

LA LEGITIMA DEFENSA

DIóGENES ENRIQUE VISBAL RICAURTE

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

118



DB
#0116

LA LEGITIMA DEFENSA

DIÓGENES ENRIQUE VISBAL RICAURTE

Trabajo de grado presentado como requisito parcial
para optar al Título de ABOGADO

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Septiembre de 1993

AGRADECIMIENTO

El autor agradece a todas las personas que colaboraron en una u otra forma en la elaboración de este trabajo, y en forma especial a mis profesores de la materia en la Universidad Simón Bolívar doctora Sonia Sanchez Perez, Mariela Vargas y el doctor Jesús Alvarez, quienes me guiaron por los campos del Derecho Penal.

DEDICATORIA

Este trabajo es dedicado en forma especialísima al Señor de los Milagros de la Villa de San Benito; fuente inagotable de todo conocimiento, guía permanente de mis acciones, y que gracias a la nitidez de su luz, coadyuvó en la culminación de mis estudios; señor hoy como ayer, y siempre te doy gracias por tus favores recibidos, seguiré tus huellas indelebles, y serás siempre para mi paradigma de emulación. De igual forma para mi esposa Elvira Fernandez Pacheco; y mis hijos Daniel Eduardo, Carlos Andrés y Delia Diana Visbal Fernández con todo cariño.

DIóGENES ENRIQUE

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. DE LA JUSTICIA DEL HECHO	3
1.1. CONCEPTO	4
1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS	5
1.3. PUEBLOS ORIENTALES	5
1.4. DERECHO ROMANO	6
1.5. DERECHO GERMANICO	7
1.6. DERECHO CANONICO	8
1.7. DERECHO COMPARADO	9
1.8. EL DERECHO ANGLOAMERICANO	10
2. FUNDAMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA	12
2.1. LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE IMPUNIDAD	12
2.2. LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD O DE INCULPABILIDAD	5
2.3. TEORIAS MIXTAS O ECLETICAS	16
2.3.1. Colisión de intereses	16
2.3.2. Doctrina Positivista	17

	Pág.
2.4. LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACION	18
2.5. EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA	21
2.5.1. Bienes Defendibles	21
2.5.2. Personas Intervinientes	24
3. LOS LIMITES DE LA LEGITIMA DEFENSA	36
3.1. DEFENSA PUTATIVA	36
3.2. EXCESO DEFENSIVO	39
4. DERECHO COLOMBIANO	40
4.1. ANTECEDENTES	40
4.2. REQUISITOS	43
CONCLUSION	53
BIBLIOGRAFIA	55

INTRODUCCION

Al presentar este trabajo sobre la Legítima Defensa, advierto al lector que no soy un tratadista del derecho, ni este como tal es sinónimo de doctrina y jurisprudencia nacional, pero sí un profundo estudio de una de las instituciones más importante en el Derecho Penal, antiguo, contemporáneo y moderno.

Por tratarse de una exención de la antijuridicidad de vital importancia, de cuyo uso hace gala tanto el Estado, para legitimar muchas veces los abusivos proceder de sus aparatos represivos; como los grupos paramilitares y las personas común y corrientes para dejar impune crímenes y asesinatos.

Hoy por hoy; las causales de justificación del hecho punible en nuestra legislación, y más específicamente la Legítima Defensa ha adquirido especialísima importancia por la degradación de los derechos fundamentales de las personas en Colombia, tales como el derecho a la vida, la

libertad de locomoción, etc.

Es por eso que hoy todavía se debate, si su utilización sirve como medio de reparar una injusticia con el sindicado o acusado de ciertos delitos que está privado de la libertad; o si en realidad es un simple medio de Impunidad Dilictual.

1. DE LA JUSTIFICACION DEL HECHO

ARTICULO 29: EL HECHO SE JUSTIFICA CUANDO SE COMETE:

1. En estricto cumplimiento de un deber legal.
2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitidas con las formalidades legales.
3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

"Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño, que indebidamente intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que se le ocasioné". y

5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

1.1 CONCEPTO

Es la Legítima Defensa la más importante causa de justificación, la justificante por excelencia, desde el momento en que se defiende legítimamente afirma el derecho frente al agresor, quien, por ser tal, queda automáticamente excluido de la órbita jurídica. En este sentido, la Legítima Defensa viene a ser un fragmento de la más amplia eximente del ejercicio de derechos, pero como dice Jiménez de Ansúa - La Legítima defensa tiene tanto volumen, ya que suele ser la vida la que se defiende, y tanta importancia práctica, que ello apoya su exposición como primera causa de exclusión del injusto. Su definición es la siguiente: Repulsa de la agresión Ilegítima, Actual o Inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repererla. En esta fórmula definitoria se condensan la extensión de la eximente y las condiciones de la agresión y de la defensa, los pivotes sobre los que gira y descansa la metódica de mi trabajo. Dice MAURACH : "Desde el punto de vista constructivo la legítima defensa supone un ataque actual antijurídico e implica una acción de defensa necesaria,

practicada para rechazar el ataque".

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS

La legítima defensa es en puridad tan antigua como el hombre, puesto que va anclada a uno de sus más fundamentales instintos: el de conservación y supervivencia, expuesto por CICERON en su oración PROMILONE: "Est hace non scripta Sed nata lex, quan ex natura ipsa arripuimus " (Es ésta una ley innata, no escrita, que recibimos de la naturaleza misma). Es decir, la legítima defensa no tiene historia.

1.3 PUEBLOS ORIENTALES

Históricamente, la legítima defensa ya se preveía en las legislaciones más antiguas, de modo que el devenir históricamente no ha sido siempre, como tantas veces sucede, garantía de progreso, sino paradigma de regresión. Según ALIMENA, estudiosos del tema, la encontramos en los pueblos orientales : "Las leyes de MANU, en la India, consagran el principio de que el que mata justamente no es culpable. En Egipto se impone por

las leyes la defensa del atacado como un deber de solidaridad entre los ciudadanos. En Israel hallamos la presunción de legítima defensa contra el ladrón nocturno, que también encontramos en Atenas, donde se admite igualmente la defensa propia y ajena, así como la defensa del pudor; que luego hemos de ver controvertida hasta nuestros días."¹

1.4 DERECHO ROMANO

El Derecho Romano encontró un doble fundamento a la legítima defensa : La naturalis ratio, al modo de Cicerón, y el reconocimiento universal, de aquí el aforismo " Vim Vi Repellere licet" que arranca de Ulpiano y que se repite en el devenir de los tiempos. Se admiten como bienes defendibles la vida e integridad personal, el pudor e incluso la propiedad cuando el ataque a la misma va acompañado de peligro para la persona; de las demás personas, especialmente de los parientes nueva huella del Romanismo.

