

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PENAL

MARIA DEL ROSARIO RONDON VIDALES

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Abogado
Director: Dr. JESUS ALVAREZ

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA 1987

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BAHIA LA

No INVEN  4034235

PRECIO _____

FECHA 08 FEB. 2008

CANJE _____ VACION _____

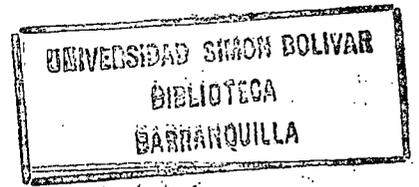
1034235

DR 0692

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARRANQUILLA	
No. INVENTARIO	363
PREDO	
FECHA	
CANJE	EDICACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
- BARRANQUILLA



AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos:

Al Doctor CARLOS LLANOS, mi admiración por su empeño para que sus conocimientos llegaran en forma clara y precisa a sus alumnas, y por sus sabios consejos a los nuevos profesionales del derecho.

A la Universidad SIMON BOLIVAR, que me acogió en su ser, gracias a ella, me hice abogada, de la cual en todo momento estaré orgullosa.

T
345.077
R771

D E D I C A T O R I A

A mis Padres :

Ellos que con tantos esfuerzos y sacrificios supieron soportar el peso de mis aspiraciones, ellos que en mis angustias, fueron la voz de mi esperanza y mis deseos de satisfacción.

Mary



PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR : Dr. JOSE CONSUEGRA

DECANO : Dr. CARLOS LLANOS

SECRETARIO GENERAL : Dr. RAFAEL BOLAÑO

NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, de 1987

DOCTOR
JESUS A. ALVAREZ CABRERA

ABOGADO TITULADO
EDIFICIO PASEO BOLIVAR
CALLE 34 No 42-28 OF. B-13
TELEFONO 329925

DOCTOR

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD "SIMON BOLIVAR"
E. S. D.

Distinguido Doctor :

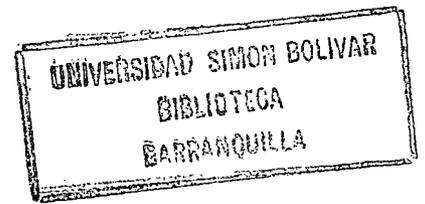
Designado Director del trabajo de investigación dirigida titulado "LA LEGITIMA DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PENAL", presentado por la egresada María del Rosario Rodón Vidales como requisito parcial para optar el título de Abogado, me permito expresarle inicialmente que se trata de una investigación seria, ordenada, fundamentada y dotada de una adecuada metodología.

Sincera es la Egresada, cuando expresa que no pretende crear un nuevo tema en el Derecho, ni hacer aportes al mismo, sino el de vivificar lo más importante de la institución. Sin embargo, del contenido del trabajo de investigación, vale la pena resaltar el tratamiento de que la figura hace en los siguientes aspectos:

Considera, en el aspecto histórico, que la legítima Defensa se dió en los estados primitivos de los pueblos y no desde la civilización. Así como existe la vida, existen en el hombre la necesidad de conservarla, de sobreponerse a los males, aunque sea en forma instintiva "Observese que el animal que está privado de razón aunque nadie le diga que la defensa es justa,

DOCTOR
JESUS A. ALVAREZ CABRERA

ABOGADO TITULADO
EDIFICIO PASEO BOLIVAR
CALLE 34 No 42-28 OF. B-13
TELEFONO 329925



este lo hace; con sobrada razón lo hace el hombre que razona".

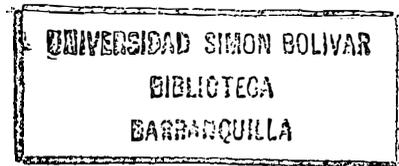
Dada la importancia que tiene la Legítima Defensa, aparece consagrada en todos los estatutos punitivos del mundo y en todos los momentos históricos, con algunas variantes en lo referente a los requisitos y exigencias que le dan vida y presencia jurídica.

El fundamento de la Legítima Defensa, se encuentra enmarcado en la teoría de la justificación. Ya que el derecho que tiene una persona a defenderse de una injusta agresión, no se le puede negar aunque en ese instante el Estado no se encuentre presente para defender el derecho de esa persona injustamente agredida.

En el Derecho Penal Colombiano, aparece desde el momento en que la nación se organizó jurídicamente y a través de los años ha sufrido variaciones especialmente en el código Penal actualmente en vigencia, el cual le ha dado mayor amplitud y mejorado su fundamento. Considera de importancia que el legislador hubiese cambiado el término violencia por el de agresión, ya que este último tiende no solamente a un despliegue de energía, sino también encierra todas aquellas acciones que aparentemente se presentan como pasivas, pero que en sí representan un peligro para los bienes que pertenecen a la persona. Destaca la protección que el actual estatuto punitivo dá a los bienes como ingredientes que pueden dar origen a la Legítima Defensa.

Analiza la defensa privilegiada, y manifiesta no estar de acuerdo con el requisito de la amplitud ilimitada de la reac-

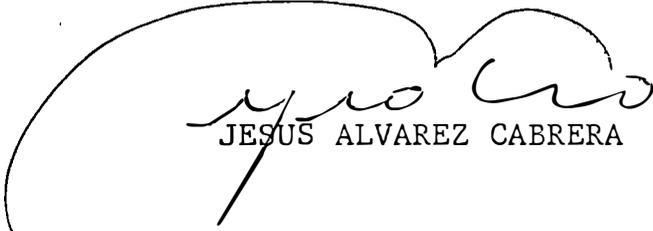
DOCTOR
JESUS A. ALVAREZ CABRERA
ABOGADO TITULADO
EDIFICIO PASEO BOLIVAR
CALLE 34 Nº 42-28 OF. B-13
TELEFONO 329925



ción "Ya que con este requisito esta figura se torna peligro
sa y puede servir para cometer en algunos casos, otros deli
tos que no tienen justificación como la venganza, el homici
dio y lesiones personales".

Por todo lo anterior, consideramos que este trabajo de in-
vestigación merece ser presentado a su respectiva sustenta-
ción.

Del Señor Decano



JESUS ALVAREZ CABRERA



TABLA DE CONTENIDO

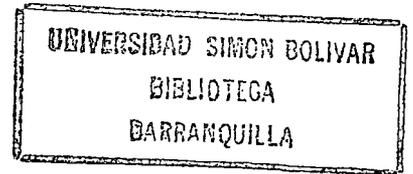
Pág

INTRODUCCION	1
1. ANTECEDENTES HISTORICOS	5
1.1 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO ROMANO	6
1.2 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO GERMANICO	8
1.3 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO CANONICO	9
1.4 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO ESPAÑOL	11
1.5 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO COMPARADO	13
1.6 LA LEGITIMA DEFENSA EN LA EDAD MEDIA	14
2. INCORPORACION DE LA LEGITIMA DEFENSA DE DIFERENTES CODIGOS	18
3. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA LEGITIMA DEFENSA (TEORIAS)	23
3.1 LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE IMPUGNIDAD	24
3.2. LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD O DE INCULPABILIDAD	25
3.3 DOCTRINA POSITIVISTA	27
3.4 LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACION	28
3.5 TESIS DE LA LEGITIMIDAD ABSOLUTA DE LA LEGITIMA DEFENSA	30

4.	HISTORIA DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO	32
4.1.	LA REFORMA PENAL	33
4.2	FILOSOFIA DEL NUEVO CODIGO PENAL	38
4.3	LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO COLOMBIANO	40
5.	CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE LA LEGITIMA DEFENSA	42
5.1	ESTUDIO JURIDICO DE LOS REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PENAL	44
5.2	LA NECESIDAD DE LA DEFENSA COMO REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA	45
5.3	DEFENSA DE UN DERECHO PERSONAL PROPIO O AJENO COMO SEGUNDO REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA	47
5.4	AGRESION ACTUAL E INMINENTE COMO TERCER REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA	48
5.5	LA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA AGRESION Y LA DEFENSA COMO CUARTO REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA.	50
5.6	ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA	52
5.7	SUJETO ACTIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA	52
5.8	SUJETO PASIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA	56
5.9	LESION A TERCERONEUTRAL DE CARACTER IMPREVISIBLE	58
5.10	LESION EN EL SUPUESTO DE ABERRATIO ICTUS	58
5.11	CUANDO LA LESION SE CAUSA A UN TERCERO QUE FATALMENTE HADE SER HERIDO	58

5.12	DEFENSA DE TERCEROS	59
5.13	EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA	63
5.14	BIENES DEFENDIBLES	66
5.15	DEFENSA DEL HONOR	69
6.	COMPARACION DE LA LEGITIMA DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PENAL CON RELACION AL CODIGO DEL AÑO 1936	71
7.	DIFERENCIA ENTRE LA LEGITIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD	76
8.	OTRAS CLASES DE DEFENSAS	79
8.1	DEFENSA PUTATIVA	79
8.2	DIFERENCIAS ENTRE LA DEFENSA PUTATIVA Y LA LEGITIMA DEFENSA	80
8.3	ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA	81
8.4	ELEMENTO OBJETIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA	82
8.5	ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA	83
8.6	DEFENSA PRIVILEGIADA	88
8.7	REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA PRIVILEGIADA	90
9.	CONCLUSIONES	99

BIBLIOGRAFIA

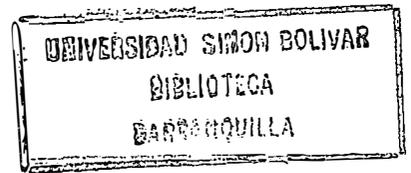


INTRODUCCION

Me propongo con el presente trabajo, realizar un análisis - pormenorizado de la figura de la legítima defensa, tema central de mi estudio; en éste pequeño trabajo y lo considero - pequeño, porque es un tema de transcendental importancia en la vida del derecho, y ante todo en las diferentes civilizaciones por las que ha pasado la humanidad, y yó que la considero así, pienso que al hablar de ello debería agotarse todo el material bibliográfico que existe, pero siendo objetivo me he limitado a trabajar, con el material que he tenido a - bien encontrar a mi alcance las limitaciones que se presentan en nuestro medio, para hacer fructífera la labor intelectual investigativa; habidas éstas consideraciones sobre ello , un deseo de realizar este estudio; me propongo en mi trabajo llevar a cabo un estudio de la institución jurídica llamada la "Legítima Defensa en el Nuevo Código Penal" pero para - explicar este tema, existe una cadena, integrada por eslabones requeridos unos de los otros y todos ellos con su marcada importancia para la vida del derecho; así menciono y

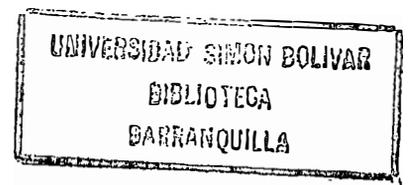
pretendo demostrar, que éste fenómeno nació con la humanidad y me atrevería a decir que si bien es una institución del derecho, y si el derecho en un momento dado nació para reglamentar la vida de los hombres de la sociedad, me atrevo a decir, que ésta institución se le adelantó, porque cuando surgió el derecho, vino fue a reglamentar esas situaciones de legítima defensa, que ya se daban en los inicios de la humanidad, y es así como se remonto a los pueblos Orientales, Romanos, Germanos, el conocido derecho Español, me remito al derecho comparado y a la edad medio en el torrente de las diferentes corrientes jurídicas mundiales. También hago hincapié a los elementos de la Legítima Defensa, los describo a lo largo de mi trabajo, con el fin de establecer que usé conceptos bien conocidos por todos, como Legítima Defensa, no es un concepto álgido, ni mucho menos una manera de propiciar la impunidad, arguyéndola siempre para lograr a la potestad punitivas estatal, demuestro que es una figura reglada, quiero decir que para que se tipifique se necesita que se den a cabalidad los presupuestos exigidos y que es determinante la misión del juzgador, al momento de apreciarlos, con el fin propio de no desatar injusticias ni muchos menos propiciar impunidad.

También analizamos de forma amplia, como ésta institución de



la Legítima Defensa, es introducida en los diferentes códigos del mundo, para así demostrar que fue tomada en cuenta, desde lo más remoto código, hasta lo más moderno.

Así mismo hacemos un estudio de los fundamentos en que se basa esta institución, las teorías que presenta cada autor para establecer una verdadera Legítima Defensa. También en nuestro trabajo, explicamos la forma como llegó esta, tan importante institución a nuestro derecho Penal Colombiano como también estudiamos los elementos que componen esta figura como son los sujetos activos y pasivos; así mismo hablaremos de la extensión de esta institución, o sea hasta donde puede alegarse y que bienes puede defenderse por medio de la Legítima Defensa. De otra parte estudiaremos la relación que tiene la legítima defensa en el nuevo Código Penal, con respecto al Código Penal del año de 1.936. Así mismo establecemos las diferencias entre la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad, causales ambas de antijuridicidad y de las cuales se ocupa nuestro estatuto punitivo, pero que es bueno establecer para evitar confusión entre estas dos figuras que conllevan a un mismo fin, como es acabar con uno de los soportes del hecho punible, la llamada antijuridicidad; en la parte final del trabajo me dedico, a las diferentes clases de de-



fensa, por considerar que si bien lo accesório sigue a lo -
principal, no podría hechar de menos en mí trabajo el coment
tario sobre éstos temas.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

La legítima defensa, es una de las instituciones más antiguas del derecho penal, desde los albores de la humanidad - se estableció que era lícito reaccionar ante agresión injusta; quienes piensan que "Es inútil buscar en los pueblos primitivos los vestigios de ésta institución, extrañan uno de los conceptos jurídicos más delicados con los cuales se ha enriquecido el patrimonio intelectual de las naciones civilizadas porque encontramos casi hasta en los salvajes las formas primordiales de la Legítima Defensa".

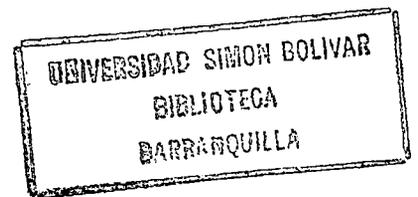
La Legítima Defensa, como derecho a ejercerla, se estableció desde las edades más primitivas. Ello es lo que quiso indicar GEIR, con su célebre frase "La Legítima Defensa, no tiene historia".

La Legítima Defensa, en realidad, tan antigua como el hombre puesto que va anclada a uno de sus más fundamentales instintos; el de conservación y supervivencia, como puso de relieve CICERON en su oración: PRO MILONE ESTA HAES NOM SCRI PTA SEDNATA LEX, QUAM EX NATURA IPSA ARRIPUIMUS (es es-

ta una ley innata, no escrita, que recibimos de la naturaleza misma). La Legítima Defensa, ya se preveía en las legislaciones más antiguas, de modo que el devenir histórico, 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 manú, en la India consagra 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 la 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 hemos de ver contrvertida hasta nuestros días.

1.1 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO ROMANO

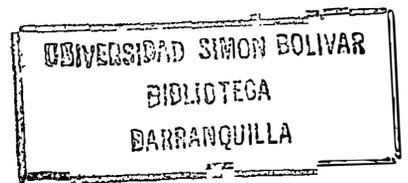
El derecho romano encontró un doble fundamento a la legítima defensa: La naturalis ratio, al modo como hemos visto - CICERON, y el reconocimiento Universal. En realidad, se reconoce en Roma, una verdadera teoría sobre la materia, seguirá desanimada en las fuentes; se admiten como bienes defensibles, la vida e integridad personal, el pudor e incluso



la propiedad cuando el ataque a la misma va acompañado de -
peligro para la persona. En el derecho Romano es lícita la
defensa de los demás, especialmente de los parientes, nue-
va huella del Romanismo, se limita éste derecho de defensa,
encontrándose ya la expresión inculpatat tuteles moderatio -
(11, unde vi, VIII, 4), que tanta fortuna hizo en el Me-
dievo. Como condiciones se señalan la injusticia y la actua-
lidad del ataque, y la imposibilidad de evitarlo de otra ma-
nera. La proporcionalidad no es fórmula de modo general, -
pero se hallan aplicaciones parciales; ARMA ARMIS, por e-
jemplo. Como ha puesto de relieve JIMENEZ DE ASUS, los Ro-
manos tuvieron ya conciencia de la naturaleza justificante
de la legítima defensa, puesto que la LEX AQUILIA EXIMIA, -
también eximia de responsabilidad civil al defensor.

