defensa de una negación de la antijuridicidad por cumplirse el hecho conforme al derecho. En el caso de legítima defensa putativa, mal se haría en hablar de que el procesado obró con arreglo a derecho (faci sed juri faci), desde luego que ningún derecho pudo haber defendido porque ninguno efectivamente fué amenazado y porque el error que provocó la ejecución del hecho, no autoriza la legitimación de este, sino simplemente la declaración judicial de que no puede ser, y no es en efecto, castigado por la ley.

Una cosa es encontrarse en situación de real y verdadera justificación y otra muy diversa es la errónea suposición de la existencia de una causa de justificación. En la primera hipótesis, las circunstancias realmente existentes autorizan la defensa del derecho amenazado, a tiempo que en la segunda apenas es posible decir que si realmente hubieran existido esas circunstancias, ellas habrían justificado la conducta del agente, pero como precisamente no tuvieron vida, únicamente podrá hablarse de que en el hecho perpetrado por error, está ausente así el dolo como la culpa.

En otras palabras: la ley penal nuestra no justifica la defensa que se ejercita contra agresiones imaginarias. No exige la legítima defensa putativa porque la defensa de un bien jurídico nunca podrá fundamentarse en meros espejismos, así estos

sean enteramente explicable. La legítima defensa putativa no es más que una especie de error de hecho esencial, que implica una negación de culpabilidad.

La tesis del Tribunal de Bogotá consiste en que en los casos en que un individuo obra ante un peligro que razonablemente cree que existe, pero que en realidad no existe, no puede hablarse de legítima defensa y recurrirse a las causales de justificación, y más concretamente a la establecida en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal, lo correcto es dar aplicación al numeral 2º del artículo 23 de la misma obra que dice: "No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete de hecho desaparece la responsabilidad por faltar la intención al menos como elemento del delito."

2º) Con plena buena fé determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no proveniente de negligencia".

Desde el punto de vista jurídico esta es la interpretación correcta de lo que algunos autores llaman legítima defensa putativa.

Esta disposición cataloga el error ya sea de hecho o de derecho como causal de inimputabilidad siguiente del delito, es decir que quien comete el hecho en las circunstancias contempladas por el numeral transcrito no es responsable. La razón para el establecimiento de una causal de exención de la responsabilidad para el sujeto activo de un hecho catalogado como delito por el Código Penal, se encuentra en la circunstancia de quien obra en las condiciones contempladas por la disposición, no actúa ni dolosa ni culposamente. En consecuencia desaparece el elemento interno de la imputabilidad, y consiguientemente uno de los caracteres del delito.

La disposición dice que no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete con buena fé determinada por error esencial de hecho.

La disposición dice que no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete con buena fé determinada por error esencial de hecho.

artículo 25, o contemplarla dentro del numeral 22 del artículo 23, ya que el efecto es casi el mismo. Además existe el artículo 24 que dice:

"Tampoco hay lugar a la responsabilidad en los casos de justificación del hecho".

Como se ve los casos contemplados por el artículo 23 - y en los de justificación del hecho no hay lugar a responsabilidad; pero jurídicamente si hay diferencia ya que cuando el hecho se justifica el hecho que en otras circunstancias se habría considerado como delito deja de tener ese carácter por faltar la antijuridicidad como elemento del delito y en el caso de error esencial de hecho desaparece la responsabilidad por faltar la imputabilidad siquica como elemento del delito.

En todos los casos de la llamada defensa putativa hay un error con relación al ataque que pone al atacado en las circunstancias de creer en la necesidad de la defensa.

En la legítima defensa real u objetiva, quien se defendiendo de una agresión injusta cumple en su defensa todos los supuestos o requisitos sobre los cuales la ley fundamenta esta causal de justificación. Pero lo que altera el efecto jurídico en la legítima defensa putativa no viene a ser otra cosa que el error esencial de hecho bajo el cual actúa el agente.

Por tanto en la llamada legítima defensa putativa como en la legítima defensa real u objetiva concurren los elementos exigidos por el artículo 25 con la variante que la agresión ilegítima no existe en la realidad de los hechos, sino en la imaginación o creencia del presunto atacado.

El error es lo que en definitiva marca la diferencia entre estas dos figuras jurídicas que en apariencia tiene consecuencias semejantes pero que en virtud de este elemento nuevo que es el error, resultan diferentes en la práctica desde luego que la una es eximente de responsabilidad por faltar el elemento de inimputabilidad siquica y la otra obra como causal de justificación por faltar la antijuridicidad del hecho.

Haré algunas anotaciones acerca del error como causa de inimputabilidad.

Entre la ignorancia y el error hay diferencias; la ignorancia supone ausencia total de conocimiento, en tanto que el error, importa una falsa noción de los hechos; o como dice Alimena, "la ignorancia es puro no saber y el error es saber mal".

En doctrina se distingue dos clases de errores: el error de hecho y el error de derecho; el artículo transcripto se refiere a estas dos clases de errores como causa de inimputabilidad. El error, también se subdivide en esencial o accidental. Es esencial cuando se refiere a alguno de los elementos de la figura delictiva, y accidental cuando se refiere a circunstancias secundarias, que no alteran la esencia del hecho o su calificación.