¹

ALIMENA, B. I. Limiti e i Modificatori dell Imputabilità T III, Pág. 76.

Pero se limita este derecho de defensa, encontrándose ya la expresión INCULPATAE, TUTELAE MODERATIO, que tanta fortuna hizo luego en el medioevo, como condiciones se señalan la injusticia y la actualidad del ataque, y la imposibilidad de evitarlo de otra manera, la proporcionalidad no se formula de modo general, pero se hallan aplicaciones parciales. Según Jiménez de Ansúa, los romanos tuvieron ya conciencia de la naturaleza justificante de la legítima defensa, puesto que la Lex Aquilia eximía también de responsabilidad civil al defensor.

1.5 DERECHO GERMANICO

La fragmentación y el retroceso que supone en general el Derecho Germánico tiene lugar también en nuestro instituto siquiera no se negó al atacado el derecho a defenderse hasta llegar a la muerte del agresor. Esta se consideraba como una anticipación de la ejecución de la pena que como es sabido, reposaba en la Faida o Inmicitia, limitada más tarde por la composición. Al imponerse también al defensor este deber de reparación pecuniaria, se pone más de relieve el primitivismo del

Derecho Germánico, en contraste con el Romano.

1.6 DERECHO CANONICO

El Derecho Canónico admitió la defensa necesaria y, por consiguiente, inmediata y proporcionada, contra la agresión injusta y actual. La doctrina más antigua, distinguía una *Necessitas Inevitabilis*, que daba derecho a la defensa en cualquier circunstancias; y una *Necessitas Evitabilis*, que eliminaba la defensa en tanto podía evitarse la reacción defensiva por otro medio, como por ejemplo, la fuga. Santo Tomás, toma de los decretales de Gregorio IX el "*Vim Vi Reppellere Licet Cum Moderamime*".

La discrepancia, en el plano teológico, se da cuando el Aguinete fundamenta racionalmente la legítima defensa en el principio del voluntario indirecto, en tanto que el efecto de la muerte del agresor no es intentado directamente, sino que se sigue indirectamente de la acción de defenderse; mientras que otro grupo considerable de teólogos, dirigidos por Lugo, creen que se ampara también la muerte directa del agresor injusto,

y afirman que el derecho natural de conservar la propia vida y la necesidad de la seguridad social justifican tal acción e intención directa de matar al agresor. Tales ideas romano canónicas informan el Derecho Común e Intermedio, y culminan legislativamente en la carolina, procedentes de la ciencia Italiana, constituyendo, al decir de "Von-Liszt", una exposición de la legítima defensa, tan completa y acabada, cómo no la encontramos en ninguna otra de las demás doctrinas generales del Derecho Penal. Si se exceptúan las partidas españolas que ofrecieron, dos siglos antes, la misma o superior perfección.

1.7 DERECHO COMPARADO

Es hacia fines del Siglo XVIII cuando la legítima defensa, englobada hasta entonces en el homicidio como un episodio de este delito, se desliga de esta unión y pasa de la parte especial a la general del sistema. FEUERBACH acaba de imponer el criterio y es acogido por las legislaciones, excepción hecha de la francesa, lo que marca hoy la división del comparatismo juridicopenal en dos grandes grupos : El del Código Frances, seguido del belga y del Luxemburgués, que trata la legítima defensa

con ocasión del homicidio y de las lesiones personales y el otro grupo, del que es cabeza el Código Alemán, que trata de la legítima defensa en la parte general como causa de justificación afectante a todos los delitos.

Rasgo distintivo de estos últimos es el de concebir con toda amplitud esta causa de exclusión del injusto al hablar de la defensa del "Derecho o Derechos" del que se defiende.

En cuanto a la defensa de los "Bienes" patrimoniales, unos la colocan en el mismo plano general o sólo la permiten en casos determinados. Las condiciones de la eximente, en fin, si bien no se enumeran a la hispánica de modo más o menos exhaustivo: No suelen faltar los requisitos de actualidad e injusticia del ataque y la necesidad de la defensa. También se hace alusión a la proporcionalidad y límites de la reacción defensiva en los códigos Soviéticos, Italiano, Danés y Suizo.

1.8 EL DERECHO ANGLOAMERICANO

Pese a su arcaísmo, no desconoce la institución, bien

como justificable homicide, bien como self-defence, marcando así, de algún modo, la diferencia de grado que existe entre la justificación y la mera inculpabilidad o excusa, ya se comprende que el primero exige más requisitos que el segundo. Por lo mismo, aquél puede actuar en defensa propia o ajena, y no impone la fuga o retirada en tanto que el segundo solo alcanza a la defensa propia o del pariente, y obliga a huir si se puede hacerlo. Tales distinciones se van perdiendo en la posterior evolución, siquiera la fragmentación propia del Derecho de los Estados Unidos mantiene diferencias de un Estado a otro, en ésta como en las demás materias.

2. FUNDAMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

FUNDAMENTO

Al igual que en el estado de necesidad, se da una evolución doctrinal que va desde la mera excusa a la justificación, de lo subjetivo a lo objetivo, hasta el punto de que los autores, sobre todo alemanes, consideran el Derecho de Necesidad como categoría genérica, de la que son especies la legítima defensa (NOTHWER) y el Estado de Necesidad (NOTHSTAND). Así se aprende de MEZGER, por ejemplo. Apresurémonos a decir que la necesidad es una condición de la defensa, requisito básico y esencial, pero no fundamento, de la misma manera que la inevitabilidad del mal es esencia del estado necesario, pero tampoco su cimiento. La base está en el principio del interés preponderante, de alcance total en la exclusión del injusto.

2.1 LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE IMPUNIDAD

En la progresión doctrinal hasta alcanzar el verdadero

fundamento de la legítima defensa, la etapa más primitiva corresponde a esta posición, que la basa en la mera impunidad. De acuerdo con la doctrina filosófica de Kant, que basa el derecho de punir en la justicia absoluta: La necesidad implicada en la defensa no puede transformar en justicia la injusticia, y la reacción defensiva sigue siendo antijurídica de modo que si no se castiga es porque la necesidad no tiene ley y la represión se tornaría inútil. Bernardino Alimena, explica de como Feuerbach combinó la Tesis Kantiana con la del Contrato Social : "El ciudadano ha transmitido sus poderes al Estado a condición de que el Estado le defienda; pero si el Estado no puede intervenir para defenderlo, el ciudadano vuelve a la posesión de sus derechos y se defiende por sí".²

Para Geyer, la reacción defensiva es esencialmente injusta, dado que la represión compete solamente al Estado, de modo que la actuación del individuo viene a

²

ALIMENA, B. Principios del Derecho Penal, Versión Española 1, 2 Pág. 150.

ser una usurpación de aquella potestad.