En el derecho Romano, se encuentra admitida ya en las XII -
tablas, y aunque en la evolución sucesiva no llegara a edi-
ficarse una teoría sistemática de la misma, en ese derecho
nacieron principios de suma trascendencia en ella contraídos.

"Todas las leyes y todos los derechos, permiten rechazar la
fuerza con la fuerza". (VIN, VI DE FENDERE OMNES LEGES AMNIA
QUE JURAPERMITTUNI) Cicerón la defendió como "Ley innata,



no escrita que recibimos de la propia naturaleza" (NOM SCRIPTA, SED NATA LEX, QUAM EX NATURA IPSA ARRIPUIMUS) pensamiento que late igualmente, en los textos de GAYO y de ULPIANO, mientras que FLORENTINO FUNDABALA en el derecho de gentes.

En cuanto a las condiciones en que podía darse, los jurisc^ul^utos de roma, destacaron la injusticia del ataque, a repeler, inminencia, la existencia de riesgo y el carácter necesario de la reacción defensiva por no poder salvarse de otro modo, tuvieron además conciencia en la legítima defensa, pues declararon que ella eximía también la responsabilidad civil prescrita por la ley aquilia (LEGA AQUILIA MON TENEATUR).

1.2. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO GERMANICO

Se presenta en una forma atrasada, enormemente en comparación con el derecho romano, el derecho Germánico primitivo parece no haberse librado del deber de la composición; el derecho Germánico posterior, le puso a la legítima defensa límites y restricciones impertinentes, como probar haber recibido lesión en alguna parte del cuerpo el que la alegase, ha

ber retrocedido ciertos números de pasos, antes de repeler la agresión de que le hizo víctima.

1.3. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO CANONICO

En el derecho Canónico, todo y reconociendo en el derecho de Graciano que constituía un derecho natural el repeler la violencia con la violencia, solo la admitió cuando se revelaba como necesaria y ejercida "con moderación". Conceptos que pusieron muchas veces limitación exagerada a su ejercicio. - Por no tratarse de un acto de egoísmo, exaltó el derecho Canónico la defensa de otro, impuesta incluso como un deber - "quien pudiendo no rechazar la injuria o su semejante, es tan culpable como el que se le inferio, quien pudo librar a un hombre de la muerte y no lo liberó el ha matado".

El derecho Canónico, admitió la defensa necesaria y por consiguiente, inmediata y proporcionada, contra la agresión injusta y actual, al decir de ALIMENA.

La doctrina más antigua, distinguía una necessitas inevitabilis que daba derecho a la defensa, en cualquiera circunstancia, y una necesitas evitabilis, que eliminaba la defensa en

tanto podía evitarse la reacción defensiva por otro medio como por ejemplo la fuga, más tarde solo se impone la huída quienes pueden hacerlo sin deshonra. El padre PEREDA, tan experto conocedor de los clásicos, han estudiado en los mismos esta situación de la fuga, en caso de ataque. El pensamiento de los mismos se condensan en éste párrafo "No son, en general cerrados, en un sentido o en otro, ni afirman la obligación absoluta de huir siempre, ni dicen que siempre y todos pueden hacer frente y aún matar al agresor pudiendo huír. Distinguen entre persona y personas; estudian muy diferentes circunstancias; profundizan en si se vio, la caridad, con la obligación consiguiente de compensar o no el daño causado; estudian si es o no indiferente que halla uno dado la ocasión, al lance funesto etc..

Uniendo la idea Romana, con la moderación propia del derecho Canónico (lógica, legislando, como legislaba para clé rícos y religiosos) Santo Tomás, toma de los decretos de GREGORIO IX el "VIM REPELLIERE LECENT CUM MOREDAMINE INCULPATAE TUTELAE, la única discrepancia, en el plano teológico se - da cuando el aquinate fundamente racionalmente, la legítima defensa, en el principio del voluntario indirecto, en tanto que el efecto de la muerte del agresor no es intentado di-

rectamente, sino que se sigue indirectamente de la acción de defenderse, mientras otro grupo considerable de teólogos, dirigidos por HUGO creen que se ampara también la muerte directa del agresor injusto y afirma que el derecho natural, de conservar la propia vida y la necesidad social justifican tal acción e intención directa de matar al agresor. A la vista de tales asertos, no creemos que puede tildarse al derecho eclesiástico de restrictivo en la legítima defensa, como ha pretendido FIORETT y ZERBOGLIO, y si la encuadra en la - MODERAMEN IN CULPATAE TUTELAE, lo hace por la íntima y natural repugnancia de aquel derecho hacia el derramamiento de - sangre.

1.4 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el derecho histórico Español, LEX WISIGUTHORUM o "fuero juzgo", absolvió de la pena a quien hiriera o matase a otra en defensa propia. "Ca mejor es el OME que, mientras que vive que se defienda, que dejar que la venguen después de la muerte".

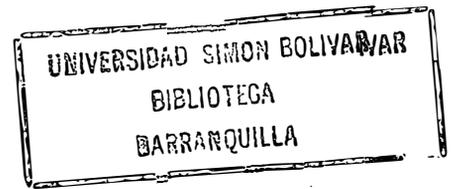
En España trataro de la legítima defensa, los comentaristas

de las partidas, ANTONIO GOMEZ Y GREGORIO LOPEZ, DIEGO COVAPRUBIAS (1.512-1.577).

En la alta edad media Española, fueron municipales por ejemplo, los de DAROCA de 1.142, SORIA, SAN EMETERIO de 1.187 etc. y constituciones de cortes como las cortes de HUESCA de 1.188 y la carta magna leonesa del mismo año, otorgada por el Rey Don ALFONSO DE LEON Y GALICIA, previeron la justa defensa, aunque sujetándola a limitaciones algunas de tales ordenamientos fueron:

El código de las siete partidas, legisló con perfección no superaba hasta la codificación moderna, refiriéndola en primer término a supuestos concretos, como la defensa de la vida, contra el injusto atacante actual o inminente; la muerte dada al forzador de la propia mujer, de la hija o de la hermana, y a la mujer adúltera, o la hija deshonestas; la inferida al que de noche incendiare o destruyere los campos o casas del que en reacción contra ese ataque le matara, lo mismo que al ladrón diurno o nocturno que usare la fuerza.

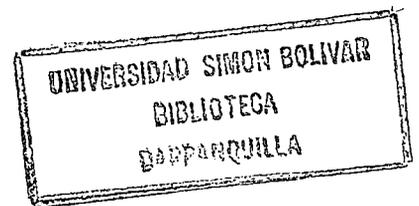
En el campo doctrinario, la teoría de la legítima defensa - fue desenvolviéndose por jurisconsultos, prácticos teólogos



y filósofos; entre los primeros se ha recordar a : BARTO-
LEO DE SASSO FERRATO (131401357) y sus discípulos PEDRO
BALDO DE UBALDIA (1.327-1.406). Pero una teoría bastante -
completa de esta institución, solo aparece en Italia con JU-
LIO CLARO (1.525-1.575) y su contemporáneo PROSPERO FARINA-
CIO (1.544 - 1.616) entre los practicos Alemanes que estu-
diaron descuellan BENEDICTO CARPZOVIO (1.595 - 1.566).

1.5 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO COMPARADO

Es hacía fines del siglo XVIII, cuando la legítima defensa, englobaba entonces en el homicidio, como un episodio de éste delito, se desliga de esta unión y pasa de la parte especial a la parte general del sistema. La autoridad de FEVERBACH, acaba de imponer el criterio y acogido por las legislaciones excepción hecha por la legislación de Francia, la que marca hoy la división del comparatismo jurídico penal en dos grandes grupos: El del Código Francés seguido del BELCA y del luxemburgués, que tratan de la legítima defensa con ocasión del homicidio y de las lesiones, y el otro grupo, - del que se es cabeza, el código alemán que trata de la legítima defensa en la parte general, como causa de justificación. Rasgos distintivos de estos últimos, es de concebir con toda

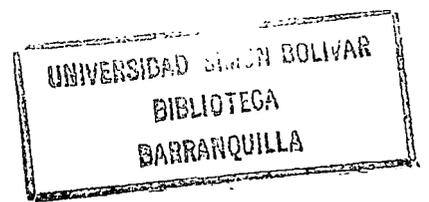


la amplitud esta causa de exclusión del injusto, al hablar - de la defensa del "derecho o derechos" del que se defiende, fórmula por cierto empleada de antiguo, en los códigos Españoles exactamente desde 1.848. En cuanto a la defensa de los bienes patrimoniales, unos los colocan, en el mismo plano general, o sea lo permiten en casos determinados, en éste aspecto, la especial alusión hecha por el Código Español - desde la reforma de 1.949, supone un retroceso, en cuanto - quebranta la aludida fórmula general. Si bien las condiciones de la eximente, no se enumeran a la hispánica, no dejar de exigirse de modo más o menos exhaustivo; no suelen los requisitos de actualidad e injusticia de ataque y la necesidad de la defensa. También se hace alusión a la proporcionalidad y límites de la reacción defensiva en los códigos Soviéticos, Italianos, Danes y Suizo.

1.6 LA LEGITIMA DEFENSA EN LA EDAD MEDIA

Durante la edad media dice JIMENEZ DE ASUA, "viviose con derechos elaborados a base de elementos Germánicos y Canónicos".

Después de la recepción imperan en el derecho común las fuentes Romanas, para volver luego y sobre todo en parte del -



siglo XVIII, hasta la revolución francesa, a regularse res-
trictivamente la legítima defensa".

Las constituciones sicilianas de FEDERICO II (1.231), es-
taduto de PADUA, (1.236), el de TURIN (1.360), en Italia,
se inspiraron en las reglas canónicas. Un gran progreso en
la materia se aprecia en los derechos Municipales y las copi-
laciones de la baja edad Media Alemana, la que hizo posible
la superioridad con que, en comparación con otros de sus -
tiempos regularon más tarde la defensa legítima ordenamien-
to como la CONSTITUTIO CRIMINALISBAMBERGENCIA (1.507), del
caballero FRANCO JOHANN FREHER ZU SCHWARZENBERG UND -
HOHENLANDSBERG (1.463 - 1.528) y la carolina la constitución
criminalis carolina), dictada en 1.532 por el emperador CAR-
LOS I de España y V de Alemania. "El monumento jurídico
que después de los partidos, regula mejor la defensa privada)
de adverso, las leyes Francesas, bajo el peso de la tradi-
ción Germánica o Canónica llevada al extremo, disponía de
quien dañaba a otro, defendiendose al ser agredido por él --
era culpable, pero podía solicitar del Rey carta de gracia
o de remisión (la que al parecer se otorgaba siempre cuando
hubiere habido legítima defensa de la vida) Así lo consig-
na la de VILLER COTTERETS (1.539), que lleva la firma de

Francisco I y la gran ordenanza de 1.670, promulgada por - Luis XIV.

El movimiento codificador que arranca de la REvolución Fran- cesa, se inspira en las Concepciones Romanas. El código - Penal Francés de 1.791, declaró que "en caso de homicidio legítimo nunca existe crimen y no da lugar a pronunciar pena alguna, ni tampoco condena civil" "El homicidio se comete legítimamente, cuando estuviere indispensablemente impuesto por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o otro".

De los teólogos medievales, la figura máxima de la escolás- tica Santo Tomás de Aquino mostróse fiel a las concepciones restrictivas que la caridad evangélica sujetó la defensa pri- vada, al decir que quién para defender su vida oponía mayor violencia de la necesaria obraba ilícitamente, siendo tan solo lícito repeler la fuerza moderadamente. En la escolás- tica tardía del siglo de oro, irrumpe vigorosa la construc- ción teórica de FRAY FRANCISCO DE VICTORIÒ (1.480-1.546), - maestro de la teología en la Universidad de Salamanca, pa- dre del derecho Internacional Público Moderno; separandose

de la corriente canónica, que tendía a ver en la defensa - legítima un acto injusto, aunque le ampara en determinadas - condiciones la impugnación, victorio sostuvo que la defensa - ejercida en sus justos límites es un acto intrínsecamente lícito, cabría no solo en relación a la vida y la integridad - corporal, sino también para defender las cosas y los bienes propios. La vida y la integridad corporal justificarse por el derecho natural; la de los bienes, por el derecho civil o secular. Con respecto a las condiciones que habría de cumplir para quedar justificado, precisó la de que el ataque - al que se opusiera habría de ser actual o eminente, no pasado; y la de que tenía que mantenerse dentro de términos - proporcionados a la calidad y a la violencia de la agresión, para ser obligado a rechazar ésta con el menor daño posible para el agresor. Los filósofos de la escuela clásica del derecho natural, que posteriormente indican la naturaleza de la legítima defensa y sus requisitos, especialmente HUGO GROCIUS (1.583 - 1.645) y SAMUEL PUFENDOR (1.694), no lo graron superar la certera visión victoriana y el segundo e quivocó el camino al pretender basar la impugnación de la defensa privada, en la perturbación de ánimo causado por el ataque injusto en quien había de defenderse.

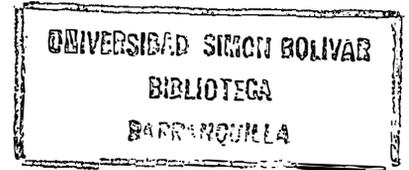
2. INCORPORACION DE LA LEGITIMA DEFENSA DE DIFERENTES CODIGOS

En dos grandes agrupaciones, Dice JIMENEZ DE ASUA, pueden establecerse las legislaciones, por lo que se refiere al sistema de la legítima defensa.

El primero de esos grupos, como las antiguas copilaciones de leyes y costumbres, la emplazan al tratar del homicidio y las lesiones. La encabezan los códigos Francés, Napoleónico, seguido por el Belga y el Luxemburgués.

Sin embargo, ya a fines del siglo XVIII, en Alemania, Globig y Huster en 1.783, Erhard en 1.789 y Tittinamm en 1.798, desligaron en sus sistemas científicos del homicidio y de los atentados a la integridad corporal, para incluirla en la parte general como causa excluyente de la responsabilidad.

Más tarde FEVERBACH, hizo lo mismo, al redactar el que se-



ria el Código Penal Baviera de 1.813.

Y ésta fue la señal de la victoria definitiva en orden al co
rrecto emplazamiento de la legítima defensa; siguiendola -
hoy la generalidad de los códigos en vigor, desde los vie-
jos como el Alemán, como los modernos cual es el Italiano
de 1.930 y los más recientes como el de Checoeslovaquia 1.950,
Grecia 1.950, Yugoslavia 1.951. El código Penal Español de
1.848, conforme con el sistema correcto, reglamentó en su
libro primero, la legítima defensa propia, de un pariente
y de un extraño, y sus preceptos, pasaron con redacción -
idéntica, a los de 1870 y 1932. El actual de 1944, la man
tiene con dos desdichadísimos añadidos.