El error de hecho no imputable de que habla el artículo, es el esencial y aquel que no puede atribuirse a negligencia del que lo comete.

El error esencial de hecho excluye la responsabilidad, porque cualquier acto que de él derive, no será doloso ni culposo, es decir no es fruto de la personalidad del sujeto falta la imputabilidad síquica como elemento del delito. Pero para que el error pueda tener este alcance debe ser esencial o sustancial, debe recaer sobre el delito mismo o sobre los elementos que son de su esencia, este error excluye en absoluto la responsabilidad, cuando es invencible, pues no siendo invencible deja subsistente la culpa.

El error debe ser invencible, en caso contrario no puede decirse que no hay lugar a responsabilidad. Estas condiciones están contempladas en el artículo anotado, y ellas constituyen las características del error de hecho excluyente de responsabilidad.

Si se coordina la noción de legítima defensa putativa con la de error esencial de hecho, parece que no existe una diferencia sustancial en el hecho de catalogar la legítima defensa putativa como una causal de justificación catalogada dentro del-

Es evidente que el error de hecho determina la legítima defensa putativa y por tanto debe resolverse con base en el numeral 2º del artículo 23 y no con base en el artículo 25 del Código Penal.

Entre la legítima defensa real u objetiva y la subjetiva o putativa existe una diferencia objetiva fundamental: en la legítima defensa debe haber agresión y ser ésta ilegítima; en la defensa putativa no existe agresión, pero el agente cree que la hay y obra de acuerdo con esta creencia.

Además cuando la agresión es real no puede darse legítima defensa contra legítima defensa; pero en cambio cuando la agresión no existe realmente, puede darse legítima defensa contra defensa putativa. En efecto: el que se encuentra atacado por una persona que cree que está repeliendo un ataque y no consumando una agresión, puede válidamente defenderse en virtud del error de hecho que sufre, pero si aquel contra quien va dirigida la reacción sin haber ejecutado la agresión repele este ataque es indudable que existe legítima defensa para este último.

En cuanto a la participación, los que participan en la legítima defensa no ejecutan un acto ilegítimo, injusto ni anti-jurídico porque existe la causal de justificación, mientras los que participan en la defensa putativa sin haber padecido error, son responsables por homicidio o lesiones según el caso.

Otra diferencia que puede señalarse es la relativa a la indemnización civil. En los casos de legítima defensa no corresponde pagar indemnización al agresor, cualquiera sean las consecuencias de la repulsa por parte del agredido, ya que aquel habría procedido contra derecho, y esta circunstancia excluye toda posibilidad de reclamar indemnización; en cambio puede el injusto invadido, reclamar indemnizaciones al injusto invasor sin perjuicio de la sanción penal que le corresponde.

Cuando se trata de la defensa putativa, es posible reclamar indemnizaciones civiles al que se defiende putativamente; las razones que motivaron el obrar de quien se ha defendido de

un ataque inexistente, son válidas para ponerlo al margen de toda responsabilidad penal; pero el presunto agresor, que es, en definitiva el agredido no debe cargar con las consecuencias civiles del error de un tercero, cuando además él no ha provocado el error.

Estas diferencias entre una y otra figura tienen una gran importancia no solo por lo que hace a la doctrina, sino por sus consecuencias de orden práctico.

- PRINCIPALES OBRAS CONSULTADAS -

= = = = =

- FRANZ VON LISZT....." TRATADO DE DERECHO PENAL "
- ERNST VON BELING....." ESQUEMA DEL DERECHO PENAL "
- GIUSEPPE MAGGIORE....." DERECHO PENAL "
- LUIS JIMENEZ DE ASUA....." LA LEY Y EL DELITO "
- EUGENIO FLORIAN....." PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL
- FRANCESCO CARRARA....." PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL "
- ENRIQUE FERRI....." PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL "
- ENRIQUE PESSINA....." ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL "
- VICENZO MANZINI....." TRATADO DE DERECHO PENAL "
- JULIO FIORETTI, ADOLFO ZIBOGGIO... " SOBRE LA LEGITIMA DEFENSA "
- SEBASTIAN SOLER....." DERECHO PENAL ARGENTINO "
- LUIS P. SISCO....." LA DEFENSA JUSTA "
- JORGE ELIEZER GAITAN....." DEFENSAS PENALES "
- ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD....." TRATADO DE DERECHO PENAL COLOM
BIANO "
- AGUSTIN GOMEZ PRADA....." DERECHO PENAL COLOMBIANO "
- EDUARDO ALVARADO HURTADO....." CURSO DE SOCIOLOGIA CRIMINAL Y
DERECHO PENAL GENERAL "

= = = = =

= = = = =

= = = = =

= =

=

A.N.

T

345.6

Peña L., Blanca.

P35

0864

La legítima defensa como cau- VENCE
sal de justificación del hecho.

NOMBRE *Eustacio Patino A*

No. del Carnet

NOMBRE *Eustacio Patino A*

No. del Carnet

NOMBRE *Hector Martinez F.*

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

AN

T

D345.6

P35

0864