En conclusión, la ofensa causada por el que se defiende no se justifica, pero no se castiga porque existe completa igualdad entre la agresión y la reacción; hay retribución del mal con el mal, y añadir la pena, sería agregar un nuevo mal, porque no encontraría nada que retribuir. FIDRETTI y ALIMENA, sostienen que no se percibe esa igualdad cuando la amenaza del agresor termina con la muerte del mismo, si la defensa viene a ser equivalente o anticipo de la pena, no se podría ya castigar al agresor que sobrevive, y lo que hay que explicar no es la impunidad del agresor, sino la del defensor. CARRARA, califica de "Intolerable" error dar a la legítima defensa el nombre de "excusa" con estas palabras : "Cuando he defendido mi vida o la de otro del peligro de un mal injusto, grave e inevitable de otro modo, que amenazaba la persona humana, no he tenido la necesidad de una excusa; he ejercitado un DERECHO, un verdadero, sagrado Derecho, mejor dicho, un verdadero y sagrado deber, porque tal es la conservación de la propia persona. Sería un delito horrible castigarme; sería un insulto, nacido de la ignorancia y de la crueldad, decirme que se me otorgaba una excusa".

2.2 LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD O DE INCULPABILIDAD.

A este grupo pertenece la doctrina de PUFFENDORF o de violencia moral, pues funda la legítima defensa en la perturbación de ánimo que en el agredido produce la inminencia del ataque (PROPTER PERTURBATIONEM ANIMI), seguida por CARMIGANI Y PUCCIONI. La crítica recayó, como no podía por menos, sobre la misma, ya que la ilegitimidad o la licitud de la agresión dependerían de que el atacado conservase o no su sangre fría, lo que es absurdo. La perturbación de ánimo no puede pretender por ello ser el fundamento racional de la eximente, y a lo más que puede aspirar, como quería Carrara es evitar el reproche de culpabilidad cuando hubo exceso en el defensor, sea al calcular el propio peligro, sea en los límites de la reacción. Por otra parte, "La defensa del extraño, que es la más bella, no podría justificarse", con esta fundamentación como desde Alimena, autor de la frase, se viene repitiendo por todos.

Como variante de este grupo está la doctrina de los autores franceses, que acuden a la CONTRAINTE, es decir, a la VIS MORAL, o miedo insuperable, también acogida por autores germánicos y que no pocas veces contagia las

alegaciones de defensa hechas en el foro.

2.3 TEORIAS MIXTAS O ECLETICAS

Incluimos aquí aquellas doctrinas que, si bien contienen un pensamiento inicial correcto, luego se extravían en sus consecuencias, desembocando en una fundamentación subjetiva, ajenas como sabemos, a las causas de justificación, de base eminentemente objetiva.

2.3.1 Colisión de intereses

Tal sucede con la teoría de la colisión de intereses de VONBURI, que si bien plantea con acierto el problema señalado así el paso a las doctrinas que consideran la defensa privada como un acto de justicia intrínseca, acaba por concluir que la legítima defensa, más que la necesidad de salvaguardar el interés mayor o el mejor, se basa en la humana debilidad, es decir, que en definitiva se retrocede al pensamiento de la *Perturbatio Animi*.

2.3.2 Doctrina Positivista

Sus seguidores son FERRI, FLORIAN, FIORETTI, tienen la misma equivocación de la anterior, ya que invocan la falta de temibilidad del que defiende, fundado en la calidad social de los motivos y del fin, dicen que la legítima defensa no es una excusa, sino que representa bien el ejercicio de un derecho. Pero no hay oposición entre las dos ideas si tenemos en cuenta que la cualidad antisocial del motivo, introducida por FERRI, en el pensamiento GAROFALIANO de la "Temibilita", es la que decide el carácter antijurídico o criminal del acto. En resumen, ya como falta de temibilidad, ya como ausencia de motivación antisocial, la doctrina Ferriana da una fundamentación eminentemente subjetiva a la legítima defensa, idea retrogada, por tanto a tenor de la línea evolutiva que ya conocemos.³

3

FIORETTI y ZERBOGLIO, SULLA Legittima Difesa, Cit, Antigua Pág, 89-98.

FERRI E. Sociología Criminal, Versión Española, Madrid, Góngora S.A. Tomo II Pág. 172.

FLORIAN, E., I Motivi Determinanti e la Legittima Difesa, en la Scuola Positiva" Volumen IV, Pág. 150 .

2.4 LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACION

Con HEGEL, pasamos ya a la fundamentación jurídica de la legítima defensa, al igual que veíamos en el estado de necesidad.

En tanto que el delito es la negación del derecho, la defensa privada es la negación de esa negación y, por tanto, afirma el derecho. Para Carrara, es la defensa privada un verdadero y sagrado derecho, como ya adelantamos, hasta el punto de que este derecho se nos presenta en un primer término, lo cual quiere decir que la defensa pública nace para suplir la insuficiencia de la privada. Surge así la conocida doctrina de la subsidiaridad, repetida luego por los unos y otros. Lo curioso es que la formulación divulgada no es la que patrocinó CARRARA, sino más bien la inversa de PESSINA, esto es la de que siendo imposible al poder público acudir en defensa del individuo atacado, es el agredido u otro particular quien suple la actuación estatal, de modo que la defensa privada se hace así subsidiaria de la pública.

Lo que hemos de pedir es que concurren los requisitos de

necesidad y proporción en la defensa, y de actualidad o de inminencia en la agresión injusta, pero una vez se den tales requisitos, no podemos por menos de proclamar la licitud y legitimidad de la defensa, prescindiendo de toda otra consideración : de si pudo o no acudir la autoridad, de si era posible la fuga, etc., quien ha de soportar un ataque injusto no puede quedar trabado por estas **consideraciones** y el tan traído y llevado tema de la fuga queda perfectamente aclarado a la luz de la necesidad de la defensa.