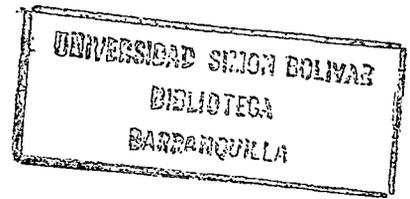
Con relación a los códigos Iberoamericanos hace mérito, ella
responde a la filiación de modelos Europeos, con excepción
de Puerto Rico, de inspiración anglo americana. De otra for
ma el de Bolivia (que reproduce el Español de 1822) y el de
República Dominicana (copia del Francés) se ocupan de la
legítima defensa en la parte especial, al tratar del homici-
dio y de las lesiones. Los demás la tratan en la parte gene
ral, aunque el Panameño y el Venezolano, legislan sobre la
defensa de los bienes al estatuir las normas relativas al ho

micidio, y el Cubano de defensa social, admitan formas específicas de defensa contra la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos que se extralimitan en el desempeño de sus funciones. El código Penal de Chile, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Uruguay y Guatemala, cumplen la misma fórmula definitiva, que no es otra que la española de 1870, añadiéndole un supuesto de la legítima defensa presenta contra el asaltante nocturno

De origen hispánica es la fórmula del código Cubano y los códigos del Perú y Costa Rica; desvinculados en todo o en partes, de ese influjo proveniente de la madre patria, establecen la legítima defensa, los códigos de Panamá, Paraguay, México y el nuestro el de Colombia.

El Código de Panamá, funde la legítima defensa y el Estado de necesidad, en forma tal que hace daño a la claridad aconsejada en la redacción de las leyes; el texto Mexicano regula de adversa la defensa.

Para terminar con la evolución histórica de la institución, nos referimos a las disposiciones que la contemplan en los Có

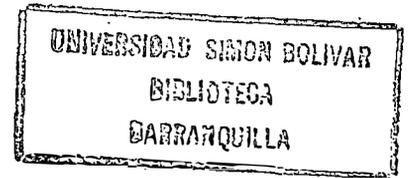


digos Penales.

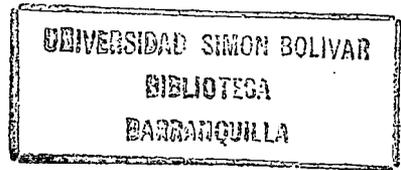
A pesar de la legítima defensa, ha tomado un amplio desarrollo, y que su concepto se ha fijado con precisión en el -- transcurso del tiempo, los códigos modernos ofrecen algunas variantes, no pudiendo establecer unidad en cuanto a los conceptos, en tanto a las condiciones para que se presente la institución a lo que se refiere a su extensión.

La mayoría de los códigos, que establecen la legítima defensa, se ocupan exclusivamente de la legítima defensa de la vida o del honor; otros establecen pena para el ladrón nocturno. En cuanto a la forma como los códigos, han venido ubicando la legítima defensa, también existen variantes, hay algunos códigos que la ubican o la estudian en la parte especial; en cambio otros la estudian en la parte general y finalmente existen otros que la estudian en ambas partes; los códigos de Alemania, Austris la contemplan en la parte general.

Uno de los más recientes, es el código nuestro, creado mediante el decreto 100 del año de 1980, o sea el código vi -



gente Colombiano. Nuestro Código ubica la institución de la legítima defensa, en su parte general, artículo 29 numeral 4o., es bastante amplia, el derecho ejercerla, porque ampara la legítima defensa del derecho propio o ajeno y es bastante extensiva, ya que protege la vida, honra, bienes y en sí todo el patrimonio ya sea material o espiritual.



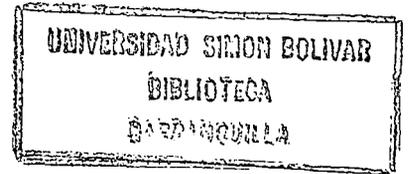
3. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA LEGITIMA DEFENSA (TEORIAS)

La legítima defensa, cuyo problema primordial es lo que importa, y no es otro que el de sus fundamentos jurídicos. La determinación de ésto plantea ante la técnica jurídica - Penal las siguientes preguntas :

Qué es la legítima defensa? Es una causa de justificación de inculpabilidad o una simple impugnidad?

Se trata de unas preguntas, que llevan unas respuestas, cuya finalidad lleva a las más trascendentales consecuencias - dogmáticas, científicas, pero hay que llegar, en última instancia a remover profundamente el fondo filosófico del derecho.

Bastante se ha discutido sobre el tema, desde hace mucho tiempo, aunque cuando CICERON declaró la defensa privada como un acto justo; son incontables las teorías elaboradas para fundamentar la naturaleza de la legítima defensa, entre las



tantas estudiaremos las más importantes.

3.1. LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE IMPUNIDAD

En la progresión doctrinas, hasta alcanzar el verdadero fundamento de la légitima defensa, la etapa más primitiva corresponde a ésta posición, que la basa en la mera impunidad. KANT, es la cabeza filosófica de esta postura, de acuerdo con su doctrina más general, que basa el derecho de punir en la justicia absoluta: La necesidad implicaba 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. Agrega el autor, la reacción como defensa no es acción inocente, porque aunque es verdad que la necesidad no admite ley, también lo es, que no puede atribuírsele la virtud de convertir en justicia la injusticia. Por ser necesaria debe quedar impune, pero no puede admitirse que constituye el ejercicio de un derecho.

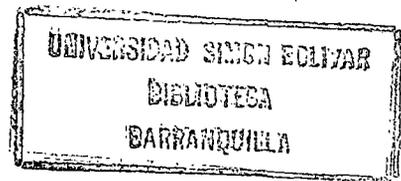
Más moderna es la exposición que presenta GEYER, también para este autor, la reacción defensiva es esencialmente injus-

ta, dada que la represión compete solamente al Estado, de modo que la actuación del individuo viene a ser una usurpación de aquella potestad, sigue expresando GEYER, que la ofensa causada por el queque se defiende no se justifica, pero no se castiga porque existe igualdad entre la reacción y la agresión; hay retribución del mal por el mal.

PUFFENDORF. Negó igualmente la defensa individual, hallandoo la no culpable por haber obrado, quien fue puesto en la necesidad de defenderse en un estado de coacción moral, de perturbación del ánimo, ante el peligro que le amenazaba y contra el que el instinto de conservación le impuso reaccionar. Esta teoría no podría amparar la defensa de quien lo perdiera la serenidad, la frialdad del ánimo ante un injusto ataque, ni tampoco del extraño.

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

A este grupo pertenece la doctrina de PUFFENDORF, o de la -violencia moral, pues funde la legítima defensa, en perturbación de ánimo que en el agredido produce la inminencia del



ataque (PROPTER PERTURBATIONEM ANIMI). Dice PUFFENDORF que no se justifica la defensa, pero se excusa debido a la perturbación psíquica, que despierta la violencia injusta en el ánimo del agredido.

PESSINA. Para quien la defensa se justifica por la imposibilidad de que el Estado intervenga en el momento de la agresión, al respecto dice "cuando una agresión ilegítima se presenta de tal modo que la sociedad le es imposible acudir en defensa del individuo, cualquier persona que trate de defender el injustamente agredido no puede por aquella situación de necesidad y de colisión de derecho, se considera penado, como voluntaria trasgresora de la ley".

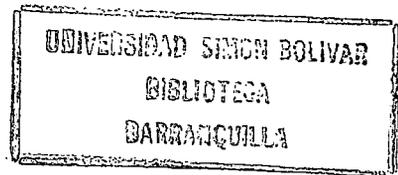
VON BURI: Para quién la defensa se justifica, porque cuando hay dos derechos en conflictos, de modo que ambos no puedan subsistir, hay derecho a sacrificar el menor. Doctrina entre otras cosas peligrosas.

El maestro CARRARA, de tal postura doctrinal califica de "intolerable" error dar a la legítima defensa el nombre de "excusa" expone su comentario con estas palabras "cuando he

defendido mi vida o la de otra del peligro de un mal injusto, grave e inevitable de otro modo, que amenaze la persona humana, no he tenido necesidad de una excusa; he ejercitado un derecho, un verdadero, sagrado derecho, mejor dicho, un verdadero sagrado deber por 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".

3.3 DOCTRINA POSITIVISTA

Encabezada por FERRI, para el cual la defensa, se justifica porque cuando es un caso de colisión jurídica que responde al instinto de conservación del individuo o de la especie que proviene el instinto de la defensa., ofensa en todo ser que vive, y es por lo tanto un impulso natural e irrisistible. Según el corifeo de la escuela positiva, la defensa se justifica porque quien mata en defensa propia o de terceros obra SECUNDUM JUS y su acción delictuosa en apariencia, no lo es en realidad, no es una excusa, sino que representaba bien el ejercicio de un derecho.



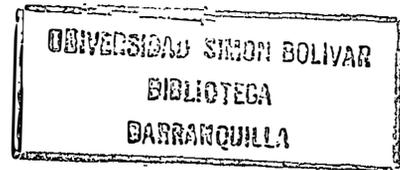
Por el contrario, FIORETTI, se aproxima mucho más al correcto pensamiento de la justificación. No basta ya con afirmar la temibilidad del agresor y la ausencia de ella en el defensor. Sigue diciendo FIORETTI, el que se defiende, cumple con un acto social, en tanto su interés coincide con el interés social.

Para la escuela positivista, el derecho surge cuando se dá aquella coincidencia entre ambos intereses, de ahí que la legítima defensa, es un derecho tanto en sentido objetivo como en sentido subjetivo, esto es tanto una norma necesaria para la existencia social, como una facultad del individuo, para actuar aquella norma.

SOLER. Para quién la defensa se justifica, porque el objeto de la defensa, coincide con el objeto del derecho que es tutelar los bienes jurídicos.

3.4 LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACION

Se identifica esta teoría, porque sus autores consideran la



legítima defensa como una justificación al hecho contra el -
que se defiende.

A la cabeza de esta teoría, se encuentra HEGEL, para éste filósofo, la reacción individual defensiva, constituye un -
derecho necesario. En efecto dice el filósofo Alemán, a -
quién se encuentra en la necesidad de conservar su vida ame-
nazada por el acto de otro, no se le puede negar el proveer
a ello aún a costa de la vida, de su injusto atacante. De
lo contrario, habría que calificarla como desposeído de su
derecho a la vida el cual sería un sentenciado a muerte.

Sigue agregando el autor no siendo así, hay que reconocer que
quien la legítima defensa, afirma el derecho, ya que siendo
el delito y la injusta apresión, la negación del derecho, la
defensa privada es la negación de la negación del derecho, -
por consiguiente es justa.

Esta teoría del Alemán Hegel, se basa en el derecho de la ne
cesidad, esta tesis fue seguida por varios filósofos entre
otros KASTLIN, LEVITA, HALSCHNER, BERNER.

Más tarde aparece la tesis de la "defensa pública subsidiaria"

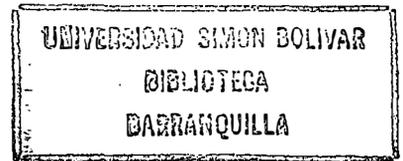
de CARRARA. Para éste maestro, la defensa individual sería la singular, vinculada al innato derecho de repeler la fuerza por la fuerza. La defensa pública fue instituida para suplir la insuficiencia de la defensa privada y refrenar los - excesos. Más cuando la defensa pública es ineficaz, no tendría razón de ser y la defensa individual, dentro de sus límites se ejercería con absoluta legitimidad en razón de que "LA TUTELA JURIDICA", no puede exigir sin contradicción, el castigo de un hecho por el que la tutela jurídica se mantiene en la única forma que hacen las circunstancias del caso".

MANZINI. Está de acuerdo con esta posición , cuando afirma que la legítima defensa, es la ejecución de una delegación hipotética de dominio de la policía, que el Estado hace a la persona por motivos de necesidad, cuando reconoce que no puede prestar oportunamente la protección a la persona que en un momento dado la necesita, en este instante la defensa pública pierde derecho y gana la defensa individual.

3.5 TESIS DE LA LEGITIMIDAD ABSOLUTA DE LA LEGITIMA DEFENSA

Defendida incondicionalmente por el filósofo RUDOLF VONI -

IHERING, éste filósofo expone su tesis diciendo "En la personalidad se revela la primera aplicación de la fuerza necesaria para el fin de la existencia humana. Amenazada en su existencia, en su cuerpo, en su vida, por un ataque del exterior, el individuo se pone en estado de defensa, rechaza la fuerza con la fuerza (Coacción propulsiva). La naturaleza que ha creado al hombre, que lo ha dotado del instinto de conservación, a querido ella misma ésta lucha. Todo ser creado por ella debe mantenerse por su propia energía, el animal lo mismo que el hombre, mero hecho físico en el animal, éste acto reviste para el hombre un carácter moral. El hombre no solamente se defiende. Esta es la legítima defensa, constituye un derecho y un deber, es un derecho en tanto que el sujeto existe para si mismo, y un deber en cuanto existe para el mundo.

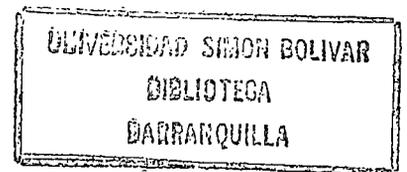


4. HISTORIA DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO

En el año de 1823 se elaboró el primer proyecto de Código - Penal, cuyo autor se desconoce, por ser una codificación establecida en base al derecho penal español.

En el año 1833, en el gobierno del general Francisco de Paula Santander, el consejo de Estado presentó un proyecto que quedó establecido como el código en el año de 1837, éste es prácticamente de nuestros códigos penales, en este código se corrigen los defectos de la legislación española; en éste código se implantó la pena de infamia y la de muerte, dicho - código rigió hasta el año de 1873, tuvo una modificación de 1851, cuando se le introdujo el juicio público con jurados en los procesos por delitos comunes, se suprimieron algunas penas como el presidio, prisión, la venganza pública, reclusiones y el trabajo forzado.

En el año de 1873, bajo el gobierno de Murillo Toro, se expidió un código penal, que tuvo como base la expedición de

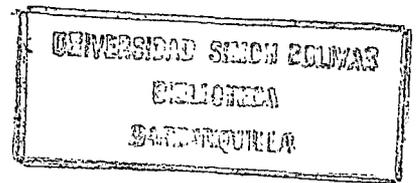


Rio Negro, se involucró el principio de la inviolabilidad de las personas humanas, la libertad de imprenta.

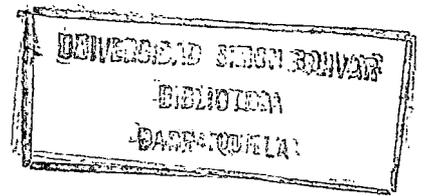
El código penal del año de 1873, estuvo vigente hasta el año de 1886, en él se estableció una transformación política, el país había tenido un régimen federal, pasó a un régimen central y se suprimieron los códigos federales. Desde entonces, rigió el estatuto de Cundinamarca adoptado en el año de 1980, año en el cual se expidió el código penal para toda la república. Más tarde rigió el código elaborado por el Doctor JUAN PABLO RESTREPO, mucho más apegado a la realidad colombiana. El gobierno resolvió contratar en Italia una comisión de penalistas, éstos vinieron a Colombia en el año de 1927 y elaboraron un nuevo proyecto.

En el año de 1933, se creó una nueva comisión que se convirtió en la ley 95 de 1936, la cual entró a regir el 10 de Enero de 1936, y este código estuvo vigente hasta el año de 1979.