En definitiva, la legítima defensa es un derecho primario, consagrado de consuno por la naturaleza y el derecho positivo, que no admite formas subsidiarias de ejercicio, una vez que se reconozca la existencia de una auténtica situación de ataque injusto y se use de tal derecho dentro de los límites señalados al mismo.

En términos de técnica juridicopenal, la legítima defensa es una causa de justificación y como tal se funda en el principio del INTERES PREPONDERANTE, porque así como en el estado de necesidad hay siempre una contradicción de intereses legítimos y sólo resta acudir a una valoración

jurídica para decidir si uno es superior a otro "justificación", o si son de igual valor, en cuyo caso no puede exigirse otra conducta (inculpabilidad), en la legítima defensa siempre se produce el choque entre un interés ilegítimo (el del agresor) y un interés legítimo (el del defensor), en consecuencia el principio del interés preponderante SIEMPRE se actuará en favor del legítimo, y por ello la legítima defensa siempre es una causa de justificación. Por este motivo, también es de índole OBJETIVA.

Del carácter eminentemente objetivo de la legítima defensa se derivan estas consecuencias:

a) No cabe la defensa contra el que, a su vez, se defiende legítimamente, esto es, no puede hablarse de la legítima defensa recíproca, b) Como causa de justificación que es, ampara todos los partícipes en ella, posibilitando la legítima defensa de terceros, c) Al no haber antijuricidad, no puede derivarse responsabilidad civil alguna.

2.5 EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA

A efectos metodológicos podemos hablar de la extensión de la legítima defensa en un sentido objetivo o material, y en otro subjetivo o personal, es decir de los bienes o derechos defendibles y de las personas intervinientes.

2.5.1 Bienes Defendibles

Sabemos que la legítima defensa en sus orígenes legislados estaba anclada en el homicidio o las lesiones, puesto que la vida o integridad física son los bienes o derechos de las personas más comúnmente atacados. Desde el momento que pasó a definirse o acogerse en la parte general de los códigos, ya se da a entender este alcance general de la defensa de todos los derechos. Por ejemplo el Código Español la contiene así: El que obra en defensa de su persona o derechos. Con todo, como ha señalado JIMENEZ DE ANSUA, la vieja convivencia con el homicidio ha dejado rastro y se ha controvertido singularmente la posibilidad de defensa del honor (en general y en aspectos particulares del mismo: Honor sexual o pudor, honor conyugal u honra) y de la propiedad. Como observación general adelantamos que la mayor o menor importancia de los bienes no puede ser

óbice a su defensa, todos ellos son defendibles, siempre que se cumplan la necesidad y proporción de la reacción defensiva, fue precisamente la gravedad del ataque, o más bien la irraparabilidad del mal producido, la piedra de toque para decidir de la extensión de la defensa del honor. Este pensamiento ganó a maestros como CARRARA Y ALIMENA. Ejemplo : El primero no consideró como grave el mal que lesiona la reputación, "salvo en el caso de que la reacción sea correlativa". El segundo entiende que puede haber un mal irreparable, si se revela un secreto terrible, se dicen cosas que no pueden ser borradas con un proceso, casos en los que será lícita la defensa proporcionada. En el Derecho Alemán, no ofrece dificultad alguna a sus intérpretes, según VON LISZT, al no hacer la ley ninguna diferencia entre los bienes jurídicos atacados, es preciso admitir la protección de todos ellos, ya pertenezcan a los particulares, ya a la colectividad. Hoy se acepta la legítima defensa, en todos los casos de ataque al pudor, sea hombre o mujer el agraviado, siempre que se guarden las debidas proporciones.⁴

4

LISZT, F, Von, Tratado de Derecho Penal, Versión Española
Madrid, Reus, T. 111 Pág. 62.

Se ve claro en el ejemplo de Jiménez de Ansúa: "Si en las apreturas de un tranvía, una mujer siente la impúdica mano de un hombre sobre su cuerpo y repele la acción mediante el insulto, el empujón, el afilerazo o la bofetada; la legítima defensa es necesaria y perfecta. Otra cosa sería si tales excesos manuales se contesta con un tiro o una cuchillada". O en el ejemplo de Mancini: "La mujer que larga una bofetada al desvergonzado que en las apreturas INTENTA TOCARLA LIBIDOSAMENTE, OBRA EN LEGITIMA defensa, lo mismo que la joven que mata a quien intenta violarla". En Colombia en un principio sólo se excusa o justifica la vida y la integridad del cuerpo, más adelante el pudor y posteriormente los bienes estrictamente materiales, como la propiedad. Con el Código de 1936, se obtiene un avance considerable, pues habló de protección de la persona, su honor y sus bienes. El concepto de persona abrió los horizontes de la justificante, pues persona es el individuo como ser social, cuya existencia, tranquilidad, libertad, dignidad, capacidad económica, igualdad, cultura, moralidad, trabajo y seguridad garantiza la constitución, de modo que podían ser defendidos todos estos bienes. Los bienes objeto de tutelar son todos los que asisten al

hombre por el hecho del nacimiento y de su existencia en el seno de un conglomerado cualquiera. Son bienes defendibles: La integridad física, la integridad moral, la libertad en sus más amplias esferas: política, religiosa, económica, moral, física, de opinión, de profesión, de trabajo y organización gremial, de prensa, de sufragio, comunicaciones, reunión, pensamiento, expresión enseñanza; así como el patrimonio económico y la facultad de donar y especialmente aquellos a que se refieren la declaración universal de los Derechos Humanos (Paris 1948). En general admiten la legítima defensa según ALIMENA, todos los derechos, siempre y cuando se den las condiciones básicas de toda defensa, realidad de la agresión y necesidad de defenderse de aquella manera.

2.5.2 Personas intervinientes

Sujeto activo de la defensa :

a) Defensa propia. Es evidente que puede defenderse toda Persona Humana. El problema comienza a complicarse si se entiende que la capacidad de defensa debe coincidir, con la capacidad jurídicopenal o

imputabilidad o es independiente, de modo que el enajenado o el menor puedan válidamente defenderse. Esto es negado por algunos autores como MANZINI Y MASSAEI, fundados en que la valoración de los requisitos de la defensa exigen un cálculo intelectual y una conciencia unitaria que faltan en los inimputables. La consecuencia inmediata es que si estos obran en su propia defensa no serán responsables penalmente por falta de imputabilidad, pero no estando justificada su conducta deberán responder civilmente del daño producido por su recreación defensiva. No hay que decir que otras personas (Rey, Papa, Embajadores y Semejantes que gozan del privilegio de extraterritorialidad), pueden ser sujetos activos de defensa legítima. Por el contrario, y dado que las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo del delito, esto es, no tienen capacidad de imputabilidad, ni siquiera de atribución, tampoco pueden serlo de la legítima defensa.

b) Defensa de Terceros : Es evidente también que la legítima defensa, como causa objetiva y de justificación que puede actuarse en favor de terceros, ya estén vinculados al defensor por el ligamen del parentesco, o ya sean totalmente extraños. No hay cuestión en cuanto

a que pueden ser defendidos los inimputables, puesto que si pueden defenderse ellos mismos, también podrán ser defendidos por otro. Igualmente pueden ser defendidas las personas jurídicas, en cuanto sean sujetos de derechos (honor, propiedad) que pueden necesitar el amparo de la defensa privada. También se puede defender el Feto, cuando se ejerce sobre él violencia y es considerado sujeto pasivo de la acción penal, porque lo que hacemos es defender un interés propio, como lo es, el de prolongarnos en el descendiente, MAURACH, dice que aunque el feto no sea persona es portadora de un interés o bien jurídicamente protegido que no puede confundirse con el de la madre o estado.⁵

Particular polémica ha suscitado la posibilidad de legítima defensa del Estado, dado que a las dificultades jurídicas del tema se unen toda suerte de consideración y de extravíos políticos, Baste pensar en la arbitraria "RAZON DE ESTADO" y en la encarnación absolutista de éste

5.

MAURACH, R. Teatro de Derecho Penal, Traduciendo y Anotado por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel 1962 T.I. Pág., 377.

(Luis XIV), el Estado soy yo. De igual forma el momento histórico de guerra que vive Colombia en estos momentos, el sólo hecho de pensar en una defensa, sería de ante mano un desbordamiento del poder policivo del Estado.

Sujeto Pasivo : Hemos visto quienes pueden ejercitar la legítima defensa, bien sea en beneficio propio o de tercero. Ahora hemos de ver contra quienes cabe. No hay dudas cuando el agresor es una persona humana, incluso si es inimputable (enajenado, menor), de acuerdo con la tesis mayoritaria que asigna a la antijuricidad o injusto carácter objetivo, de suerte que el loco, el ebrio, o el niño que agreden cometen un acto antijurídico, aunque no sean culpables. En resumen pueden ser sujeto activo toda persona humana que agreden sin justa causa a otra.

REQUISITOS:

Ya sabemos que los dos polos entre los que se mueve la justificante en estudio son la agresión y la defensa. Teniendo en cuenta el texto legal colombiano, la agresión por un lado, ha de ser ACTUAL o INMINENTE, y por otra parte, ILEGITIMA; y la defensa ha de ser NECESARIA y

PROPORCIONADA. La falta de provocación exigida también por la ley ha de reputarse común a agresión y defensa. Todos estos requisitos deben concurrir para que pueda hablarse de legítima defensa completa.

a) Respecto de la agresión : 1. Concepto. La fijación de este concepto es esencial si se quiere evitar erróneas consecuencias. MANZINI vagamente identifica la agresión con la "LESION JURIDICA".

JIMENEZ DE ANSUA, inspirado en la doctrina germánica define la AGRESION : "Como el acto con que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente tutelado".⁶ Aquí se habla de acto en su sentido comprensivo de acción u omisión, y además engloba todas las posibles manifestaciones de la actuación humana.

Se incluye el peligro real y objetivo con potencia de

6

JIMENEZ DE ANSUA., L. Tratadado de Derecho Penal, Buenos Aires. Editorial Losada S.A> 1952 T. IV Pág.25 y 26.

dañar, la tendencia del agente agresor, implica también voluntad de ataque, así como la actualidad o inminencia de éste, y en fin se alude a todo interés protegido jurídicamente por tanto no sólo a los derechos estrictamente como tales. De lo dicho se desprende de un lado que la omisión, en el sentido jurídicopenal que la misma tiene puede llegar a constituir agresión, y de otra parte que basta un peligro para el interés tutelado aunque no alcance categoría delictiva. Bastarán las simples amenazas?. En tanto que las amenazas constituyan peligro de inminente agresión, es evidente que sí.

2. Injusticia de la Agresión : Es común equiparar los términos "INJUSTICIA" e "ILEGITIMIDAD" como calificativos de agresión. Los redactores del Proyecto de 1974, discutieron el asunto decidiéndose por la injusticia. Injusto es lo contrario al derecho, mientras que ilegítimo quiere decir sin ley, sin autoridad alguna. ROMERO SOTO, dice : El campo del derecho es mucho más amplio que el de la ley, pues abarca no solamente las disposiciones legislativas, sino también los principios incluyendo como fuente original las normas de cultura. De modo que procederá sin derecho el que actuara fuera de estas normas, aunque su conducta no estuviera contemplada

legalmente.

3. Inminencia de la Agresión : El Código de 1936, exigía que la violencia fuera actual. El vigente dice que la agresión debe ser actual o inminente. No es infundada ni carece de interés la modificación, porque actual es aquello que está presente, mientras que inminente es lo que amenaza rápidamente. En latín, la inminencia tuvo el significado de amenaza o de peligro. El castellano no ha renunciado a esa idea, de modo que es más conveniente de mantenerla para calificar mejor la actualidad.

VON LISZT y otros autores alemanes e italianos distinguen entre peligro y agresión propiamente dicha, de modo que basta que se inicie el peligro, ya que si espera que la agresión materialice, podría ser demasiado tarde. Pero lo difícil es señalar a veces los límites de lo inminente (Futuro inmediato) y de lo que es ya pasado. Algunos juristas atendieron al criterio temporal de la inmediatez, que es el que hemos visto prevalece entre los modernos, así por ejemplo ALPILCUETA, distingue si había o no MORA INTERPOSITIO, de modo que si hay tiempo por

delante, no podrá adelantarse el amenazado. En cuanto a lo segundo, es decir, así finalizó la agresión, es muy atendible el criterio de la consumación misma del delito aducido por VON LISZT y JIMENEZ DE ANSUA, el primero dice que el robo no está consumado con el apoderamiento de la cosa, sino con el quebrantamiento de la posesión, de modo que es admisible la legítima defensa contra el ladrón que huye en cuanto no se halla totalmente vulnerada la custodia del propietario. Por eso es más claro el criterio de la unidad del acto entre agresión y defensa; ésta debe ser inmediata consecuencia de aquella. Porque si la agresión ha pasado, la reacción deja de ser defensa para convertirse en venganza.