4.1 LA REFORMA PENAL



La delincuencia como todos los productos de la sociedad, aumentan año por año, no por el crecimiento demográfico del país, sino por los procesos tecnológicos y culturales que transforman la sociedad. Hacia mucho tiempo que se había realizado numerosos intentos para reformar las instituciones penales, sustantivas y procedimentales; varias comisiones fueron elegidas para redactar proyectos de códigos ó para introducir sustanciales reformas, pero nada se logró. Mientras tanto la alarma crecía por el aumento de la delincuencia, esta situación la describió el Doctor LLERAS CAMARGO, así en su mensaje al congreso del año de 1961. "El clamor general sobre la justicia, el cual se suman no pocos a los jueces que encuentran inadecuada la organización presente y que a pesar de sus conocimientos y voluntad no logran dominar el complejo arcaico mecanismo, destinado a consagrar la rutina, la lentitud y la impunidad; obligará seguramente al congreso a dedicarle la más seria atención al examen de la reforma. Es cosa grave que aún por la ligereza muchas veces sin plena información, todo un país acepte como axiomática la quiebra de su organización judicial y que no haya nadie que pueda levantarse con autoridad suficiente nacidad de los mismos a refutar esa convicción pública. Nadie debería tener el mayor interés en estos proyectos de ley que los propios jueces, cuyas sentencias caen en una atmósfera de exceptisismo y suspicacia,



son motivos de agitadas controversias, y aún ajustadas a la ley, no pueden liberarse de la irrespetuosa reacción que suscita la acción judicial. Un país que no cree en sus jueces ni confía en su justicia, está siempre al borde de las más grandes calamidades y a ese estado nos ha conducido, sin duda al descuido en organizar la administración de justicia en una forma más adecuada para las condiciones presentes o siquiera acomodadas a las exigencias de la población actual colombiana. En el ejercicio de las facultades extraordinarias que otorgó el congreso al ejecutivo por medio de la ley 27 del año de 1963, se promulgaron numerosos decretos que se conoció con el nombre de "Reforma Judicial", entre los más importantes podemos mencionar el 528 y el 1356 del año de 1964, - modificó las reglas sobre competencias y reformas a algunas instituciones procesales, el decreto 1358 de 1964, por el cual dictan unas disposiciones sobre procedimiento penal, el decreto citado que estableció una nueva división territorial judicial, el decreto 1698, por el cual se organizó la carrera judicial y la vigilancia judicial; el decreto 1699, sobre conductas antisociales, el decreto 1726, sobre la policía judicial.

Esta reforma no se pudo llevar a cabo por la Corte en senten-

cia del 28 de Junio del año de 1965, la declaró inexecutable; las disposiciones del decreto 528 del año de 1964, en cuanto suprimen la categoría constitucional del juez del circuito, con esta decisión prácticamente se cayó la reforma.

Más tarde la ley 16 del año de 1968, sancionada el 28 de - Marzo, restableció los juzgados del circuito y otorgó facultades al presidente de la república para reorganizar el procedimiento penal. Estas autorizaciones se concretaron por la ley 16 del año de 1969, y en ejercicio de ella se expidió el decreto 409 del año de 1971, por el cual se introducen reformas al código de procedimiento penal y se codifican todas sus normas, que es el estatuto procedimental vigente.

En materia penal sustantiva, varias comisiones habían sido - designadas con el encargo de elaborar proyectos de códigos penales, sin que hubiera tenido ningún resultado.

Por decreto 416, del 22 de Marzo del año de 1972, el gobierno nacional creó la comisión de reforma del código penal integrada por los doctores entre otros: FEDERICO ESTRADA - VELEZ, LUIS CARLOS PEREZ, LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO y OTROS.

Después de gran trabajo, la comisión elaboró un proyecto de código penal, en su oportunidad de 1974, circuló profusamente, se publicaron comentarios en la prensa nacional y le pidieron sugerencias a los colegios de Abogados, a las facultades de derecho y a los magistrados de los tribunales. Sin embargo ésta promoción no tuvo éxito debido a la negligencia de nuestras gentes. Más tarde en el mismo año de 1974, el gobierno solicitó facultades extraordinarias para poner en vigencia el proyecto penal, al transmitirse el proyecto de ley en la comisión primera de la cámara se aprobó una proposición, por medio de la cual le pedimos al gobierno la designación de una nueva comisión que revisará el anteproyecto del código penal. Fruto de esta revisión fué el proyecto del año de 1976, pero luego la misma comisión se reunió nuevamente y realizó fundamentalmente modificaciones a su propio trabajo, para terminar con el anteproyecto del año de 1978, publicado profusamente con una extensa explicación de su presidente el Doctor GIRALDO MARIN, desventuradamente sin actas.

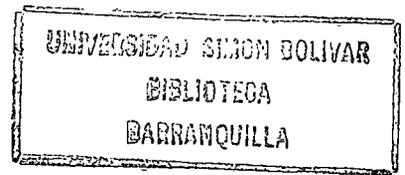
Las faltas de actas constituyen un verdadero inconveniente para la interpretación del contenido y alcance del anteproyecto, a pesar de que las actas del proyecto del año de 1974 suplen en partes por lo menos estas deficiencias, en el año de 1978,



se expidió la ley 5a. que otorgó al presidente de la república facultades extraordinarias, por el término de un año "para expedir y poner en vigencia un nuevo código penal, con bases, principios generales del proyecto presentado al gobierno en el año de 1978, y el anteproyecto publicado del año de 1974, por el Ministerio de Justicia, se nombró una comisión que revisara cuidadosamente a los dos anteproyectos anteriores comparandolos con las normas del código vigente, y finalmente con mucha satisfacción, concluida su labor entregaron al señor presidente de la república el proyecto definitivo para Colombia, con todas las actas y los documentos complementarios, ésta entrega fue el día 5 de Diciembre del año de 1979, que más tarde se convirtió en el decreto 100 de Enero 23 del año de 1980, por medio del cual se expidió el nuevo código Penal.

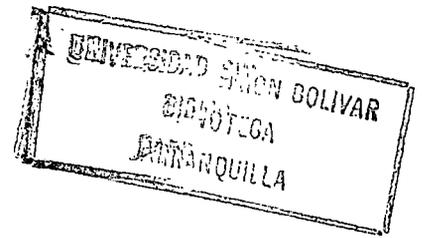
4.2 FILOSOFIA DEL NUEVO CODIGO PENAL

El nuevo código penal, está dividido en la misma forma que el viejo código, en dos libros. En el primero, se regulan los principios que corresponden a toda la legislación penal colombiana. De la misma forma lo relacionado con la aplica-



ción de la ley, la estructura del delito, con todos los elementos que los tipifican, los concursos y las causas que excluyen o modifican la punibilidad. Finalmente se reglamentan las penas y las medidas de seguridad. Es idéntico al viejo lo relacionado con la responsabilidad civil derivada. La estructura formal del nuevo código penal en su parte general es igual a la del código viejo. El cambio fundamental que se presenta, es que el nuevo código penal, abandonan definitivamente el positivismo, y se enrumba hacia un derecho penal de culpabilidad. Es esto la columna vertebral del nuevo código penal.

El nuevo código penal se basa sobre la tesis de que no puede haber pena sin culpabilidad. No se sanciona al individuo porque sea peligroso sino cuando se compruebe que es culpable o sea cuando a realizado un hecho socialmente reprochable. La cantidad de castigo se establece en la medida que se establece el cargo de culpa. El derecho penal de culpa, es que inspira fundamentalmente al nuevo código penal. Y es esa la diferencia sustancial con el antiguo código, otra diferencia a más de esa es que eliminó la pena de presidio, cuyas diferencias prácticamente en relación con la prisión no eran ningunas, en el nuevo código penal, las penas privativas de



la libertad son la prisión y el arresto.

4.3 LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO COLOMBIANO

La legítima defensa en el derecho colombiano se basa en las doctrinas de la escuela positivista. Su origen sobre la imputabilidad comprende todas las condiciones que fijaron los padres de la nueva orientación en materia penal. Estas afirmaciones que tienen suficientes respaldo en las actas presentadas por las diferentes autoridades en el debate sobre el código penal. Aparte de este aspecto, hemos visto que tan pronto se consume el delito, se establece una relación entre el sujeto que lleva a cabo la acción y el estado que tiene su origen en la ley penal. La ley que desempeña el papel de objeto genérico del delito que emana del Estado.

Y también fija no solo los derechos del Estado, sino que sanciona a quien se ha hecho agresor a las medidas establecidas para dicho delito, a fin de que durante el proceso no sea sometido a trámites distintos a los específicamente previstos para su delito.



Pero no siempre que el hombre, lleve a cabo una acción que en primera instancia se presenta como delito, se le puede imponer una sanción o declararse responsable; pues aún dándose la imputación y habiéndose formulado la imputabilidad en particular, puede ocurrir que el sujeto activo de la acción, no es responsable como autor de un delito; tal es el caso de la legítima defensa.

En nuestro código penal, ese carácter se manifiesta, con el hecho de hallarse inscrita en la parte general e introducida en el libro primero título tercero capítulo quinto.

A pesar que permanece indemne el marco jurídico de la eximente, deben presentarse todos los requisitos de ésta figura, ya que si hace falta algunos de ellos, no se puede presentar esta figura tan importante como es la legítima defensa.

5. CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Antes de entrar al estudio de la naturaleza de la legítima de
fensa, pasaremos una breve revisión a los principales concep
tos y definiciones que algunos autores han expresado sobre e
llas en las diferentes doctrinas y legislaciones.

La legítima defensa. Dice JIMENEZ DE ASUA, es la repulsa de
la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o
tercera persona, y dentro de la racional proporción de los
medios empleados para impedir la o repelerla. En ésta defini
ción se establece la extensión de la figura y las condiciones
de la agresión.

LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ. Dice: Que la legítima defensa,
es el derecho que tiene el individuo de rechazar con la fuer
za las agresiones, cuando el Estado es impotente para prote
ger el derecho.

ALFONSO REYES ECHANDIA. Dice: En términos generales entienen



5. CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE LA LEGITIMA DEFENSA

Antes de entrar al estudio de la naturaleza de la legítima de fensa, pasaremos una breve revisión a los principales conceptos y definiciones que algunos autores han expresado sobre e llas en las diferentes doctrinas y legislaciones.

La legítima defensa. Dice JIMENEZ DE ASUA, es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla. En esta defini ción se establece la extensión de la figura y las condiciones de la agresión.

LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ. Dice: Que la legítima defensa, es el derecho que tiene el individuo de rechazar con la fuerza las agresiones, cuando el Estado es impotente para proteger el derecho.

ALFONSO REYES ECHANDIA. Dice: En términos generales entién

dese por legítima defensa la reacción intempestiva y adecuada a una agresión actual e injusta.

LUIS CARLOS PEREZ. Dice: La legítima defensa, es una facultad jurídica, que se funda en la necesidad de proteger, mediante un contra ataque, un derecho propio o ajeno, amenazado por la violencia actual e injusta de otra persona.

SILVIO RAMIERI. Dice: La legítima defensa, es la reacción necesaria y proporcionada que se lleva a cabo para aleja de sí o de otro el peligro actual de una ofensa injusta.

SISCO. Define la legítima defensa, como la repulsora racional contra ataque injusto, llevado contra un bien propio o ajeno jurídicamente defendible

MAGGIORE. Dice: La legítima defensa, consiste en el derecho que tiene cada persona, para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el estado no puede proveer a su defensa.

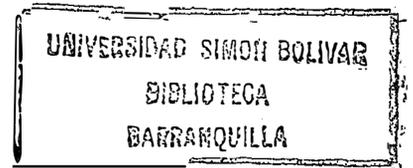
SEBASTIAN SOLER. Dice: La legítima defensa, es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada.

Nuestra muy humilde definición de la legítima defensa, como figura del nuevo código penal, aunque no somos los más indicados para ellos, ya que la definición que emite el artículo 29 inciso 4o. está bien claro, más nos atrevemos a definirla así: "La legítima defensa, es el derecho que tiene toda persona de reaccionar contra un ataque injusto, actual y eminente, siempre y cuando esa reacción sea proporcionada a la agresión.

5.1. ESTUDIO JURIDICO DE LOS REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PENAL

Son cuatro exactamente, los requisitos que tienen que presentarse para que pueda darse la institución de la legítima defensa; los cuales estudiaremos cada uno de ellos profundamente.

De la definición que nos trae nuestro código penal o sea el

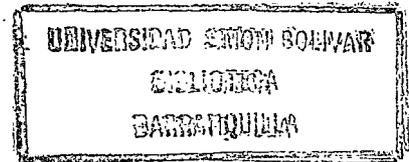


Decreto 100 de 1980, se presumen los requisitos de la legítima defensa y son los siguientes:

- 1o. Necesidad de la defensa.
- 2o. Defensa de un derecho personal propio o ajeno.
- 3o. Agresión actual e inminente.
- 4o. Proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

5.2 LA NECESIDAD DE LA DEFENSA COMO REQUISITO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La defensa se considera necesaria, siempre que la naturaleza del ataque así lo exija, o sea cuando no exista otro medio idóneo para repeler la agresión; la necesidad de la defensa se hace presente, cuando el ataque es inminente, y no existe otra salida para evitarlo; no como algunos autores plantea la fuga como una solución para evitar la agresión, ya que



la fuga, es una excepción, y es para determinados casos. La necesidad de la defensa se da en el preciso instante en que se produce la agresión en la necesidad de la defensa debe - presentarse un equilibrio ente los elementos de la defensa - con respecto a la injusta agresión de agresor, ya que si no se presenta así, caeríamos en una defensa desproporcionada.

En pnencia hecha por el jurísta ROMERO SOTO, sostuvo que - "En la norma actual del código, se habla de la necesidad de la defensa o defender a otro de una violencia", es decir, se refiere que el ataque sea una irrupción material de tipo violento, una especie de despliegue de energía física, contra la persona que se ataca en forma injusta y si ésto no sucede no se daría la legítima defensa, planteamiento entre otras cosas, con todo el respeto, no comparto porque existen derechos muy importantes que merecen igualmente respeto que tienen otros derechos, como el honor; por eso pienso que para que haya la necesidad de la defensa, la agresión se puede - presentar en distintas formas, ya sea material o moral, lo importante es que esta agresión sea injusta e inminente, por otra parte la necesidad no debe evaluarse en forma absoluta o posterior, pienso que la necesidad de la defensa debe ava-

luarse en el preciso momento en que el agente pasivo de la acción presume que es inminente la agresión injusta, o sea que no es preciso que aparezca en forma plena la injusta agresión, por eso le doy sus méritos a lo que sostiene el Doctor MESA VELASQUEZ, cuando dice "que no es preciso que comience la le sión del derecho, de quien se defiende, para que sea in jus ta y legítima defensa; basta que el mal aparezca como inmi- nente, muy próxima e ineludible, en la conciencia del suje to y que se siente en la necesidad imperiosa de ejercer la re presalia".

5.3. DEFENSA DE UN DERECHO PERSONAL PROPIO O AJENO COMO SE- GUNDO REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA

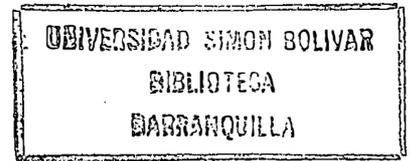
Todos los derechos que la ley le otorga al individuo dentro de la sociedad donde se encuentra son susceptibles de protec- ción, ésto es a lo que se refiere el segundo requisito de la legítima defensa, tales derecho son : La integridad perso- nal, el honor, la propiedad, la libertad; pero para invo- car la legítima defensa, en la defensa de un derecho, es ne cesario que la reacción sea en el mismo instante en que es -

violado el derecho personal propio o ajeno; porque si la -
reacción es tardía o después de la agresión estaríamos en
presencia de un delito imputable como la venganza.

En nuestra opinión, la defensa de un derecho personal o aje
no, sería la acción normal, que ejecuta el agredido para de
fenderse de un daño u ofensa actual e injusta de agresor -
cuando este ha violado un derecho propio o ajeno, siempre y
cuando esa acción sea dirigida para impedir la agresión de un
derecho ajeno o personal. Cuando el artículo 29 No. 4o., se
refiere a un derecho ajeno podemos establecer como una espe-
cie de solidaridad por todas las legislaciones del mundo.