4. Equivalencia entre Agresión y Defensa. El último requisito para el reconocimiento de la justificante es el de que "La defensa sea proporcionada a la agresión". Esta proporcionalidad debe presentarse siempre, es decir, en todos los casos, en cualquier tiempo u ocasión en que ocurran. Si no existe la adecuación equivalencia entre el acto agresivo y el defensivo, la justificante tampoco se configura. La proporcionalidad puede relacionarse con las armas empleadas, o con las condiciones personales del agresor y su víctima, o con circunstancias materiales que

se da en el terreno mismo de las operaciones. La falta de equivalencia entre esas armas, esas condiciones personales, y esas circunstancias, sitúa la conducta aparentemente defensiva en el exceso del Art. 30 CP. La equivalencia no se refiere a los bienes jurídicos afectados, es al menos la regla general, ni a la iniciación del ataque, sino al dispositivo que se vale el agresor para lesionar.

Los Recursos del Conflicto : La materialidad de las armas empleadas fue en el remoto pasado el único para hacer los cálculos sobre la equivalencia de las acciones.

"En la legítima defensa no se exige la equivalencia objetiva y matemática de las armas". Al que reacciona defendiéndose legítimamente le basta hallarse ante un mal grave e inminente, cualquiera que sea el instrumento de que se vale el agresor, lo importante es que ese instrumento sea capaz de producir un daño en el físico e las personas, el que se defiende apela, en su conflicto y angustia a los recursos que tiene a su alcance, sin que le sea dado, en tan apremiante circunstancias, ponerse a calcular si el arma del agresor es igual, inferior o

superior a la suya, sólo el atacado sabe cual es su miedo y su peligro.

b) Respeto de la defensa : Se ha afirmado que la defensa debe ser necesaria y proporcionada. Pero además de estos requisitos de corte objetivo, cabe exigir una de índole subjetiva: el animus defensionis, que viene a trasfundir toda la acción defensiva, en virtual paralelismo con la voluntad agresiva o de ataque en el otro actor del drama.

1. **Necesidad** : Es este el requisito básico y consustancial a la defensa, hasta el punto que ha podido decir MANZINI " que no es un simple requisito, sino que constituye el fundamento jurídico del instituto que examinamos". Pero como se dijo, que sea *Conditio Sine qua Nom*, no quiere decir que sea fundamento, el cual sigue siendo, el principio del interés preponderante. La necesidad en la base misma de la defensa: Si la defensa no puede calificarse necesaria por traspasar los límites del principio del interés preponderante, fundamento de la justificación, no puede hablarse de eximente.

2. **Proporcionalidad** : Por lo ya dicho, viene a ser requisito complementario de la necesidad. El pensamiento de la proporción es típicamente latino y viene expresado de antiguo con la fórmula del Moderamen Inculpatae Tutelae, por ello ya se ha consignado en los códigos, tal como existe en Colombia.

Pero el gran problema de la proporcionalidad es el modo de apreciarla : ¿Habrá de ser de modo objetivo o bastará con valorarla subjetivamente?. En principio parece que habrá de medirse conforme a patrones subjetivos, atendida la apurada situación en que por regla general, se encuentra el que se defiende, pero esto ofrece el peligro de aceptar pensamiento erróneos de defensa (defensa putativa, no real) o de amparar toda suerte de excesos defensivos.

3. **Animo de Defensa**: Tal exigencia es disputada en doctrina y controversia en la dogmática interpretación de la ley positiva, al exigir en la defensa del extraño, que el defensor no obre impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, así lo exige BINDIGN Y FRANK, autores alemanes, otros como MEZGER, quien exige en el

defensor, conocimiento del ataque e intención de defenderse o de defender a otro.⁷

7

MEZGER, E. Tratado de Derecho Penal, Versión Española de Arturo Rodríguez Muñoz, 2 ed. Madrid, Editora REV de Derecho Privado, T.I. Pág. 432.

3. LOS LIMITES DE LA LEGITIMA DEFENSA

JIMENEZ DE ANSUA, dice que los problemas del exceso en defensa salen ya de la órbita de la justificación, de modo que la pureza metodológica exige tratarlos en el ámbito de la inculpabilidad, sólo que lo hacemos por pura razón de conexidad. Los límites de la legítima defensa pueden ser rebosados bien por vía intelectual o de conocimiento erróneo (defensa putativa), bien por vía emocional o de reacción desproporcionada (exceso defensivo).

3.1 DEFENSA PUTATIVA

Se da cuando el sujeto cree, encontrarse en situación de legítima defensa, cree estar justificado, cuando en realidad la defensa es imaginada o supuesta y por ende prohibida, trata de un relevante caso de error de prohibición o error de hecho.

Ejemplo : Quien cree ser agredido sin serlo y mata al supuesto agresor, realiza el tipo de homicidio, puesto

que es consciente de que mata, pero yerra sobre el presupuesto fáctico esencial de la legítima defensa, que es la existencia de una agresión ilegítima, y este error de hecho incide sobre la justificación (el agente cree que mata legítimamente). Los efectos son, eliminación del dolo (por faltar un importante fragmento de su elementos intelectual : el conocimiento de la significación antijurídica del hecho) y aun la erradicación de la culpa, si el yerro es esencial y vencible.

Se habla de exceso intensivo o propio, cuando el actuar rebosa la proporcionalidad del medio necesario para la defensa (Exceso en los Medios), y de exceso Extensivo o Impropio, cuando la defensa se anticipa por no existir aún actualidad o inminencia del ataque, o cuando la defensa se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión (Exceso en la Causa).

En el primer caso, se rebasan los límites de la proporcionalidad y en el segundo se reacciona contra un peligro que aún no, o que ya no amaga. A su vez el exceso intensivo o estricto puede ser doloso, culposo o

preterintencional, según que el sujeto sobrepase conscientemente, las adecuadas proporciones de su reacción defensiva, de modo que el exceso sea perfectamente imputable como un delito por sí mismo; o bien la extralimitación se deba a error vencible; o bien finalmente, tenga su causa en error invencible.

De lo anterior se desprenden las siguientes causas:

1. La defensa putativa, en cuanto causa de inculpabilidad que es, solo ampara al sujeto activo de la misma, pero no a los partícipes en la defensa a quienes no afecte igualmente el error.

2. El que sufre la reacción defensiva supuesta puede defenderse legítimamente, o, como dice MAURACH, cabe "Propia legítima defensa frente a supuesta legítima defensa".