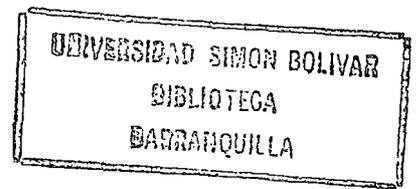
5.4 AGRESION ACTUAL E INMINENTE COMO TERCER REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA

La agresión a que se refiere el artículo 29 No. 4o. del nuevo
código penal es material (ataque) o verbal (ofensa) no es
necesario que la agresión sea grave o leve, pero es determi
nante que esa agresión sea actual, porque si no es actual,



sino que es futura o apenas se presume, no se puede alegar la legítima defensa como causa de justificación. La agresión debe ser actual y además injusta, ésta es, antijurídica, que viole un derecho, que sea contraria a un interés legítimo o un derecho personal legalmente reconocido.

El numeral 4o. del código penal, no establece la calidad de la persona que lleva a cabo la violación del derecho con su agresión, o sea que esa agresión, puede realizarla cualquier persona, es más se encuentran involucrados los llamados inimputables, como también sucede para la persona que se defiende de esa injusta agresión, no establece la calidad especial o sea cualquier persona se puede defender, independiente de su edad, condición o estado. Para que exista una verdadera agresión, es preciso que exista una voluntad de ataque, éste elemento no desvirtúa el carácter inminentemente objetivo del injusto, la existencia de ésta voluntad de agresión es para evitar que se considere como agresión o ataque solo en apariencia, como el caso de proceder por broma o cuando no se tiene propósito de llevar a término una amenaza; también podemos establecer que la ofensa verbal (injusta) no establece agresión, como para reaccionar en forma de fuerza material



si se presenta como consecuencia de una injuria, acto de fuerza material, no se puede invocar la legítima defensa; se puede presentar un delito de otra índole, pero no un hecho de justificación. La agresión debe ser actual y antijurídica, para que se pueda invocar como requisito de la legítima defensa, porque si no es actual, antijurídica o inminente y contra un derecho propio o ajeno no se puede establecer la figura en mención, se puede dar otro hecho delictuoso como la venganza, y otro, pero en ningún momento el hecho justificado.

5.5 LA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA AGRESION Y LA DEFENSA COMO CUARTO REQUISITO DE LA LEGITIMA DEFENSA

La agresión actual e inminente, con relación a la defensa, entre éstas debe existir una debida semejanza; de esto se desprende, que si la agresión actual inminente es mínima y la defensa o reacción del que se siente agredido es máxima, no se puede establecer una proporcionalidad, y como consecuencia de ésta una reacción desproporcionada, la cual no se podría invocar, para alegar la legítima defensa, como cau-

sa de justificación aún cuando se habla de proporcionalidad. Ésto no significa, que los medios empleados sean iguales - o idénticos, casi siempre los medios de agresión a los de la defensa son distintos y sin embargo debe existir una proporcionalidad. La proporcionalidad entre la agresión y la defensa debe de apreciarse en concreto, no en abstracto; para establecer si verdaderamente existió o no la proporcionalidad de la agresión con relación a la defensa; no simplemente se debe analizar la forma, la calidad de los medios que son empleados por las personas para agredir o defenderse, sino además los estados psicológicos tanto del injusto agresor, como el del que se defiende, el estado de ánimo y todas las circunstancias que rodean el hecho y las personas que intervienen en el hecho, para poder justificar los medios y después analizar todas estas circunstancias, se establece en sí la proporcionalidad de la agresión con relación a la defensa. Lo cierto es que este requisito es tan importante como todos los demás, la proporcionalidad entre la agresión y la defensa es muy determinante porque marca hasta donde se puede establecer la legítima defensa, porque si no existe la proporcionalidad entre la agresión y la defensa, no puede presentarse la causa de justificación, sino otra figura como lesiones personales, homicidio y venganza.

5.6 ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

Cuando hablamos de los elementos de la legítima defensa tenemos que ubicarnos dentro de los sujetos de esta figura como con el sujeto activo y sujeto pasivo; en primera instancia estudiaremos el sujeto activo.

5.7 SUJETO ACTIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA

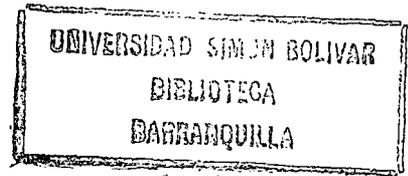
El sujeto activo de la legítima defena, puede ser toda persona física, que en ejercicio de aquel derecho de defenderse reacciona contra una injusta agresión, ya sea contra sí mismo o contra terceros que legítimamente auxiliien.

Pero no todas las personas, pueden ser sujeto activo de la legítima defensa, porque los actos por medio de los cuales puede ejercerse la legítima defensa, en la forma como lo -preveen las leyes penales, solo pueden ser realizados por personas físicas.

Las personas de existencia ideal, jurídicas o colectivas, no pueden ser sujeto activo de la legítima defensa, esto lo corrobora JIMENEZ DE ASUA, cuando dice "si unos de los individuos de una sociedad, colectivas, cuerpo, muchedumbre, emprende como tal una reacción contra un ataque ajeno o presente o inminente de carácter ilegítimo obra en defensa propia o de otro, pero no puede decirse que es la corporación la que se defiende".

Se han establecido ciertas discusiones, sobre si los penalmente incapaces tienen derecho a la defensa; algunos autores como MAGGIORI, MANZINI y MASSARI, sostienen que los penalmente incapaces o inimputables, pueden ejercer el derecho de la defensa, la reacción defensiva de cualquiera de estos incapaces penalmente, dicen estos autores que no es legítima defensa, ya que estos se presentan ante el derecho, como cuando se molesta a un animal y éste reacciona.

JIMENEZ DE ASUA, no está de acuerdo con estos autores y afirma que el loco y el menor, son capaces de ejercer el derecho de defensa, por lo mismo están capacitados para agredir.



En uno y en otro sentido realizan actos de los que no están ausentes el elemento psíquico que caracteriza el actuar humano.

El argumento que presentan los autores como MAGGIORI, MANZINI y MASSARI, sobre la absolución de los incapaces o imputables que se defienden de una injusta agresión, satisfaciendo los requisitos de la legítima defensa, debe realizarse por ser estos sujetos inimputable, es a juicio de JIMENEZ DE ASUA, es injusto y al respecto dice: "Si al loco se le exige por inimputable, en un acto de defensa intrínsecamente - justo, escribe, resultaría que por ser absuelto a virtud de una causa de inimputabilidad habría de imponersele a él o al guardador, la preparación de daños y perjuicios derivada de toda acción antijurídica, con la que llegaríamos, al absurdo de deducir responsabilidad civil por una conducta objetivamente conforme a derecho.

Otros elementos por los cuales también se esboza grandes discusiones para establecer, si se puede ejecutar el derecho - de defensa, relacionan al rey, al papa, al presidente de la república, embajadores. Muchos autores se pronuncian y es

tán de acuerdo que estas personas gozan del derecho de defensa, entre ellos tenemos los prácticos que a pesar de sus - concepciones monarquicas y de su respeto al absolutismo, sostienen que esas personas privilegiadas ejercen de acuerdo a las leyes el derecho a la legítima defensa; entre los autores modernos imperan este criterio con agrumadora mayoría; - pero no faltan importantes autores como MASSARI, que se pronuncia resueltamente por exceptuar del ejercicio de la legítima defensa al rey, al papa, a los presidentes y embajadores, alegando que se encuentran "fuera del derecho penal". No compartimos este concepto puesto que estas personas, puedan que gocen de algunos privilegios como funcionarios, pero también son personas humanas y están expuestas a la injusta agresión y no se sabe en que momento se pueda presentar, y por otra parte no se le puede declarar como incapaces para ejercer el derecho de la legítima defensa.

De acuerdo a éstos comentarios, podemos concluir diciendo, que todas las personas físicas son sujetos activos para ejercer el derecho de la legítima defensa, sin tener en cuenta que tengan o no privilegios, sean incapaces, enajenados o nó, porque las personas pueden defenderse de una injusta agresión

e inminente, siempre que esta agresión contenga los requisitos de la legítima defensa.

5.8 SUJETO PASIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA

En relación con el sujeto pasivo de la legítima defensa se han planteado algunas discusiones.

Como principio general se ha establecido que cabe la legítima defensa, contra el ataque injusto de cualquier persona, ya sea estos inimputables, que gocen de algún privilegio, o esté unido al que se defiende por los más extrañables lazos de sangre; los que unen al padre con los hijos y viceversa, al cónyuge con la cónyuge, a los hermanos entre si.

Hay que establecer esta aclaración, que en las legislaciones penales actuales, solo cabe defenderse del ataque injusto de las personas físicas humanas, y por esta razón solo éstas pueden ser sujetos pasivos de la reacción defensiva; igualmente las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de

la legítima defensa; la muchedumbre ya que la versión contra la agresión de un grupo de hombres de una multitud, de los miembros de una entidad colectiva, lo que existe es una acción de defensa contra persona o personas atacantes.

Dentro de los sujetos pasivos de la legítima defensa, tenemos que colocar, la lesión de un derecho de terceros en actos de legítima defensa propia; por vía de ejemplo, podemos traer a colación cuando se reacciona contra la agresión de una multitud, disparando un arma de juego, contra la multitud, se hiere a un individuo integrante de esa multitud que nada intentó contra el que se defendía.

Es SOLER, en la Argentina, el que lanza su opinión en relación con la lesión de un derecho de terceros en actos de legítima defensa propia. "La reacción tiene que dirigirse contra el agresor la circunstancia de que un tercero resulte lesionado, deja subsistente la legítima defensa, sólo cuando cuando aquel resultado provenga del error no culpable de - quién se defendió".

En relación a la lesión de un derecho de terceros en actos de

legítima defensa propia, se han establecidos ciertas teorías.

5.9 LESION A TERCERO NEUTRAL DE CARACTER IMPREVISIBLE

Es el caso, cuando nuestro disparo, dirigido a quien nos ataca, cuando atraviesa el cuerpo del agresor y la bala vuelve a herir o matar a un tercero inocente; en el caso nuevo, el hecho nada tiene que ver con la legítima defensa, y se juzgará como caso fortuito.

5.10 LESION EN EL SUPUESTO DE ABERRATIO ICTUS

Es el caso, cuando queriendo disparar sobre el injusto agresor erramos la puntería y damos muerte o herimos.

5.11 CUANDO LA LESION SE CAUSA A UN TERCERO QUE FATALMENTE HA DE SER HERIDO

Es el caso, cuando el agresor, se ampara, como escudo, trás

el tercero inocente avanzando a su espalda y sacando solo un brazo con la pistola, mientras lo empuja para obligarlo a - caminar, la muerte o las heridas que se le causan a éste se justifican por estado de necesidad.

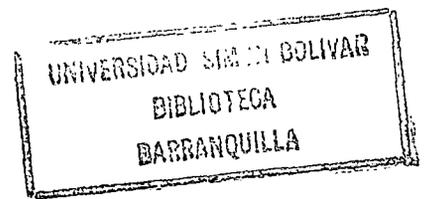
5.12 DEFENSA DE TERCEROS

La legítima defensa, como causa de justificación que es, - puede actuarse en favor de terceros, ya estén relacionados con el defensor por el lazo de parentesco, o ya sea totalmente extraños.

Esta institución nace casi junto con la legítima defensa ejemplo en Alemania, debido a la gran relación con el estado de necesidad, se le bautizó a la defensa de terceros "auxilio necesario", más adelante los autores modernos no solamente la reconocen, porque superan la raíz egoísta de la defensa propia, se destaca dentro de los autores ALIMENA, que la califica de la "más notable y hermosa", y por lo mismo se muestra enemigo de que se le impongan los motivos.

Establecido que se puede defender en favor de terceros en ge
neral, se presenta la duda en cuanto algunos de estos par-
ticulares. No hay duda, en cuanto se puedan defender a los
inimputables, ya que sí se pueden defender ellos mismos, -
también podrán ser defendidos por otros. Igualmente pueden
ser defendidas las personas jurídicas, en el momento que -
sean sujetos de derecho (honor, propiedad), que pueden nece
sitar el amparo de la defensa privada. El autor ALIMENA, es
tablece que sí se puede, dar la posibilidad de defender el -
NASCITURUS, desde el momento que éste sea sujeto pasivo de
la infracción delictiva, con mucha más razón, cuando el a-
borto se practica contra la voluntad de la madre, ya que se
confunden la violencia practicada sobre la madre e inmediata
mente sobre el feto.

Contrario a lo que dice ALIMENA; JIMENEZ DE ASUA, le niega
al feto la condición del sujeto pasivo del delito, y por ra-
zón niega la posibilidad de defender como tal. La ley esta-
blece que se debe proteger a quien está por nacer, en razón
a este principio el feto es portador de un interés jurídico,
que no debe ser confundido con el interés de la madre, ni -
tampoco se debe proteger a medias, sino que se le debe pro-



teger en forma total ya que goza de la suficiente categoría biológica para otorgarle no la personalidad jurídica, pero sí la antológica y vital suficiente de su interés propio; - por todas éstas razones expuestas pensamos que si se puede de defender el feto como un elemento de derecho.

En cuanto a la defensa del cadáver, no se puede defender por terceros, ya que éste no es sujeto de delito, más bien lo - que se puede defender, es el sentimiento, y que no pertenece al difunto, sino a sus familiares, a la colectividad o a la comunidad a la cual pertenece en vida.

Dentro de la defensa de terceros, tema en que existe dificultad para distinguir, es, el que se refiere entre la guerra justa o defensa del Estado, que tiene su base en el derecho internacional, es evidente que todos los intervinientes querran ampararse en el manto protector de la causa de la justificación para defender otro Estado, pensamos que ésta defensa, no se puede justificar debido a que los principios de derecho Internacional, no permiten el intervencionismo en otros Estados; éste problema se ha debatido particularmente en Alemania, donde se presentaron unas cantidades de

dudas y contradicciones, así el autor SCHONKE, limita la legítima defensa del Estado o casos excepcionales; en que el Estado esté amenazado a su propia existencia. MAURACH, admite que los bienes del Estado son objeto idóneo de agresión, pero reconoce que debe ser limitada la ayuda defensiva en - pro del Estado.

Más tarde, en los autores modernos encontramos a JIMENEZ DE ASUA, que después de recoger todas las ideas de los anteriores autores, se mostró en desacuerdo, y expuso que sólo excepcionalmente puede admitirse la legítima defensa del Estado; cuando el bien agredido sea objeto de un derecho subjetivo, en las demás situaciones se presentará un estado de necesidad o más bien cumplimiento de un deber.

Nos identificamos con la apreciación del Maestro Español JIMENEZ DE ASUA, cuando dice, que solo cabe en legítima defensa de los derechos del Estado, en cuanto a la persona jurídica, pero en casos excepcionales, pero no de ninguna manera podemos aceptar que un Estado defienda a otro Estado, porque esto sería simplemente una intervención de un Estado en otro y si recordamos un principio del Derecho Internacional vemos que prohíbe la intervención de un Estado con otro.

5.13 EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa, en lo que se refiere, a los bienes defendibles, en sus orígenes se refirió únicamente al homicidio o las lesiones, puesto que la vida o la integridad física, eran los bienes o derechos de la persona, que con más - continuidad eran atacados. Pero esta limitación no quiso decir que la legítima defensa, en su extensión llegara hasta ahí, porque desde el momento en que fué trasladada, a la parte general de los códigos, de inmediato se amplió el alcance de protección de todos los bienes y derechos que forman en sí el patrimonio de una persona o ente jurídico.

Uno de los códigos que abre pasos, para extender los bienes de legítima defensa, es el Código Español, cuando al referirse a la legítima defensa habla "el que obra en su defensa de su persona o derecho" y la misma extensión para la defensa de terceros.

Con el paso del tiempo, la legítima defensa, se extiende a la defensa del honor, el honor sexual, pudor, honor conyugar

u honra. Esta extensión referente a los bienes defendibles, establecido por el Código Español, es compartido por las teorías Alemanas e Italianas.