3. Y, finalmente, la defensa putativa genera responsabilidad civil.

3.2 EXCESO DEFENSIVO

Es producido por la emoción, cuya clasificación: Emociones, ASTENICAS o DEPRESIVAS, tales el temor y el miedo, y EMOCIONES ESTENICAS que producen exaltación y vigor, tales la Ira y la Venganza. Las primeras producen los excesos impune en la defensa como "Perturbación, Miedo o Terror ; y "Emoción Violenta", "Emoción o Perturbación causada por la agresión".

4. DERECHO COLOMBIANO

4.1 ANTECEDENTES

Los autores colombianos, no se ponen de acuerdo sobre los antecedentes de esta justificante en nuestro medio, algunos opinan que tuvo sus orígenes en los Códigos Alemanes, Italianos y Franceses; otros dicen que fue copiado del Derecho Español, que a su vez parte del Derecho Visigótico, en el Fuero Juzgo y Las Partidas; hasta llegar al Código de 1848 de España, Méjico y Argentina.

Pero el antecedente más inmediato en nuestro medio es el del Código de 1890 que confundía la justificación con la Inculpabilidad, pero sólo para el homicidio en legítima defensa, así: "Art. 591. El homicidio es inculpable absolutamente, cuando se comete en cualquiera de los casos siguientes: 1o. En el de la necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida o la de otra persona.

2o. Contra una agresión injusta, en el acto mismo del homicidio, cuando no hay otro medio de repelerla".

De aquí pasamos al Código de 1936 en su Artículo 25 traía el siguiente texto : "El hecho se justifica cuando se comete ". De este pasamos hasta nuestros días con el Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980), el Art. 29 del Estatuto Actual, bajo el epígrafe "De la justificación del hecho" dice :

He aquí la redacción vigente del Art. 29 del Código Penal Colombiano : Causales : El hecho se justifica cuando se comete:

1. En estricto cumplimiento de un deber legal.
2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
4. **Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.**

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione y

5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

En Colombia como en casi todos los países donde está codificada la legítima defensa, se concibe como una justificante de la antijuricidad; entendiéndose a ésta como: "El desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés legalmente tutelado".

Además, se tiene como un aspecto negativo de la antijuricidad; porque transforman en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria a derecho; y porque sirven para justificar comportamientos aparentemente injustos.

En términos generales entiéndese por legítima defensa la reacción tempestiva y adecuada a una agresión actual y antijurídica. Todo esto como una teoría ecléctica o mixta, que tienen como fundamentos, la teoría de la

subsidiariedad de la defensa, el interés de mayor valor protegido y el instinto de conservación del ser humano. En este instituto, se trata de un fenómeno que no suscita reprochabilidad social, porque siempre se ha considerado que quien reacciona ante una injusta agresión, ejecuta comportamiento social y jurídicamente adecuado, es la conciencia social y legal de que no es posible exigirle al actor comportamiento diverso, lo que justifica su conducta.

4.2 REQUISITOS

Son requisitos de la legítima defensa los siguientes:

- Necesidad de la defensa;
- Defensa de un derecho personal propio o ajeno;
- Agresión actual o inminente y antijurídica; y
- Proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

NECESIDAD DE LA DEFENSA . La defensa debe considerarse necesaria cuando la naturaleza del ataque así lo exija, vale decir, cuando no exista otro medio honorable e idóneo para repeler la agresión o para evitarla, no

obstante se trata de un concepto relativo que debe ser estudiado y resuelto frente al caso concreto. Sin embargo, una fuga vergonzosa no puede exigirse a nadie, porque sería contraria al atributo de la dignidad, esencia misma de la persona humana. También se entiende por necesidad al conflicto en que se encuentra de pronto una persona por el riesgo inmediato que corre cualquiera de sus bienes jurídicos, o cualquiera de los bienes jurídicos ajenos, conflicto que lo determina a la acción súbita para que esos bienes no se pierdan o demeriten.

La Academia de la Lengua Española, la define : "Como un impulso irresistible en cuya virtud obran las causas precisas e infaliblemente en determinado sentido; o como aquello a que es imposible sustraerse, faltar o resistir". Para el derecho represor en este punto concreto, la necesidad es un peligro que va a materializarse de inmediato.

DEFENSA DE UN DERECHO PERSONAL PROPIO O AJENO: Son susceptibles de tutela todos los bienes que pertenezcan a la persona y cuyo goce sea amparado por la ley, tales como la integridad personal, el honor, la propiedad, la

libertad. La defensa también puede estar dirigida a impedir la violación de un derecho personal ajeno; así lo prevee expresamente nuestro Código Penal. Trátase de un principio de humana solidaridad justo y racional, prácticamente acogido hoy por todas las legislaciones del mundo. Es obvio que para este caso deben darse todos los requisitos de la defensa propia.

El maestro Carrara, dice : "La Ley Natural, de la cual emana el derecho de penar que corresponde a la sociedad, no puede contradecir a la ley natural que nos obliga a auxiliar a nuestros semejantes. Prohibir a los ciudadanos que acuden en socorro de un inocente agredido no es defender los derechos del hombre, sino sus injusticias; no es servir al orden, sino al desorden."⁸

Los factores que permiten inclinar el ánimo en favor de la aceptación de la legítima defensa de terceros son, entre otros, las relaciones de parentesco entre la persona injustamente agredida y quien la defiende (Padre

8

CARRARA, F., Programa Versión Española, Buenos Aires
Diploma Parágrafo 294, T.I. Volumen I. Pág. 197
y nota 1.

e hijo, por ejemplo); la solidaridad, que une a los cónyuges o, a las personas que hacen vida marital ilegítima; la amistad íntima, cuyos nobles impulsos son con frecuencia más fuertes que los del parentesco; el deber especial de protección que unas personas tienen en relación con otras, como el tutor con su pupilo, el maestro con su discípulo, el patrón con su trabajador y viceversa.

AGRESION ACTUAL O INMINENTE Y ANTIJURIDICA. Agresión es toda violencia apta para poner en peligro cualquiera de los bienes jurídicamente protegidos: Vida, integridad personal, libertad, bienes, etc.

Debe ser actual o inminente, si ya había cesado y dejado de ser inminente el peligro, la reacción tardía no se podrá calificar de defensa sino venganza. La agresión debe ser verdadera; el riesgo positivo; el peligro real; la agresión por lo general es activa y excepcionalmente pasiva y consistir, no en una acción, como es lo corriente, sino en una omisión. La agresión debe ser además de actual, injusta, es decir, contraria a derecho. Debe proceder, por consiguiente, de persona capaz de

obrar con injusticia. Si proviene de un Impúber o de un enajenado mental no se puede hablar de violencia injusta, como tampoco pueden ser injustos los seres irracionales o las cosas y las fuerzas de la naturaleza. No es injusta la violencia cuando es provocada por la persona que dice defenderse de esa agresión.