Con la aparición del código penal Italiano del año 1930, al extender la defensa a los últimos derechos, sin ninguna descriminación, obligó a los penalistas Italianos disidentes - admitir la defensa de todos los bienes protegidos jurídicamente, entre ellos el honor.

En el derecho Alemán, no ofreció dificultades en relación a éste punto al no hacer la ley ninguna diferencia entre los bienes jurídicos atacados, en este derecho se protegieron todos los bienes sin ninguna excepción, ya pertenecieran al particular, ya pertenecieran a la colectividad.

Algunos autores como Molina dice, la defensa de los bienes es necesario para el buen orden social.

No se les ocultó a nuestros juristas clásicos, el conflicto que existe entre los bienes de muy diversas categorías, como son la vida y los bienes materiales, por lo tanto, todos a

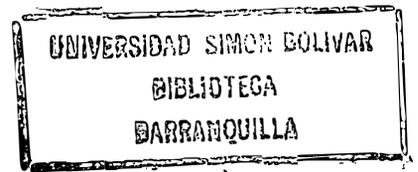


firman que solo pueden defenderse con medidas extremas los bienes cuando se trata de cosas de gran valor y no existe otro medio de salir de tal situación. Existe una gran cantidad de autores que expresan sus conceptos acerca de los bienes defendibles, podemos traer a colación algunos de ellos.

ALIMENA, dice ; es admitible la defensa de los bienes patrimoniales, ya que en muchos casos, la ofensa a la propiedad no es reparable ni resarcible; como es lógico esa defensa exige la debida protección entre la ofensa y la repulsa, de tal modo no podría justificarse un homicidio por la sustracción de una cosa de poco valor; pero si habrá legítima defena contra el hurto en documento del que depende el porvenir de una familia, o contra el hurto una parte importante de un patrimonio.

MANZZINI. Dice: También habló de la defensa de los bienes, incluido en el artículo 52 del código penal Italiano, en el que habla sin discriminación de "defender un derecho propio o ajeno".

En Alemania, VON LISZT, así mismo reconoce la defensa de to



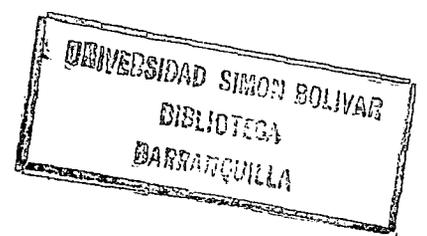
dos los bienes cuando dice "la ley no hace ninguna diferencia entre los bienes jurídicos atacados".

Podemos decir que la mayor parte de las legislaciones del mundo, establece la defensa de todos los bienes e intereses jurídicos, material o inmateriales desde los más preciosos, hasta los de más infimo valor.

Volvemos a repetir que la legislación Española abrió el camino, para establecer los bienes los bienes defendibles, que hoy domina en los Códigos Latinoamericanos. Esta también fue recogido por nuestro código en el Artículo 29 inciso 4o. - del Nuevo Código Penal Colombiano, se extiende a todos los derechos, y por lo tanto son susceptibles de ser defendidos legítamente para de quien partiere la agresión.

5.14 BIENES DEFENDIBLES

Todos, los bienes y derechos, que conforman a la persona humana, como ser social, son defendibles mediante la repulsa violencia. MAURACH. Expone sobre este punto. "No sólo los derechos reales ó absolutos pueden ser objetos de la legítim



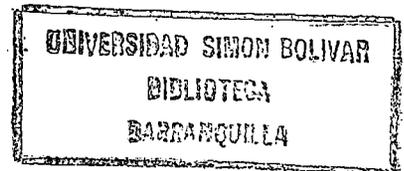
ma defensa, ésta también puede ejercitarse en forma de vida ebrionaria, del rendimiento profesional (Defensa frente a la competencia desleal), del patrimonio como totalidad y de las relaciones del derecho de familia, como esponsales".

La mayoría de códigos modernos, consagran la defensa de los bienes defendibles, algunos autores sostienen que no se pueden comparar la defensa de los bienes patrimoniales, con la misma importancia que tienen, la defensa de los bienes propios de la persona, como son la vida, la integridad personal, la libertad y el honor.

En contra de la legítima defensa de los bienes, se ha alegado algunas razones:

El riesgo que se alega como pretexto, para la impunidad a la agresión del patrimonio, a fin de satisfacer por ese medio las más bajas venganzas.

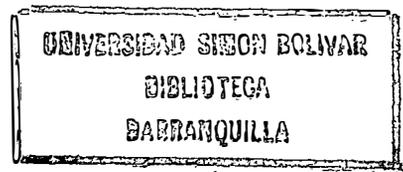
El peligro de que se generalice, la muerte justificada para salvar bienes que puedan no ser indispensables.



La gran desproporción que existe, entre un bien tan precioso como la vida, y otro tan precario como lo es el patrimonio.

Para mí dice ADOLFO ZERBOGLIO "La defensa de los bienes, se ha de admitir, cuando su pérdida represente para el robado una grave pérdida, que al impedirlo, aún con la violencia se haga necesario por el fuerte daño que resultaría, sino se la impidiese."

Nuestra humilde opinión en la siguiente: estamos de acuerdo, que todos los bienes que corresponde tanto al patrimonio económico, como los bienes que corresponden a la misma persona, sean defendibles, pero esta defensa debe ser proporcionada en la medida de la importancia que se presente el bien objeto de la injusta agresión, pero sería injusto como dice ADOLFO ZERBOGLIO, dar muerte a una persona por un bien insignificante; o un bien que no sea tan importante en el patrimonio de una persona, se debería en primera instancia establecer la calidad del bien objeto de la injusta agresión, para luego determinar si existe la verdadera proporción entre la injusta agresión del bien defendible y la legítima defensa del mismo.



5.15 DEFENSA DEL HONOR

Es una cuestión difícil y compleja, que se presenta en relación con la legítima defensa del honor.

Lo primero que quiso establecer el código fué la legítima de fensa del pudor, con el fin de probar la reacción violenta contra la agresión de tal naturaleza.

Pero el honor a lo que se refiere el código, es mucho más am plia que el pudor. El honor desde el punto de vista subjeti vo, es un sentimiento, la valoración que cada persona tie ne de sus méritos. Desde el punto de vista objetivo, es el concepto que de sus méritos tiene la sociedad donde vive. El objeto de la defensa lo constituye no solamente el honor sino también la honra.

El honor se puede defender de una injusta agresión, pero sin llegar a legitimar el homicidio, que con frecuencia se presentan como cuando los maridos ofendidos por la infidelidad de sus esposas o muchas veces por algunas simples sospechas,

siempre que se presentan estos casos no se puede alegar la -
legítima defensa del honor; estaríamos en presencia de un
delito de homicidio que la ley penal en su artículo 60 auto-
riza para juzgar al responsable.

Entra en defensa el honor, por ejemplo si el marido ejerce
violencia contra su mujer, para obligarla a ejecutar un ac-
to contrario a su naturaleza, y ella para evitar esa ofensa
a su dignidad de mujer, mata al esposo, puede ampararse en
el Artículo 29 por haber hecho uso de su derecho.

Podemos decir que la defensa del honor, también va envuelta
la defensa de la honra, cuando existe injusta agresión en
contra del honor, también existe injusta agresión en con-
tra de la honra. Cuando la mujer es violada y ésta se defiende
de esa injusta agresión, podemos decir que está defediendo
su honor y su honra.

6. COMPARACION DE LA LEGITIMA DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PENAL CON RELACION AL CODIGO DEL AÑO 1936

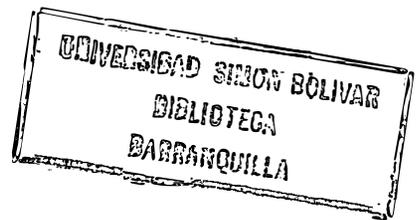
La legítima defensa en el nuevo código penal, con relación al código del año 1936, ha tenido algunas variantes importantes, estas variantes, es con el fin de actualizar la legítima defensa a las necesidades de esta nueva sociedad.

Unas de las variantes importantes, es que le legítima defesa del nuevo código penal elimina la enumeración restringida que tenía en el código del año de 1936, con relación a los bienes jurídicos en una forma amplia, como podemos notar, hoy en día, todos los bienes se encuentran amparados por la legítima defensa, sin tener en cuenta su carácter, ya sean estos bienes los que confirman el patrimonio de una persona o los bienes morales pertenecientes a la personalidad de la misma.

Otras de las variantes muy importantes, en cuanto a la legítima defensa del nuevo código penal, en relación al código

del año 1936, es lo referente a que en el antiguo código penal, se hablaba del término "violencia" es decir, se requería que el ataque fuere una irrupción material, una especie de despliegue de energía de una persona que injustamente agrada a otra persona; debida a esa acción la persona ofendida reaccionaba violentamente sino presentaba estas circunstancias, no se podía presentar la legítima defensa; en el nuevo código penal, ya no se habla de violencia o no se utiliza el término violencia, se establece un término más amplio, es la agresión, éste término hace más extensiva a la legítima defensa, porque comprende toda acción indebida contra los derechos de otra persona, esto significa que no necesariamente tenga que presentarse una acción violenta, para que se presente una reacción, sino que este término de agresión encierra otras acciones que aparentemente se presentan en forma hidalgas, pero que presentan peligros para bienes morales como el honor.

Podemos dar a conocer la significación del ámbito que tiene el término "Agresión" con un ejemplo, que establece el Doctor Julio Romero, en su ponencia sobre las causas de justificación del hecho "la esposa de un ministro que dió muerte a un periodista porque la amenazó con con publicar una -



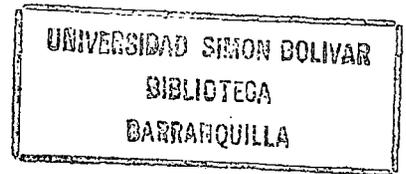
serie de documentos que hubieran arruinado moral y políticamente al esposo, y a quien se le reconoció haber obrado en legítima defensa, aunque la agresión, en éste caso no tenía caracteres violentos" traemos éste caso a colación para dar a conocer la importancia que tiene el término agresión establecido en el nuevo código penal, ya que tiene un campo mucho más amplio, que el término que se usaba en el viejo código penal, de este modo, el legislador a querido sustentar con mejores bases la institución de la eximente de la legítima defensa.

De otra parte es necesario aclarar, que la agresión, a que se refiere el nuevo código penal, que tiene que constituir un peligro o daño real, contra un bien protegido, que sea grave o leve, eso no es necesario, lo importante es, como se dijo anteriormente, es que esa agresión conlleve a un peligro real para que se pueda alegar la figura de la legítima defensa, también tenemos que dejar bien en claro, que esta agresión no necesariamente debe ser activa, también puede ser pasiva, lo cual no lo contenía cuando se estableció el término violencia en el antiguo código penal, con lo cual toda persona anteriormente pensaba en un despliegue de fuerza física, por esta razón consideramos que fue muy inteli-

gente, la comisión al cambiar en el nuevo código penal el término "agresión" por violencia como se dijo antes, también puede ser pasiva, o sea no necesariamente se necesita un despliegue de fuerza física para que se presente la injusta agresión se puede presentar esta agresión, cuando una persona injuria a otra y ésta persona que se siente ofendida reacciona legítimamente, de esta forma podemos apreciar que la agresión del nuevo código penal, puede presentarse en forma pasiva.

Otro variante que presenta el nuevo código penal, en relación con el antiguo código penal, es la relacionada con la defensa privilegiada; en el nuevo código penal, no hace referencia a las condiciones de nocturnidad, que sí estableció el inciso 2o. numeral 2o. del artículo 25 del antiguo código penal, esta variante en el nuevo código penal significa que basta que el acto de intentar o penetrar se ejecute por quien no tiene derecho a penetrar; puntualizando tal calidad en la norma con el término "Extraño", sin tener en cuenta que este acto sea realizado durante las horas del día y de la noche.

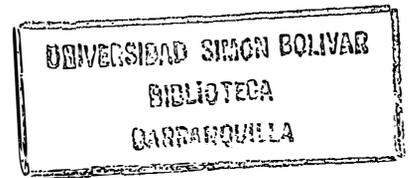
Esta variante es muy importante debido, que anteriormente



cuando una persona penetraba o intentaba penetrar durante -
las horas del día, no se podía alegar la eximente de la le
gítima defensa privilegiada, vació que vino arreglar la -
norma del código penal, al cancelar o abolir el término -
"durante la noche".

Esta eximente estuvo a punto de desaparecer, porque algunos
autores alegaban, que en la mayoría de códigos modernos ha
bían desaparecido debido a la reestructuración de la justi-
cia.

Algunos autores la defendieron como el Doctor Gaitán, que
en su ponencia decía, "en lo referente a Colombia, no creo
que actualmente exista una base suficiente, desde el punto
de vista de la seguridad social como para que nosotros demos
un paso de esa magnitud".



7. DIFERENCIA ENTRE LA LEGITIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE
NECESIDAD

Reconociendo desde todo punto de vista las semejanzas que tiene estas dos figuras jurídicas, puesto que ambas conllevan o tienden a desaparecer el delito, por la falta de antijuricidad, sin embargo podemos establecer algunas diferencias radicales:

1o. La legítima defensa, tiene como requisito la agresión injusta, en cambio en el estado de necesidad, no se requiere ese requisito, basta que se haga presente el peligro inminente.

2o. En el estado de necesidad, se presente, un choque de deberes o entre deberes y derechos; en cambio en la legítima defensa, solamente se presenta un enfrentamiento de derecho.

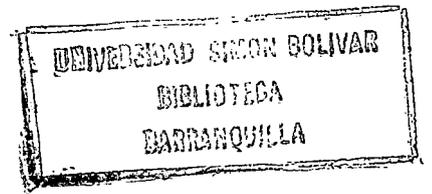
3o. En la legítima defensa lo determinante para el peligro es cuando una persona, ataca a otra sin derecho; mientras que en el estado de necesidad, la determinante es un caso - fortuito, (incendio, terremoto).

4o. En la legítima defensa, el sujeto activo se defiende - del que lo ataca injustamente; mientras que en el estado de necesidad no se presenta un ataque injusto, sino una acción de peligro, que se evita mediante el sacrificio de un derecho ajeno.

5o. La legítima defensa, excluye la responsabilidad penal y responsabilidad civil; mientras en el estado de necesidad, nunca excluye la responsabilidad civil.

6o. En la legítima defensa, solo se reacciona contra persona mientras que en el estado de necesidad se pueden reaccionar en contra de personas, pero también en contra de cosas y animales (fuerza natural).

7o. En la legítima defensa, el sujeto pasivo de la acción es la persona que ataca injustamente el derecho de quien se



defiende; mientras que en el estado de necesidad, el sujeto pasivo, puede resultar aquella persona que no propicio el peligro, por lo mismo completamente ajeno a él.

8o. En la legítima defensa, se enfrenta el derecho del que reacciona legítimamente, en tanto que en el estado de necesidad se enfrentan sujetos con derechos idénticos.

9o. En el estado de necesidad, el agente puede dirigir su conducta contra un tercero ajeno al hecho; mientras que en la legítima defensa, el agredido debe dirigir su comportamiento contra el agresor.

10o. En la legítima defensa, la agresión debe ser injusta; mientras que en el estado de necesidad, puede ocurrir el caso de dos personas, titulares de bienes jurídicamente protegido, que se causan lesiones recíprocas.

8. OTRAS CLASES DE DEFENSAS

Dentro de las clases de defensas que estudiaremos le dedicaremos un estudio profundo a las defensas Putativa y la defensa Privilegiada, ya que para nuestro concepto después de la figura de la legítima defensa, son las que tienen más importancias.