PROPORCIONALIDAD ENTRE LA AGRESION Y LA DEFENSA. Entre la acción violenta injusta y la reacción violenta justificada debe existir la debida conformidad o correspondencia (Moderamen). Si la agresión injusta es mínima y la reacción violenta es máxima, no habrá proporcionalidad, ni en consecuencia admirtirse la legítima defensa, ya que tal hecho será penalmente imputable, al menos como exceso en la defensa. Pero proporcionalidad no es lo mismo que igualdad, los medios empleados por la persona que se defiende son con frecuencia distintos y desiguales a los que utiliza el agresor para su ataque injusto, sin que por esta circunstancia deba rechazarse la proporcionalidad, ya que ésta debe apreciarse en concreto, no es abstracto, subjetivamente, no objetivamente; con el criterio del agredido, no con el del juez que se mueve en el terreno de la hipótesis.

El juzgador, al estudiar si hubo o no proporcionalidad entre la agresión y la defensa, debe tener en cuenta, no solamente la calidad de las armas empleadas, el estado de ánimo del sujeto que se defiende, la edad, sexo, la contextura física y demás características personales del agresor y el agredido, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que permitan justificar el empleo de medios, que mirados en abstracto, pueden ser desproporcionados, pero no en relación con el caso que se juzga.

PRESUNCION DE LEGITIMA DEFENSA. " Según el Código Penal Colombiano, se presume la legitima defensa en quien rechaza al extraño que indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione ". (Art. 29).

Para que pueda admitirse esta causal de justificación deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que el presunto agresor sea persona extraña;
- b) Que intente penetrar o haya penetrado en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas y
- c) Que lo haga indebidamente.

Extraña es la persona que carece de motivos justificados, para penetrar en morada ajena; habitación es el lugar donde habitualmente residen una o más personas y que está destinado a prestar este servicio, puede ser una casa, edificio, apartamento, choza u otro lugar semejante; pero no basta que se trate de cualquier lugar habitado o habitable, se excluyen para este efecto, los almacenes, templos, teatros, y otros sitios análogos, aunque ocasionalmente estén habitados; la protección se extiende a las dependencias inmediatas, o sea las que estén contiguas o muy cercanas a aquellas donde propiamente se habita, tales como patios, garajes, jardines, etc., todas las cuales constituyen el domicilio de las personas. La presunta agresión consiste en penetrar o intentar penetrar a cualquiera de esos sitios, es indiferente que esto ocurra de día o de noche; esta acción debe ser indebida. Todo esto es lo que se conoce como la defensa privilegiada, porque es un privilegio que el legislador le concede a la persona que se encuentra en esta situación y actúa de ésta forma, esta defensa tiene su origen en la necesidad de proteger los bienes materiales de las personas; incluso hay tratadistas que cuestionan este privilegio, ya que no se procedió igualmente en la

protección de bienes tan importantes como la vida o la integridad personal, la libertad.

DEFENSA PUTATIVA

Suele hablarse de la legítima defensa putativa o subjetiva, cuando la persona por error, se defiende de una violencia injusta que realmente no existía. En estricto derecho, no hay aquí legítima defensa sino una causa excluyente de culpabilidad: La de haber obrado con la convicción errónea de estar amparado por una causal de justificación (Art. 40 Ord. 3o).

EL EXCESO EN LAS JUSTIFICANTES

El Artículo 27 del Código de 1936 incriminaba la conducta del que "al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas en el Artículo 25, "exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad. El vigente describe así la figura.

Artículo 30 exceso. El que exced los límites propios de

cualquiera de las causas de justificación precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible.

Llámase exceso a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada. No puede haber exceso sin antes no se dan las exigencias de cualquiera de las siete justificantes descritas en el Art. 29; la condición esencial para que se configure el exceso es la preexistencia de una condición objetiva de justificación, se dice que el exceso es un defecto de la justificante, porque para incriminar por exceso en el ejercicio de cualquiera de las causas de justificación, es preciso admitir que la causal existe, pues se dan en ella las exigencias requeridas por la ley, sin embargo, una de esas exigencias resulta hipertrofiada, el deber se cumplió, efectivamente, pero traspasando sus límites, en el tiempo o en las demás circunstancias, etc. Por último cuando el juzgado acepta la tesis de que se actuó en legítima defensa, no se puede conceder indemnización por daños reclamados por la acción civil, ya que quien actúa de esta manera; actúa conforme a derechos, y quien no

lesiona ni pone en peligro un derecho mal puede solicitársele que repare económicamente algo.

CONCLUSION

He querido hacer un trabajo sintético, pero netamente jurídico, de la legítima defensa. Como una modesta ayuda para comprender mejor una e las más importantes instituciones del derecho penal hoy día, ya que los índices de criminalidad tanto en Colombia como en el mundo se han incrementado velozmente; y es de importantísima necesidad tener muy bien entendido este tema tanto para los abogados litigantes como fiscales, jueces y magistrados de nuestro país, porque son de alta incidencias en por lo menos el 30% de los casos de hecho punible, se solicite aplicar esta justificante de la legítima defesa. Nuestras estadísticas están llenas de este fenómeno no más para recordar las de más inmediatez en nuestro medio de Barranquilla, las solicitadas en los sonados casos de la secretaria que le causó con mordisco lesiones en la lengua a un ejecutivo; en la cual fue aceptada la tesis estudiada aquí; y denegaa en el caso de la ama de casa que le causó quemadura en todo el cuerpo a la muchacha del servicio domestico todo esto ocurrido en el presente año de 1993.

BIBLIOGRAFIA

CODIGO PENAL COLOMBIANO. Decreto 100 de 1980.

DIAZ POLOS, Fernando. La legitima defensa (Estudio Técnico Jurídico). Magistrado del Tribunal Superior Español. 1977. Editorial Inca. Lima - Perú. 1977

PEREZ, Luis Carlos . Derecho Penal. Bogotá: Temis.1981

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General Bogotá: Temis, 1981

ROMERO SOTO, Luis Enrique. Derecho Penal, Parte General Bogotá: Temis, 1980

VICENTE ARENA, Antonio. Nuevo Código Penal. Bogotá: Temis, 1981