8.1. DEFENSA PUTATIVA

Históricamente se destacó el estudio, de la defensa Putativa. Esta figura se encuentra establecida en el artículo 40 ordinal 3o., del nuevo código penal, y dice "Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación". Esto significa cuando la persona, por error, se defiende de una violencia injusta que realmente no existía.

En realidad no existe, en estos casos, legítima defensa, -

sino unas causas excluyente de culpabilidad, la de haber realizado el hecho con la convicción errónea e invencible de estar amparado por una causal de justificación.

8.2. DIFERENCIAS ENTRE LA DEFENSA PUTATIVA Y LA LEGITIMA DEFENSA

La defensa Putativa, presenta diferencias con respecto a la Legítima defensa; por cuanto, la legítima defensa, es una causa excluyente de la antijuridicidad, en cambio la defensa Putativa, es una causa de exclusión de la culpabilidad.

Así mismo la legítima defensa, putativa, se diferencia del exceso en la legítima defensa, en que ésta, existe en realidad un peligro contra el cual se reacciona en forma desproporcionada, en cambio en la legítima defensa putativa, el peligro no existe en realidad, sino en la imaginación de quien se defiende.

También la legítima defensa putativa, se diferencia del pre

texto de la legítima defensa, por que quien obra bajo el pretexto de legítima defensa, tiene de antemano el conocimiento que lo va alegar, como una amenaza para su vida, no ha existido nunca, en cambio en la legítima defensa putativa, existe una defensa por un presunto ataque que por error el agresor no puede distinguir.

8.3, ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA

La legítima defensa putativa, está ligada a la existencia de aquellos elementos que también son propios de la legítima defensa ordinaria, pero los cuales en el caso concreto de la legítima defensa putativa, faltan en todos o en parte. A éste respecto es necesario tener presente que tal fundamento debe ser entendido en su sentido amplio, es decir, especialmente favorable al agente; recordando como es de difícil, aún en condiciones normales del ánimo de valorar, si nos amenaza o no, un peligro, pero en nuestro caso, las condiciones psíquicas del agente no son en modo alguno normales, por la perturbación que invade su ánimo en general con el solo -pensamiento que se puede o está para ser objeto de una agresión, y en consecuencia tanto más se impone, la necesidad de ser amplios en consideración del estado de ánimo del supues

to agredido.

8.4. ELEMENTO OBJETIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

El elemento objetivo de la legítima defensa putativa no existe, ya que la necesidad de la defensa, no tiene vida, no existe, sino en la imaginación del agente.

Precisamente es que por ello se afirma, el que ésta circunstancia está integrada pura y simplemente por un elemento subjetivo; pero en verdad el elemento objetivo en la defensa putativa no puede faltar, ya que la defensa putativa debe estar constituida por una situación real con base en la cual el agente supone fundadamente la presencia de los elementos, que desde el punto de vista objetivo conforman la legítima defensa común y corriente; mientras que en la realidad, dichos elementos en todo o en parte no existen; que esos elementos - error del hecho se crean en la imaginación del que se reacciona.

Por lo tanto, si el peligro no existe, sino que el agente

lo considera existente, con la valoración que no puede calificarse de morbosa o patológica, se configura entonces la - legítima defensa putativa; un ejemplo auténtico, de la legítima defensa putativa es el siguiente. "Si el fusil o el revolver, con el cual, me imaginé me amenazaba está descargado, pero yo considero que está cargado y no tengo motivos poderosos algunos para considerar que efectivamente está descargado, mi reacción es excusable por legítima defensa putativa, si se presenta un elemento objetivo en la imaginación del agente que reacciona, por error de hecho, pero no se dan las condiciones de la legítima defensa, ya que el agente - reacciona, por que cree encontrarse en propia legítima defensa".

8.5. ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

El elemento subjetivo está constituido por la errónea suposición de la existencia de todos los elementos objetivos de la legítima defensa.

Podemos afirmar que siempre que el agente ignore, la existen

cia de los elementos de la defensa en realidad existentes, -
tiene ocurrencia la "Legítima Defensa", de la misma forma,
todas las veces que el agente suponga, la existencia de los
elementos de la defensa en realidad inexistentes se presenta
la "Legítima Defensa Putativa".

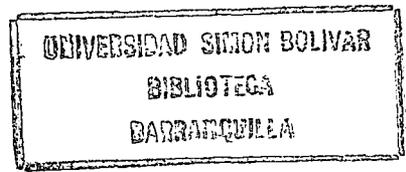
El elemento subjetivo, existe en la mente de la persona que
erroneamente presume que existe un peligro, por que las con-
diciones con las cuales se presenta éste peligro, así lo in
dican; de ahí que el elemento subjetivo lo hace reaccionar -
creyendo que verdaderamente se encuentra en peligro, lo cual
no es realidad.

La legítima defensa putativa está ligada a la defensa de aquel
los requisitos, que también son propios de la legítima-ordin
aria, pero los cuales, y por el contrario; en el caso de
la legítima defensa putativa, faltan en todos o en partes
estos elementos, fundamentados en una suposición, lo cual
significa, que la legítima defensa putativa de conformidd -
con las normas pertinentes a la culpa, no dependen de neglig
encia, imprudencia o inobservancia de leyes, como sucede
en cualquier forma de culpa. En ningún momento la legítima
defensa putativa, puede compararse con la culpa en la legítil

ma defensa, ya que perdería el carácter de exclusión de res
ponsabilidad que le es propio, con base en las consideracio
nes que se trata de un error de hecho.

En la legítima defensa putativa, es determinante el elemen-
to subjetivo o sea el ánimo de defenderse de una presenta -
agresión, que en realidad no existe, pero debe configurarse
ese elemento subjetivo, ya que si no existe el ánimo de de-
fenderse, desaparece el elemento subjetivo y así en conse-
cuencias la legítima defensa putativa no existirá por falta
de uno de sus elementos constitutivo, como es el elemento -
subjetivo o el ánimo de defenderse como también debe existir,
la suposición de la necesidad de la defensa.

En la legítima defensa putativa, se aplican las exigencias
de la legítima defensa ordinaria, hecha la advertencia sobre
el error esencial del hecho, ya que se presenta una supuesta
errónea valoración del agente, no obstante no existiendo las
circunstancias dadas, se le tienen como existentes; existe
en el agente la convicción de la existencia de la misma. Ello
en razón de que existe la dificultad en ese momento para el
agente y desde el punto de vista objetivo de valorar, dichas
condiciones objetivas de la defensa y de allí que al no hacer



se o no darse aplicación a la legítima defensa putativa, se estaría obligando al agente a no defenderse, sino en aquellos casos en los cuales llegare a tener la absoluta certeza de la efectiva legitimidad de su acción o más propiamente de su reacción, lo cual haría imposible o muy difícil su aplicación.

Estamos de acuerdo con este planteamiento, ya que en la legítima defensa putativa, se reacciona cuando se presume en forma errada que existe un peligro inminente, pero el agente no puede valorar en ese instante el peligro, ya que en una cuestión biológica; el reacciona porque en su imaginación se dá cuenta que existe un peligro, aún cuando en realidad no exista. Por esta razón nos parece concluyente la opinión de BETTIOL que al respecto dice, "cuando los requisitos de la legítima defensa, estamos en presencia de ésta, y funciona como circunstancia objetiva de excluyente de la anti-juridicidad.

Puede darse, sin embargo, el caso de que en concreto falte un requisito objetivo de la legítima defensa, pero que el sujeto crea erróneamente en su existencia.

Si por un error de hecho, un individuo puede creerse amenazada

do en uno de sus derechos, mientras el peligro no existe efectivamente. Ejemplo: en la oscuridad de la noche, Ticio es agredido por broma, con un revolver de madera por Gayo su amigo; sin reconocerle, en medio de las sombras; si Ticio cree entrar en peligro y reacciona hiriendo o matando al presunto agresor no podemos afirmar que se está en presencia de un caso de verdadera legítima defensa. Estamos en cambio, en terrenos de la legítima defensa putativa, que si bien no priva de la antijurídicamente al hecho perpetrado; si hace desaparecer la pena por razones atenuantes a la culpabilidad, al creer Ticio, hallarse en una situación de defensa, no ha actuado culposamente".

En este ejemplo, el señor Ticio, no podía valorar la intensidad del peligro, sino que él medio lo concreta de una agresión actual e inminente, sin que fuere en su imaginación, aunque la realidad no existiere ese peligro, pero éste reaccionó debido al estado de ánimo, el derecho de defensa como dijimos antes, el agente no puede valorar en forma precisa, si verdaderamente existe un peligro, las condiciones de ese peligro o convencerse efectivamente de esa agresión, el agente reacciona porque en ese instante, que dentro de esos casos son segundos, creyó que existió el peligro inminente y

actual; si partimos que el agente debe valorar, desde todos los puntos de vista, la situación de peligro que vive, que determina si es efectivamente contra él, nunca se va a constituir la legítima defensa putativa.

Para terminar con este estudio, a la figura de la legítima defensa putativa, podemos decir, que la legítima defensa putativa, es cuando a causa de inculpabilidad, sólo ampara al sujeto activo de la misma, pero no a los partícipes en la defensa a quienes no afecta igualmente el error, también podemos decir que el que sufre la reacción defensiva supuesta, puede defenderse legítimamente, como también es verdad que la legítima defensa putativa acarrea responsabilidad civil, conlleva a pagar los daños ocasionados por su acción.

8.6 DEFENSA PRIVILEGIADA

Esta institución, traída de las legislaciones Mexicanas y Argentinas, se encuentra consagrada en el inciso 2o. del artículo 29 numeral 4o. del Nuevo Código Penal en los siguientes términos "se presume la legítima defensa, en quien rechaza al extraño que indebidamente, intente penetrar o haya

penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera que sea el daño que le ocasione".

Se tiene que establecer, que de acuerdo a la redacción del literal 2o. del numeral 4o. del artículo 29 existe una presunción legal, a favor de quien se defiende y por lo mismo no admite prueba en contrario, ésto significa que el presunto agresor puede demostrar en sus descargos que no se dió alguno de los requisitos exigidos por la estructuración de la figura, con la que destruirá la presunción que ampara al supuesto agredido; como puede apreciarse ésta institución es creada específicamente para proteger los intereses patrimoniales y personales cuya lesión se presume, por el hecho de que el extremo penetre o haya penetrado en una habitación o a sus dependencias inmediatas.

Antes de seguir adelante tenemos que considerar, lo que nuestra Legislación Penal, quiere dar a entender como presunción.

La presunción dentro del sentido que puede llamarse natural es acoger una opinión, un juicio, un concepto que posteriormente será fácilmente demostrado. La presunción en nuestra

legislación, se funda en razones de credibilidad, parte de algo que se considera verdad, que es de todos conocido y es suministrado por las cosas, relacionándose por lo tanto, - con la certeza; al mismo tiempo tiene lugar principalmente en aquellos hechos, en aquellas cuestiones morales que se dejan juzgar, tendiendo a convertirse en presunción, en ésta presunción es que se basa el legislador, para deducir la - responsabilidad penal de la persona imputada.

8.7 REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENS PRIVILEGIADA

Se pueden establecer como requisitos de la legítima defensa privilegiada los siguientes :

1. Que el agente rechace un extraño

Este requisito significa, que el rechazo se establezca contra una persona extraña, es decir, que no mantenga ninguna relación con los habitantes de la habitación, caso contrario se podría justificar su presencia, que quedaría desvirtuada la legítima defensa privilegiada por la simple razón

que ésta exige que la presencia sea de un extraño.

2. Que el extraño intente penetrar o haya penetrado a la propia habitación o a sus dependencias inmediatas.

Este requisito de la legítima defensa privilegiada, consiste que hasta el extraño intente penetrar a la habitación o a sus dependencias, para que se da la legítima defensa privilegiada, por quién en la actualidad se encuentre en la habitación, observe que un extraño cualquiera ascienda por una escalera, por éste colocada y la cual diere a una puerta o ventana de las habitaciones o sus dependencias; con mucha más razón se dá la legítima defensa privilegiada, cuando un extraño se encuentra dentro de la habitación, sin una razón de justificar su presencia en éste lugar; según éste requisito el rechazo al extraño puede producirse en dos momentos, en el momento en el que el extraño va a dar comienzo o ha iniciado el proceso de introducción a la propia habitación o a sus dependencias inmediatas (patios, corredores) y aquel en que ya se encuentra en uno de esos lugares.

3. Que la acción del extraño sea indebida.

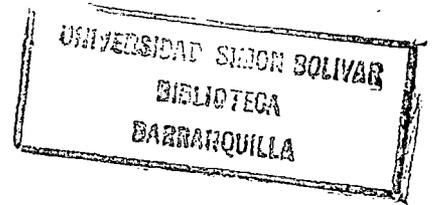
Este requisito significa que la acción del extraño sea contraria a derecho sin facultad legal, o sea que su presencia no se justifique, en el momento que empieza el rechazo.

4. Amplitud ilimitada de la reacción.

Este requisito de legítima defensa privilegiada, significa la autorización legal que otorga la Ley, para que el habitante o morador afectado pueda ocasionar al extraño cualquier daño, incluso la muerte; desaparece así en ésta defensa la proporcionalidad que existe entre la agresión y la reacción.

Después que la defensa privilegiada, contenga estos requisitos, el sujeto que reacciona contra el extraño que intente o penetra en la habitación o en sus dependencias inmediatas actúa dentro de su derecho.

Podemos deducir que la legítima defensa privilegiada, establece como legítimo, cualquier daño que se le ocasione al extraño que indebidamente intente penetrar o haya penetrado en las habitaciones o dependencias inmediatas, de quien lleva a cabo el rechazo del extraño; hay que entender, que dentro



de dicho daño a que se refiere la norma en estudio, queda comprendida la eliminación de ese extraño que indebidamente intentó o penetró en la habitación ajena.

Esta institución de la legítima defensa privilegiada ha sido causa de algunas discusiones entre los Criminalistas.

Los autores franceses dicen - Estos sostienen que los códigos por medio de esta disposición, quisieron mantener él derecho reconocido, aún por las más antiguas legislaciones de dar muerte a quien es sorprendido flagancia ejecutado los actos a que se refiere la disposición en estudio.

Para estos criminalistas, el legislador protegió la inviolabilidad del domicilio, estableciendo en tal forma un principio de derecho público.

Otros conceptúan que la ley quiso proteger, el caso de legítima defensa de las personas, que mediante dicha agresión es víctima de una amenaza. Esta opinión es la que parece más - adaptarse a dicha institución; sólo el temor de un peligro - grave contra la persona, puede explicar tal institución; es-

tos autores reconocen que ciertamente la defensa de los bienes es legítima, pero es necesario, el que ella no sea excesiva como nos damos cuenta frecuentemente en los casos de la vida diaria.

Para establecer el alcance de protección de los derechos de que dentro de los requisitos establecidos en ésta figura dice haber actuado, es necesario aclarar la noción de habitación, que por naturaleza misma lleva a excluir del área de protección, tanto los lugares públicos como aquellos abiertos al público; así mismo analizaremos los atributos esenciales para calificar la residencia privada, con el fin de profundizar el contenido de habitación acogida por la ley.

De acuerdo a varios autores son necesarias las siguientes - condiciones para la noción de habitación a que se refiere la legítima defensa privilegiada.

La existencia de un espacio aislado del ambiente externo sea éste cerrado o parcialmente abierto.

La destinación del espacio, al desarrollo o cumplimiento de

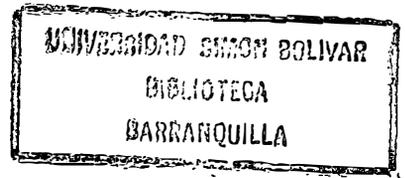
actividades características de la vida privada, comprendida entre estas, las actividades de la vida íntima o familiar u otras actividades que no siendo domésticas, se desarrollan en la esfera espacial de la vida privada.

La legitimidad de la destinación, en el sentido de que el lugar considerado como habitación, debe estar destinada a residencia privada, con base a cualquier título legítimo de goce (propiedad, uso, habitación) o situación de hecho protegida por el documento legal pertinente (posesión, tenencia, etc.).

La actualidad de la destinación, lo anterior no significa - que sea necesario la presencia permanente del titular de derecho de libertad de habitación o residencia temporal o accidentalmente abandonado, pero si el efectivo empleo del espacio aislado como residencia de una o varias personas determinadas.

Las consideraciones esenciales, para la noción de residencia de acuerdo a la legítima defensa privilegiada son los siguientes :

la estabilidad del espacio destinado a lugar de residencia - privada.



La habitualidad o el carácter duradero del sujeto que la habita.

La voluntariedad de la destinación del espacio o lugar de residencia particular, obrando la tutela del derecho al respeto aún a favor de las personas vinculadas por la ley a residir en lugares determinados (esposa, menores, militares, -detenidos).

"LA AFFECTIO FAMILIARIS o LA PAZ DOMESTICA", que abarca la noción de domicilio y habitación, por expresa indicación de la ley; además de habitación verdadera y propia. "Los lugares de residencia privada", diversos de habitación y que se comprenden bajo el nombre de dependencias inmediatas próximas como así la disposición lo enseña.

Después de analizar las condiciones esenciales de habitación y residencia, podemos definir la habitación o lugar privado de residencia de acuerdo a la legítima defensa privilegiada.

Es el espacio aislado, del ambiente externo legítimo y actualmente dedicado al desarrollo de los actos de la vida privada.

vada, de la cual la persona o personas titulares, tienen derecho de excluir la presencia de extraños.

Según nuestro código penal, el artículo 29, inciso 2o. numeral 4o., siempre que se presente la habitación en en la forma como se ha definido y además se presentan los requisitos anteriores, se establece la legítima defensa privilegiada, apreciación que en nuestro modesto pensar, no compartimos en partes porque ésta figura no llena uno de los requisitos principales exigidos, para una legítima defensa, ya que se presenta una ilimitación en cuanto a lo que se refiere a la defensa, hasta tal punto que permite matar al que penetra o trata de penetrar a la habitación o a sus dependencias.

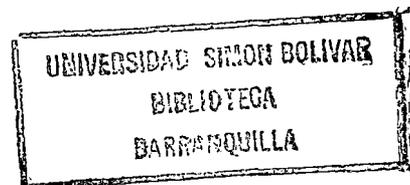
Así mismo como está establecida la defensa privilegiada en nuestro código penal, se puede prestar para muchas venganzas, abusos y perjuicios. Pensemos que es necesario establecer ese requisito tan importante, como es la proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

Es cierto y tiene como deber el señor juez, en los casos de legítima defensa privilegiada, verificar si los requisitos

se presentaron, como si el que penetró era un extraño, penetró a las dependencias o habitaciones, si la acción del extraño fue contrario a derecho; pero también se debe averiguar si existió una proporcionalidad entre el peligro ofrecido y la defensa, porque sino se analizara esa situación podríamos realizar grandes injusticias; no sería justo desde ningún punto de vista matar a una persona, que por alguna necesidad, tenga que penetrar a una habitación o dependencias de la misma, sería un absurdo; por esta razón debemos buscar las condiciones objetivas que obligaron a esa persona a penetrar o intentar de penetrar a una habitación

9. CONCLUSIONES

Es más que sabido, que no pretendo crear un nuevo tema en el derecho, porque como lo dije al comienzo, éste corre a parejas con la historia de la humanidad, mi afán en este trabajo ha sido vivificar lo más importante de ésta figura, recorriendo uno a uno los puntos y tratando de agotar en lo posible el material de estudio, y es así que desde los inicios de la humanidad y no podemos decir que desde la civilización, porque la legítima defensa se dió aún en el estado primitivo de los pueblos; así como existe la vida, existe en el hombre la necesidad de conservarla, de sobreponerse a los males, aunque sea por solo instinto; observese que el animal que está privado de razón aunque nadie le diga que la defensa es justa, éste lo hace; con sobrada razón lo hace el hombre que razona, y por más cuando a nivel mundial yó creo que no exista en la tierra legislación que no tenga consagrada la figura justificativa de la legítima defensa, es así como la encontramos en las legislaciones más antiguas del universo como es - en el derecho Romano Germánico, en el Canónico, Español, en el derecho comparado en la edad media; en algunas de éstas



legislaciones la figura de la legítima defensa se presentó - con más exigencias en otras, en cuanto a los requisitos y bienes que se podían defender; o sea que en algunas legislaciones aparecen más atrasada que en otras; pero para terminar podemos decir que atrasada no, lo más importante es que la legítima defensa apareció con el nacimiento de la misma - humanidad, y a medida que fueron organizándose las copilaciones de todo el universo, ésta también fue apareciendo con vida propia como figura importante dentro de las diferentes legislaciones desde la más antigua hasta la más moderna. Esta importancia se refleja cuando hablamos de la incorporación de la legítima defensa en los diferentes códigos del mundo.

En cuanto al capítulo de los fundamentos jurídicos de la legítima defensa, después de haber estudiado detenidamente las teorías que se presentan para establecer cual es la que más se ajusta como fundamento jurídico de la figura en mención, podemos llegar a la conclusión que el fundamento de la legítima defensa, se encuentra enmarcado en la teoría de la justificación, ya que el derecho de una persona tiene de defenderse de una injusta agresión, no se le puede negar más cuando en ese instante el Estado no se encuentra presente para defender el derecho de esa persona que es injustamente agredida;



esta defensa puede tener como resultado un hecho tipificado como delito, pero se justifica por ese derecho que tiene toda persona de defenderse de una agresión injusta. Las demás teorías tienen algo de justificación del hecho pero no lo necesario como para poder establecer que sean el fundamento de la legítima defensa.

En lo referente al capítulo a la historia del derecho Penal Colombiano, podemos decir, que desde que nuestro país se organizó como Estado soberano fundó su legislación penal, exactamente desde el año de 1983, cuando elaboró el primer proyecto del código penal, cuyas bases de fundamento se tomaron del derecho español y desde ese preciso momento fue establecida la figura de la legítima defensa. Para concluir con éste capítulo, podemos decir que la figura de la legítima defensa, nuestro derecho penal colombiano lo ha tenido en cuenta desde el momento que en nuestro país se organizó jurídicamente y ha comprendido su gran importancia manteniéndola a través de todos los códigos que se han elaborados o reformas en la historia de nuestra legislación penal colombiana.

En cuanto al estudio de la legítima defensa en el derecho co

lombiano, la figura en mención que es una de las causales de justificación del hecho, que hoy contempla nuestro estatuto punitivo en su artículo 29 numeral 4o. de nuestro código penal; porque cada día cobra más vida en el derecho y es mucho lo se comenta sobre ésta, debido a que cuando se predica la causal se derrumba uno de los pilares del delito, - como es la antijuridicidad, y entonces aunque el hecho sea típico no es antijurídico; y como bien se sabe, éste es uno de los mayores dilemas a nivel probatorio, por lo que la legítima defensa, no se va a convertir en un estribillo para darle a los hechos ilícitos, la apariencia de lícitos, obviamente que cuando esto ocurre conlleva allá y acaba con uno de los presupuestos del hecho punible como es la antijuridicidad. Se dice que uno de los problemas a nivel probatorio, porque el que alega la defensa debe probarla, generalmente se presente la primera manifestación en procesos penales de legítima defensa, cuando el procesado al momento de rendir indagatoria, se presenta con una confesión cualificada, es decir confesando el hecho, pero alegando a su favor, circunstancias que lo favorecen o lo benefician, o tratando de justificar el hecho, en este caso con la legítima defensa, cuando ésta situación se presenta de manera inicial en los procesos penales, y teniendo en cuenta el sistema inquisitivo que nos rige, es misión del juez lograr que todos estos he-

chos se clarifiquen al máximo, que esa confesión tenga respáldo en el acerbo probatorio, y se dice que es evidente el respáldo; porque después de producidas las pruebas, aquilatarlas y mirar si se dá o nó la causal, para acabar el sumario con un sobrecimiento definitivo cual juicio con una sentencia absolutoria; las alegaciones de quien pretende en favor de su defendido, la absolución por legítima defensa, son importantes y sirven muchas veces de guía al estudio que hace el juez, pero tengase en cuenta que es muy difícil en materia penal encontrar una confesión lisa y llana, porque todas las personas por instinto propio tienden a buscarle una justificación al hecho cometido, y es como así, muchas veces resulta una confesión cualificada con otras versiones que robustecen, pero paralelamente se demuestra que a la larga del proceso, tal confesión resulta abiertamente controvertidas dentro del proceso, socabandoles las bases a tal confesión, y es aquí cuando se habló de la misión del juez que debe situarse idealmente en el lugar de los hechos; trasladandose mentalmente al teatro de los acontecimientos, tratando de entender dentro de lo más prudente, sana y racional lógica, la situación vivida por los protagonistas, comenzando primero por la necesidad de defenderse que asistió al procesado debiendo tener en cuenta la violencia actual inminente que sobre él

se generaba, si era injusta, si ponía en peligro algunos de los cuales he hablado en este pequeño trabajo, si el amparo de uno de ellos que estaba en juego, no podría lograrse mediante otro medio, sino por la reacción, si la agresión que se padece es verdadera, si el riesgo es positivo, si el peligro era efectivamente real o era suposición del procesado, porque tengase en cuenta que pueda existir también la defensa putativa, que como bien se sabe, es una modalidad de la legítima defensa; apreciar que en un momento actuó el procesado si lo hizo en el momento adecuado, o si reaccionó an tic ip ad ame nte, porque tengase en cuenta que ni la reacción anticipada ni la posterior puede considerarse como legítima defesa, porque la primera sería exceso y la segunda sería ven gan za; si la reacción defensiva del procesado obedecía a una base legítima, si estaba determinado por el peligro de disminución de un interés jurídicamente protegido, la clase de derecho que está en juego, para ver si así se justifica la actuación, lo más importante la proporcionalidad entre la a g re s i o n y la defensa, para ver si las armas se equiparan, o si por el contrario son desiguales. Aquí el funcionario de be también mirar el sexo, la edad, la cultura, la actividad, las armas con las cuales se enfrentan los sujetos, to do s é st o s d e t a l l e s para entr ar a ver si hay o no proporciona

lidad entre la agresión y la defensa, o si por el contrario existe exceso en la defensa. El funcionario debe hacer sin embargo todo cuanto esté a su alcance para descubrir si la causal de justificación en este caso legítima defensa alegada tiene o nó fundamentos; el funcionario debe a toda costa buscar la verdad real aún en el supuesto caso de que nadie ha alegado circunstancias que en determinado momento pueda favorecer al sindicato; porque si en las definiciones clásicas de justicia se dice, que justicia es dar a cada cual lo que pertenece, mal haría el juez al no establecerla, cuando tal situación se presenta, por eso se debe hacer un estudio profundo y cuidadoso de uno por uno de los requisitos para así asegurarnos que existe una de las causas de justificación más importantes como es la legítima defensa.

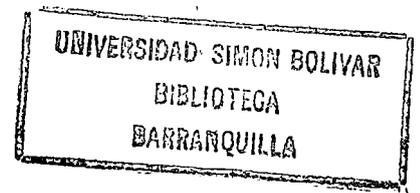
En cuanto a lo referente a la causal de justificación que hemos estudiado a lo largo de este pequeño trabajo queremos referirnos al capítulo que titulamos comparación de la legítima defensa en el nuevo código penal con relación al código del año 1936 y presentó la siguiente conclusión. La legítima de fensa, en el nuevo código penal, tiene mayor amplitud, tie ne mayor amplitud, tiene mayor razón de ser, tiene mejores

fundamentos; ya que al cambiar el término violencia por agresión se le establece un total viraje a la presente causal, ya que el término agresión tiende no solamente a un despliegue de energía, sino también encierra todas aquellas acciones que aparentemente se presentan como pasivas, pero que sí representan un peligro para los bienes que pertenecen a la persona. La legítima defensa, en el nuevo código penal, en relación a los bienes que se protegen es mucho más extensiva, en la actualidad se protegen todos los bienes en general sin tener en cuenta el grado de importancia de éstos, sino se tiene en cuenta que estos bienes estén en peligro. Todas estas variantes que presenta la legítima defensa en el nuevo código penal, el legislador lo que ha querido es sustentar con mejores bases la institución de una de las causales de justificación como es la legítima defensa.

En relación con la defensa putativa, podemos decir, es una figura que al momento de presentarse una investigación penal, donde sindicado la alegue como causal de justificación, el juez debe analizar con demasiado cuidado, interpretar muy bien esta situación de la figura de defensa putativa, ya que pienso que si esta eximente no se analiza con el cuidado necesario puede conllevar a que se realice otro hecho tipificado.

do como delito, bajo el escudo de la figura de la defensa pu
tativa; por tales razones pienso que al momento se alegue -
tal causal de justificación, se debe realizar un estudio pro
fundo de la situación; es más se podría presentar un estudio
mucho más científico con la ayuda de siquiatras exclusivamen
te para analizar únicamente uno de los elementos de más im-
portancia como es el estado de ánimo que en ese momento in-
vadió al sujeto que erroneamente creyó encontrarse en una si
tuación de peligro, para así poder demostrar si realmente se
presentó o nó la figura de la defensa putativa.

En lo referente a la figura de la defensa privilegiada, esta
mos de acuerdo que todo extraño que indebidamente, intente
o haya penetrado a una habitación o dependencias inmediatas
sea rechazado. De otra parte estamos de acuerdo con los tres
primeros requisitos que se requieren para establecer esta fi
gura como son, que la gente rechace un extraño intente pen
etrar o haya penetrado a una habitación o a sus dependencias -
inmediatas, que la acción sea indebida, pero indudablemente
no estoy de acuerdo con el cuarto y último requisito de la fi
gura en mención, como es la amplitud ilimitada de reacción,
ya que con este requisito, esta figura se torna peligrosa y
puede servir para cometer en algunos casos, otros delitos -



que no tienen justificación como la venganza, el homicidio y lesiones personales; pienso que el legislador no tuvo en cuenta el alto grado o forma de reacción que realizan muchas gentes al momento de encontrarse en esta situación. En modesta opinión sin que con esto quiera decir que soy el portador de la opinión de nuestra sociedad, se debió establecer en la figura que hemos estudiado, la proporcionalidad entre el peligro que representa ese extraño y la reacción del que se defiende, porque así como se encuentra reglamentado el cuarto requisito de la defensa privilegiada puede tener como consecuencia, la realización de innumerables injusticias; - está muy bien que el extraño sea rechazado, pero debe haber una igualdad entre perjuicio que ha realizado ese extraño y la reacción del agente habitante o morador de esa habitación.

No sería justo matar a una persona, que por alguna necesidad haya penetrado indebidamente a una habitación o a sus dependencias, por todas estas razones tenemos que concluir diciendo que la figura de la defensa privilegiada le hace falta este requisito tan esencial como es la proporcionalidad entre el peligro que ofrece el extraño y la reacción del agente que tiene la acción de rechazo.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al nuevo Código penal.

CARRARA, Francisco. Panorama del derecho criminal.

DIAZ PALOS, Fernando. La legítima defensa.

FERRI. Sociología Criminal.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo IV.

LEON MENDOZA, Victor. Derecho Penal (Parte General) Compendio.

MEZA VELASQUEZ, Luis. Lecciones del derecho penal.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal Colombiano.

RAINERYYS, Silvio. Manual de Derecho Penal.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal (Parte General).

REYES ECHANDI, Alfonso. La Antijuridicidad. Edición Segunda.

ROMERO SOTO, Julio. Las causas de justificación en el Nuevo
Código Penal.

SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino.

UNIVERSIDAD DEL CAJÓN
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA