



ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA LEGITIMA DEFENSA

RAFAEL EDUARDO MARTINEZ MENDOZA

MARTIN TORREJANO MORALES

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO
COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OPTAR AL TITULO DE ABOGADO.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1.988

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

DR #0609

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
LA

No INVENTARIO - 4034752

PRECIO _____

FECHA 08 FEB, 2006

CAUSE DONACION _____

NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

A PEDRO SOCARRAS, abogado, catedrático de la Universidad Simón Bolívar y Director de Tesis, quien con su sapientísima asesoría hizo posible llevar ésta obra a su feliz término.

A CARLOS LLANOS SANCHEZ, abogado, catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.

DEDICATORIA

A mi madre, ENER MENDOZA, (q.e.p.d)

A mi hermano, JOSE ANIBAL MARTINEZ MENDOZA, (q.e.p.d.).

Quienes desde el cielo me iluminaron espiritualmente en las tinieblas de mis aflicciones e incentivaron mis momentos más difíciles, en la consecución de este triunfo.

A mi padre, RAFAEL SEGUNDO MARTINEZ ROMERO, de quien me enaltezco al ser su hijo; a él que siempre me brindó su confianza y su apoyo irrestricto, y a quien debo eterna y materialmente mi formación cultural.

A mis hermanos, ALCIDES, OBDULIA, JACQUELIN, IVAN y JAVIER MARTINEZ MENDOZA; quienes de una u otra forma contribuyeron eficazmente a seguir adelante en esta causa.

A mis sobrinos, JOSE ANIBAL, ALCIDES RAFAEL, JUAN GUILLERMO, ILIANA MARIA Y ANDRES JAVIER, a ellos que

con su cariño y ternura vivificaron en mí la esperanza de un mejor mañana.

RAFAEL

DEDICATORIA

Al esfuerzo de mis padres, VICTOR
J. TORREJANO y SOLEDAD MORALES.

A mis hermanos, OTILIA, HUMBERTO,
MERCEDES, JULIA, ANA REGINA, NEYLA

A mis sobrinos.

A la memoria de MARTIN MORALES,
(q. e. p. d.).

MARTIN.

Barranquilla, noviembre 11 de 1.988

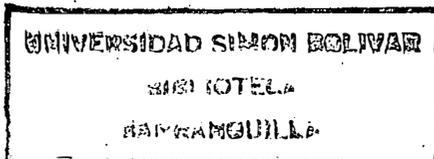
Sr.

CARLOS LLANOS SANCHEZ

DECANO FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR.

E. S. D.



Señor y amigo:

Agradeciendo a Ud. su gentileza al asignarme Director del Trabajo de Investigación, titulado "ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA LEGITIMA DEFENSA", de que son autores los egresados RAFAEL EDUARDO MARTINEZ MENDOZA y MARTIN TORREJANO MORALES, me permito presentar a su señoría mis conceptos sobre el mismo, previo un concienzudo estudio.

1º Respecto a la información metodológica del escrito entiendo que el sistema del Icontec propuesto para esta clase de trabajos por el ICFES, ha sido utilizado con eficiencia y es mero.

2º El problema fundamental que los jóvenes juristas plantean, a saber: el elemento "proporcionalidad" tal como gramaticalmente lo toma el texto de nuestro Código Penal, no es aceptable en el terreno jurídico, como tampoco lo es en el filosó

fico, como aplicable a la legítima defensa, estimo que lo analizan seria y profundamente, pero acaso con demasiada, severidad, ya que es de tomar el criterio de la ley en una más ancha consideración, es decir, que es muy cercano a la concesión que los mismos autores llegan a hacerle, esto es, que la proporcionalidad no implica un rigor matemático de igualdad material de relaciones sino una igualdad o aproximación de igualdad (no hablo en lenguaje matemático ni aún dialéctico, sino familiar) en el momento físico-psíquico de la agresión. La ley en efecto, no pretende que en ese momento se "escója" el medio adecuado para responder a la agresión, sino precisamente, que no se escoja que responda por el agredido con lo que tenga a mano.

3° En el desarrollo de este criterio los jóvenes autores emplean ejemplos muy atinados a deducir la limpidez de su criterio, pero acaso muy rebuscados en el ancho y profundo fosó de la realidad, pues en la mayor parte de los casos de agresión un bajísimo porcentaje de casos iguales a los de ellos apenas si se presentan; no obstante, estos egresados exhiben una loable sutileza de crítica en su rebusque.

4° Otro tanto cabe apuntar en el desarrollo que hacen sobre la "actualidad". Aquí se manifiesta aún más la mente dúctil y fina de estos agresados: tratan; y de veras

que en mucho lo logran, llegar a confundir el momento psico-físico con el presente actual! El presente psico-físico no es un tiempo susceptible de medida. Es una situación de concurrencia: punto en que un hecho es decidido por la psiquis. Y defensa sea decidida por la psiquis cuando se presenta la agresión no antes (pues sería prevención o premeditación) ni después (sería venganza). En otros términos: la decisión que toma la psiquis cuando ocurre la agresión, es la defensa. Esto, en micriterio acorde con la jurisprudencia y la doctrina es lo que establece la ley. Pero, termino diciendo, el criterio de los jóvenes egresados merece y mucho, pues lo saben expresar, y con qué aplomo!

5° Las conclusiones, Sr. Decano, son de plausible exactitud. Esas sugerencias están totalmente de acuerdo hasta con sus exageraciones dialécticas, que es lo que acredita una alta calificación. Es lástima que nuestra Universidad no haya establecido el premio de laurea, pues lo merecería este trabajo.

Así sr. Decano, le manifiesto mi aprobación a esta miniobra maestra. Que ella sea sustentada por sus autores, con el beneplácito de su señoría.

S.S. y amigo,

PEDRO U. SOCARRAS RIVERA

Director.

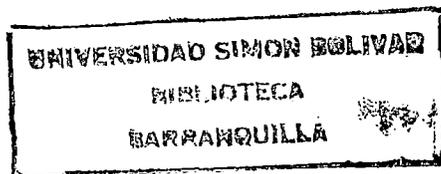


TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	15
CAPITULO 1.	
RASGOS HISTORICOS	22
1.1. ERA PRIMITIVA	22
1.2. ETAPAS CONSIGUIENTES A LA PRIMITIVA	23
1.3. CIVILIZACION GRECO-ROMANA	23
1.4. ERA POST-CRISTIANA	24
1.5. EPOCA MODERNA	24
CAPITULO 2.	
DIFERENCIA ENTRE REPULSION INSTINTIVA DE LA AGRESION Y LEGITIMA DEFENSA	26
2.1. CONCEPTOS	26
2.2. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DOS CONCEPTOS	27
2.3. MOMENTO FISICO Y MOMENTO PSIQUICO	28
2.4. SINTESIS	30
CAPITULO 3.	
EL INSTINTO DE CONSERVACION	31
3.1. ARMA DEFENSIVAS	31
3.2. ACTUALIDAD DE LA DEFENSA	33
CAPITULO 4.	
LEGALIZACION DEL INSTINTO DE CONSERVACION	34
4.1. TRANSFORMACION DEL IMPULSO DE CONSERVACION	34

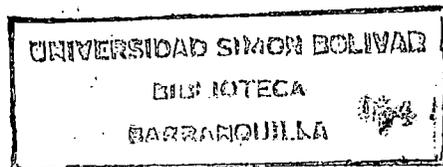
	Pág.
4.2. EL ATAQUE FISICO	35
4.3. PERIODO DE LA VENGANZA PRIVADA	35
4.4. LA COMPOSICION	36
4.5. PERIODO DE LA VENGANZA DIVINA	37
4.6. VENGANZA DIVINA	37
4.7. PERIODO DE LA VENGANZA PUBLICA	38
4.8. LEGALIZACION	38
CAPITULO 5.	
DEFENSA LEGAL Y LEGITIMA DEFENSA	40
5.1. DEFENSA LEGAL	40
5.1.1. Noción	40
5.2. ANALISIS DE LA DEFENSA LEGAL	40
5.3. JUSTIFICACION DE LA DEFENSA LEGAL	43
5.4. LEGITIMA DEFENSA	45
5.4.1. Noción	45
CAPITULO 6.	
REQUISITOS LEGALES PARA LA JUSTIFICACION DEL HECHO PUNIBLE POR LEGITIMA DEFENSA	47
6.1. EL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL	47
6.1.1. Comentario. Cumplimiento de un deber legal	48
6.1.2. Comentario. Cumplimiento de orden de autoridad	50
6.1.2.1. Que la orden provenga de superior	51
6.1.2.2. Que sea legítima	51
6.1.2.3. Que el superior sea competente para emitirla	52
6.1.2.4. Que el inferior deba obedecerla	52
6.1.2.5. Que sea dada con las formalidades legalmente previstas	52
6.1.3. Comentario. Ejercicio de un derecho	53
6.1.4. Comentario. Ejercicio de una actividad lícita	54
6.1.4.1. Actividad profesional	55
6.1.4.2. Actividad deportiva	55

	Pág.
6.1.5. Comentario. Ejercicio de cargo público	56
6.2. REQUISITOS LEGALES PARA LA JUSTIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA	57
6.2.1. Agresión actual	58
6.2.1.1. Sorpresas	61
6.2.1.2. La forma del ataque	61
6.2.1.3. Agresión inminente	62
6.2.1.4. Injusta agresión	64
6.2.2. Ataque a un derecho personal propio o ajeno	68
6.2.2.1. El honor	72
6.2.2.2. La honra	72
6.2.2.3. El pudor	72
6.2.2.4. La libertad	72
6.2.2.5. Defensa de terceros	73
6.2.3. Necesidad de la defensa	74
6.2.3.1. El animus defendendi	74
6.2.3.2. Titular del derecho de defensa	75
6.2.3.3. La no exigibilidad de otra conducta	76
6.2.4. Proporcionalidad entre agresión y reaccion	77
6.2.4.1. Nociones	77
6.2.4.2. Intensidad	78
6.2.4.3. Posición objetiva	79
 CAPITULO 7.	
ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD	81
7.1. NATURALEZA MATEMATICA	81
7.2. LA LEY Y LA PROPORCIONALIDAD	83
7.3. ANALISIS PSIQUICO DEL HECHO MATERIAL	84
7.4. LA PROPORCIONALIDAD Y EL INSTINTO DE CONSERVACION	87
 CAPITULO 8.	
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS	91

	Pág
8.1. PROBLEMA DE LA ACTUALIDAD	91
8.1.1. Comentario	92
8.2. PROBLEMA DEL ELEMENTO JUSTICIA	92
8.2.1. Comentario	93
8.3. PROPORCIONALIDAD DE LA LEGITIMA DEFENSA	93
8.3.1. Comentario	94
BIBLIOGRAFIA	96
ANEXO	98
ANEXO 1. ANTEPROYECTO	118
INDICE	

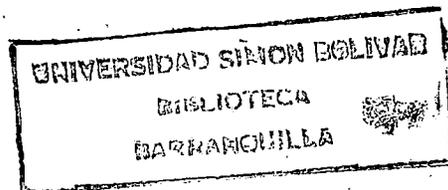
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

RECEIVED
JAN 10 1964
U.S. AIR FORCE
HEADQUARTERS
WASHINGTON, D.C.



Una buena legislación penal habrá de hacer todo lo posible, por favorecer el noble valor de quien, en su propio derecho, defiende también el de la sociedad.

Julio Fioretti



INTRODUCCION

El artículo 29 del Código Penal¹ dice testualmente: "el hecho se justifica cuando se comete....., 4° por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

Este numeral 4° contiene: 1) la justificación de un hecho que siendo materialmente delictivo, viene a quedar exento de culpabilidad cuando se comete en ciertas circunstancias y éstas constituyen el fenómeno justificativo de la Legítima Defensa. Más para que estas circunstancias todas, es decir, el fenómeno jurídicamente integral de la Legítima Defensa se cumpla deben antes rodear a ese fenómeno ciertos requisitos que la ley hace indispensables al enumerarlos.

¹ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal. Editorial Temis. Bogotá. Capítulo V. Título II, 1.987. p. 18.

xativamente; ellos son: 1º) que la agresión sea injusta 2º) que sea actual, y 3º) que sea por lo menos inminente. Y estos tres requisitos son dependientes, según la misma ley, de uno que los enmarca a todos; 4º "siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión". De modo que todos y cada uno de esos requisitos es válido para justificar el hecho, si la repulsión del hecho es proporcional a la agresión.

En este marco de proporcionalidad el que al fin y al cabo viene a justificar la contraagresión, dados aquellos tres requisitos.

Y es precisamente este marco, sus elementos propios, su interpretación, su ajuste al espíritu del derecho, lo que constituye el análisis de nuestro trabajo.

Necesariamente habremos de considerar, así sea en forma sucinta los tres requisitos, pero como indispensables a nuestro propósito, sino como accidentes que ilustran y facilitan el análisis. Nos apoyaremos para el desarrollo de este trabajo no solo en la ley, sino también en la doctrina y la jurisprudencia cuyo aporte es grande en este campo.

También debemos observar, que al tratar de la proporcionalidad, seguiremos la acepción en el sentido en que la toma el lenguaje jurídico, esto es EQUIDAD en la resultante de fuerzas opuestas, muy aproximado al concepto de la física.

La legítima defensa es, fundamentalmente, un estado de hecho. Su antigua data como institución del derecho penal, y como causa de justificación del hecho punible.

Distintas y valederas razones han impulsado al legislador a hacer de la legítima defensa un verdadero derecho del hombre.

El derecho penal, como ninguna otra rama de la ciencia jurídica, debe tener en cuenta al individuo en toda la plenitud de su fisonomía moral y material; debe considerarse las pasiones humanas en lo que ellas puedan incidir sobre las reacciones normales de los hombres, y debe dejar de lado las abstracciones, que si convienen a otras ramas de la ciencia jurídica, no se adecúan a la disciplina de la ciencia penal. Su tema es el hombre, el escenario del hombre es la sociedad en que actúa. Considerar al hombre aisladamente, con prescindencia del medio operante, es desnaturalizar el sentido, el alcance y el contenido científico del derecho penal.

Sin entrar a teorizar sobre la naturaleza del hombre; sin buscar, en la noche de los tiempos, y a través de las sendas sutiles de las especulaciones teóricas, el por qué de sus reacciones hacia el bien o hacia el mal, debemos considerar al hombre tal cual es, tal cual lo vemos, tal como aparece en la vida de relación, como lo observamos en la calle, en el taller, en el gabinete. Entre hombre y hombre, hay una tonalidad distinta en materia de reacciones de sentimientos y de afectos; y si bien es verdad que no puede hablarse en este orden de cosas, con términos absolutos también lo es, que ante determinadas circunstancias son singulares las reacciones de los hombres, aunque existe en todos ellos, una como jerarquía de valores, y que por esos valores vive, lucha, sufre, o mata, según sea la circunstancia en que le toque actuar.

Dentro de esa jerarquía de valores, uno de los más altos, en general, es la vida.

Cuando el hombre se ve atacado en ese valor, su reacción natural, su reacción lógica y biológica, es defenderlo.

Constreñido a la defensa de su vida, para evitar su muerte el hombre normal mata, si es preciso, a su contrincante.

En esa reacción defensiva, se ve, nitidamente, la presión

de las fuerzas naturales, congénitas al individuo, que se hacen presentes en el momento preciso. La reacción natural pone al hombre en trance de defensa; como pone al animal, como pone a la planta o a la flor, como pone a todo lo creado.

Y si para defender su vida tiene que herir, hiere, y si tiene que matar, mata.

El que ha matado así, en defensa de su vida, ¿puede ser condenado por la ley humana? ¿Puede la ley humana -hecha por los hombres- ignorar las reacciones del individuo frente a un mal grave e inminente, que atenta contra un bien supremo e insustituible?

La reacción del hombre frente al mal que se avecina, debe encontrar en la ley, su justificativo y su absolución cuando median circunstancias que hacen excusable la repulsa.

No están en pugna por cierto, el derecho y la moral en este aspecto; el más intransigente moralista, no se animaría a condenar al hombre que matara por defender su vida. Y, como lo hace notar Joaquín Francisco Pacheco², ni el propio Jesucristo exigió más al hombre, que aquello que el hombre natu

² PACHECO, Joaquín Francisco. El código Penal concordado y comentado. Madrid. 1.868. Imprenta y Fundición de manual. p. 156.

ralmente, podía dar de sí: por eso en el Decálogo, que es el gran ordenador de las pasiones y de la vida, su autor ha impuesto al hombre la obligación de amar al prójimo como a sí mismo, pero no más que a sí mismo.

Y si del valor "vida", pasamos a otros valores humanos del razonamiento permanece invariable. El hombre tiene el derecho de ser respetado en sus bienes; cuando ello es posible, debe acudir a la sociedad para que le tutele, le proteja, le ampare, contra quienes pretenden desconocer o avasallar sus derechos; pero cuando la sociedad no puede prestarle auxilio, él, por sí mismo, privadamente, debe acudir en defensa de su vida o de sus derechos; negar al hombre esa facultad sería, por una parte, querer modificar por medios artificiales, su naturaleza, y por otra, consagrar privilegios para quienes, violando toda norma de convivencia, burlan, en el derecho de un individuo, los derechos de toda la sociedad.

Claro está, que para que el hombre pueda valerse de sus propios medios, han de concurrir algunas circunstancias indispensables, que ya veremos en capítulos posteriores.

La sociedad que excusa al hombre que ha matado por defender su vida, su libertad, su honor o su patrimonio, ha de ser escrupulosa en la valoración de las causas que motiva

ron la acción, aparentemente antisocial; ha de medir, con la vara ideal de la justicia, todas las circunstancias que vivifican el acontecimiento. Proceder de otra manera, importaría caer en grave error, y dejar a merced de los más audaces, de los más fuertes, o de los más inescrupulosos, la vida y el patrimonio de los demás:

En la reacción defensiva del que mata, apremiado por la pérdida inminente de un gran valor humano - la vida, la libertad el honor - se pone de manifiesto una natural defensa del organismo, del espíritu y de la inteligencia, que la ley penal no puede dejar de valorar; de ahí que la defensa privada de la vida, constituye un derecho indiscutible, que la ley, no puede limitar, cuando exige proporcionalidad de medios en el ataque y la correspondiente defensa.





CAPITULO I. RASGOS HISTORICOS

1.1. ERA PRIMITIVA

El instinto o impulso de conservación es un principio natural, es decir, es ajeno a la naturaleza misma del ser vivo, y por lo tanto no tiene historia. Pero, dado el que la razón de ser del derecho positivo es dar normas de aplicación del derecho natural a las interrelaciones humanas, desde un principio de la organización social del hombre en tribus, nacieron éstas con sus elementos sustanciales: autoridad competente, o persona encargada por la tribu del gobierno y administración de la misma; promulgación, o sea, obligado conocimiento de la norma por todos los gobernados universalidad, o extensión del ámbito del gobierno, no solo territorial, sino y principalmente demográfico; obligatoriedad, esto es carácter impositivo de la norma que obligadamente debieron cumplir los asociados; y beneficio común, que consiste en que la costumbre beneficie a toda la comunidad (podemos añadir; que no afecte la moral y las buenas costumbres de la comunidad). Estos caracteres: orí

gen idóneo, promulgación, universalidad, obligatoriedad y beneficio común, son los elementos que desde un principio estructuran la ley, expresión del derecho natural.

1.2. ETAPAS CONSIGUIENTES A LA PRIMITIVA

Hasta la civilización Greco-Romana el status de la defensa instintiva no tuvo transformación sustancial, acaso porque el derecho positivo no se ocupó específicamente de este fenómeno, y lo dejó en manos de la costumbre. Esta modalidad de la ley, que en su conjunto se llamó derecho consuetudinario, no tuvo ni tiene todos los elementos fundamentales de la ley; teniendo sólo el de universalidad, el de obligatoriedad, y el de beneficio común. Es cierto que la venganza, introducida por el derecho consuetudinario, es una modificación del principio de conservación instintiva; pero no lo es menos que, como excepción a lo antes expuesto, adquirió el carácter de ley sólo en la civilización Sirio-Caldaica con el Código del Tali6n, cuya expresi6n "Ojo por ojo, diente por diente"; cifr6 un largo per6odo del derecho penal antiguo, y que fue recogida a la costumbre.

1.3. CIVILIZACION GRECO-ROMANA

En este per6odo de la historia pierde su legalidad la venganza, y aunque su pr6ctica continu6, ya no fu6 como nor

ma legal, y por ello fué castigada, aunque con alguna le-
nidad. Griegos y Romanos crearon en cambio la Legítima
defensa, o sea, la defensa permitida por la ley, cuyo re-
quisito único era la justicia; de modo que entonces basta
ba con que el ataque no fuera merecido, para que el agre-
dido se defendiera legalmente, no importa el medio que
empleara.

1.4. ERA POST-CRISTIANA

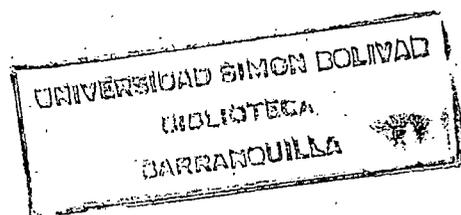
La nueva doctrina del cristianismo aceptó el concepto Gre-
co-Romano de la legítima defensa, pero la suavizó con la
doctrina conformista del perdón, y en base de ella, ya en
contramos en la edad media una confusa situación penal: se
admitía también la defensa legítima, ambas tuteladas por
la ley penal, dejando el perdón, como un medio de virtud li-
brenmente escogido por el agredido.

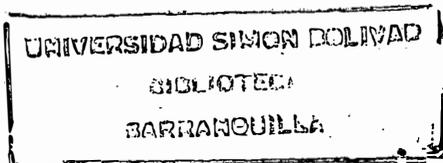
1.5. EPOCA MODERNA

Con el surgimiento del derecho penal (Concilio Tridentino
1545-1563, y aparición de la obra del Marquez de Beccaria³

³ BECCARIA, César. Del Delito y de las Penas. Editorial
Sopena. Madrid. 1.960. p. 123.

nació el Código Penal, y con él la tipificación como es-
tructuración del delito. Como consecuencia, todo fenóme-
no jurídico aparece debidamente ordenado por la ley y de-
bidamente tipificado. Es así como la justificación, que
es distinta de la inimputabilidad, encasilla el fenómeno
de la legítima defensa como una causal tipificada de jus-
tificación. Esta casilla es el objeto de nuestro estudio
más no en todos sus elementos, que sí estudiaremos sólo
como preparatorios al análisis central de nuestro traba-
jo, que es la proporcionalidad entre la defensa y la a-
gresión.





CAPITULO 2.

DIFERENCIA ENTRE REPULSION INSTINTIVA DE LA AGRESION Y LEGITIMA DEFENSA

Antes de anotar algunas diferencias fundamentales que existen entre estos dos conceptos, oportuno es recordar que ante una agresión determinada, un organismo vivo (incluido el hombre) por un mecanismo filogenético, responde con una de estas dos actitudes: o con una actitud agresiva de defensa, o con la huida. En el caso objeto de estudio sólo nos interesa por ahora la primera actitud por ser la que se manifiesta en la legítima defensa, según la ley, aunque como en nuestro análisis aparecerá más tarde, también la huida, puede ser una defensa, ya pasiva si el sentimiento de la cobardía excluye el enfrentamiento, o ya tornarse en activa de próximo futuro, si la idea es de asegurarse con un arma efectiva.

2.1. CONCEPTOS

Podemos definir la repulsión instintiva de la agresión como el movimiento natural que parte de la naturaleza misma

de una sustancia viviente, que lleva a todo el ser a oponer una resistencia a quien pretenda destruirla; en cambio la legítima defensa es un sistema legal (la ley lo ordena), dispuesto por la norma para impedir los excesos del sistema instintivo de conservación. En otras palabras, la legítima defensa es la normatización que limita la acción del sistema instintivo de autoconservación.

2.2. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DOS CONCEPTOS

En el impulso de conservación entra la psiquis y el sistema neural (para los humanos) simultáneamente, es pues, un proceso totalmente distinto de la ley.

En la repulsión instintiva de la agresión el agredido puede sobreestimar el ataque, e íntimamente convencido de que perdería su derecho si no lo repele, reacciona instintivamente sin tiempo para ponerse a pensar en la proporcionalidad, ni de los derechos enfrentados, ni de los medios empleados en la agresión injusta, y la defensa consiguiendo. Es decir sin llegar el agredido a valorar los requisitos que exige la ley, para que se tipifique la institución que venimos estudiando.

Tal es el caso de aquél que viendo que su mortal enemigo exhibe su revólver, actúa con más destreza y saca el suyo,

y sin mediar palabras lo mata; pero después con la investigación se llegó a probar que la víctima había utilizado un revolver de juguete para amenazar a su contrincante. Pero asimismo se llegó a establecer que aquél había prometido, en varias ocasiones, matar a su opositor en cualquier lugar en que lo llegara a encontrar.

Aquí podría pensarse a groso modo que existió legítima defensa putativa, pero al respecto Enrique Ferri dice: "que el agente ha de haber sido obligado por la necesidad y que esa necesidad debe entenderse en sentido relativo y subjetivo, admitiendo con Carrara, que en la legítima defensa, lo putativo equivale a lo real"⁴.

2.3. MOMENTO FÍSICO Y MOMENTO PSÍQUICO

En la repulsión instintiva de la agresión entra en juego el estado anímico del ofendido, debido al constreñimiento físico del cual es víctima, y también en la legítima defensa ocurre lo mismo, toda vez que hay una agresión existiendo dos momentos instantáneos: un momento físico (la agresión), y un momento correlativo e instantáneo; el mo

⁴ FERRI, Enrico. Sociología Criminal. T. II. Madrid.

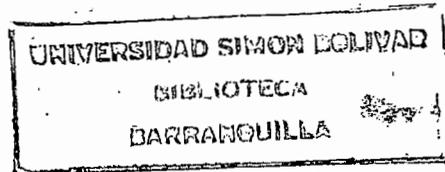
Editorial. Góngora. p. 103.

mento psíquico (la defensa), el tiempo no cabe dentro de estos dos presentes, todo cálculo de proporcionalidad carece de tiempo; Por ello la proporcionalidad exigida por la ley como requisito para una causal de justificación de la defensa, es psíquicamente imposible y más, físicamente.

La repulsa es algo inevitable, opuesto al movimiento voluntario y reflexivo, máxime cuando median intereses jurídicos (como la vida) que trastornan aunque sea repentinamente los mecanismos mentales, como ocurre al hombre que es víctima de un ataque así sea justo; mientras que a la legítima defensa con la aparición de la autoridad del Estado, se le introducen varias orientaciones sobre el contenido de la misma, que desbordan y desconocen los principios elementales del derecho natural. Luego entonces surgen las leyes que proclaman, bien la impunidad, bien la irresponsabilidad, bien la excusa, y mucho más adelante la causa de justificación.

La repulsión instintiva de la agresión, es autónoma, subjetiva y por ser anterior a la ley positiva, es natural, por consiguiente ha de apreciarla o estimarla quien se defiende en circunstancias especiales; y no el legislador cuando consagra en la legítima defensa, una limitante a la repulsa del agredido, exigiendo equivalencia entre la agresión y la reacción defensiva.

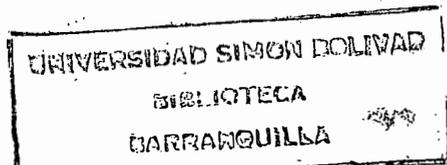
Ahora bien, toda agresión es injusta, ya que el agresor con su ataque crea una situación injusta, y la defensa contra ese ataque injusto, es lo que legitima la repulsa instintiva de la agresión, y no la ley propiamente dicha.⁵



2.4. SINTESIS

La repulsión es una respuesta natural a un comportamiento humano de provocación, que no existiría sin este segundo episodio. Palabras más palabras menos, podemos sintetizar lo siguiente: la repulsión instintiva de la agresión, es un impulso irresistible en cuya virtud obran las causas precisas, e infaliblemente en determinado sentido: la defensa, o como aquella que proviene, exclusivamente de la naturaleza que es o resulta imponderable y por lo tanto de imposible sustracción a evitarlo, o contrarrestarlo. Por ello encontramos como legítima la repulsa violenta de la esposa al marido que pretende con ella acceso carnal anómalo; pensar de otra manera sería colocar las relaciones sexuales entre cónyuges en el plano de la cópula animal.

⁵ Diccionario Real Academia Española. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 20a. edición. 1.984. p.40.



CAPITULO 3.

EL INSTINTO DE CONSERVACION

La sociología moderna llama impulso de conservación a lo que comúnmente se llama instinto de conservación.

¿Qué se entiende por impulso de conservación?

Es un sentimiento no voluntario (no psíquico), que impulsa al ser vivo a evitar con la huida o contrarrestar con la presencia activa, todo ataque contra su integridad.

3.1. ARMAS DEFENSIVAS

Esta defensa es pues totalmente natural, anterior a cualquier norma positiva y posterior solamente a la necesidad de vivir es decir, el instinto de conservación se debe a la necesidad primaria de vivir, o sea, que primero es vivir y después defender la misma (vida). Esta defensa, como de origen natural, nace con el ser vivo, por lo que le es connatural, y por ello tiene como medidas, tanto cuantitativa como cualitativamente, las calidades específicas

de cada ser; así, según su volumen corpóreo y según la especie zoológica de cada animal, son sus medios de defensa y su eficacia: una hormiga se defiende con sus pequeñas tenazas, una mosca con su veloz vuelo, un toro con sus fuertes y mortales cuernos, un ofidio con su veneno, y un hombre con cualquier medio que tenga a mano.

Siendo este impulso de apareamiento simultáneo con la agresión, pues es la agresión quien lo despierta en el fondo subconsciente del hombre, sobre decir que tanto este impulso como la agresión tienen su encuentro en un momento único y contemporáneo, de donde sus efectos tienen la misma actualidad y contemporaneidad.

No se puede producir un ataque sin que se produzca una defensa y no hay defensa sin ataque.

3.2. ACTUALIDAD DE LA DEFENSA

La actualidad de la defensa depende entonces de la actualidad del ataque, como la de éste depende de la de aquella.

Tratándose de un momento de actualidad, podemos distinguir lógicamente un momento físico, y es aquél en que se realiza la colisión, y un momento psíquico, o sea, aquél en que se realiza el acto físico, pero por mandato de la voluntad.

El momento físico es uno, y el psíquico son dos: porque intervienen dos voluntades: ataque y defensa.

En la legítima defensa putativa hay carencia psíquica.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA



CAPITULO 4.

LEGALIZACION DEL INSTINTO DE CONSERVACION

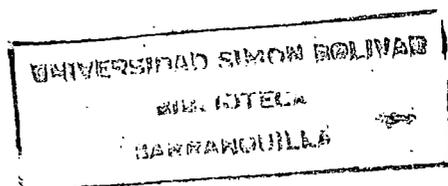
4.1. TRANSFORMACION DEL IMPULSO DE CONSERVACION

El hombre nace con su impulso de conservación, es decir, el impulso de conservación es ajeno a la existencia misma, Pero con el transcurso de los siglos, el hombre lo fué empleando no ya como medio de defensa sino como medio de ataque, fingiendo una agresión. Esta desanaturalización del impulso de conservación se fue infiltrando paulatinamente en el espíritu humano y al desenvolverse vino a crear abusos, llegando a los estadios de la venganza. Se atacaba para rescatar un bien físico que alguien había quitado, o sea, que la venganza se manifestaba recuperando por medio de un ataque físico lo que se había perdido.

Luego vemos así, cómo a través de los siglos el instinto de conservación vino a degenerarse hasta llegar a legalizarse con la venganza. Esto se explica, porque la venganza tiene un fondo de instinto de conservación. A partir de la Edad Media la venganza se vino a legalizar califi-

cándola como defensa de la integridad moral.

4.2. EL ATAQUE FISICO



La venganza se ha limitado al ataque físico para una aparente recuperación de un bien moral, verbigracia, el que injurie a otro no va a esperar una respuestas similar sino un ataque físico. De ahí que hay que hacer una distinción de bien físico y bien moral; en el bien físico el objetivo es la recuperación del mismo, influenciado por la venganza; y en la recuperación del bien moral ya no se viene a considerar como venganza sino como legítima defensa, y ésto fué precisamente lo que legalizó la venganza. Pero en esta recuperación del objeto físico hay que distinguir si la recuperación es posible ó no lo es; porque si es posible hay legítima defensa, y no lo es posible la recuperación es moral, y ya no estaríamos en la venganza sino en el encuadramiento de conductas delictivas, tales como calumnia o injuria.

4.3. PERIODO DE LA VENGANZA PRIVADA

El período de la venganza privada no corresponde realmente a una concepción embrionaria del derecho penal, sino que aparece más bien como una reacción espontánea de vindicta entre los individuos o los grupos familiares.

Esta situación que perduró siglos, era la que primaba en los grupos nómadas que todavía no tenían una organización política, y en los cuales la venganza se aplicaba sin proporción alguna, sin cauces normativos, sin intervalo de terminado entre la defensa la ofensa y el desquite.

Este período se caracteriza porque la pena no se ejerce como una función política del Estado, sino que al ofensor se le aplica una reacción vindicativa desorbitada, y sin medidas, sin que la sociedad como organización política intervenga para nada. Es apenas una relación punitiva entre ofendido y ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor. Más tarde con el surgimiento del Talión, por lo menos se pone un límite a la actividad represiva o vindicativa.

Así por ejemplo, en el código de Hammurabi se legislaba de esta manera: "Si alguien saca el ojo al otro, debe perder el suyo", "si quiebran un hueso se le quebrará a él también". "si una persona rompe los dientes a otra de su misma condición social, también a ella le serán rotos". Vemos así, que de esta manera se legalizaba el impulso de conservación en la antigüedad.

4.4. LA COMPOSICION

Constituye la composición un avance en la legalización del

impulso de conservación, ya que, en virtud de ella, contemplaba que el autor de cierta clase de delitos podía exonerarse de la pena que el hecho podía producirle, mediante el pago de una determinada suma de dinero al ofendido o a su grupo familiar.

Entre los Romanos y particularmente en la época de la república (453 - 351 a.c.) se expide la Ley de las doce tablas cuerpo normativa en el que empiezan a precisarse los delitos privados. Entre las penas se establecen la de muerte, el Talión y la composición.

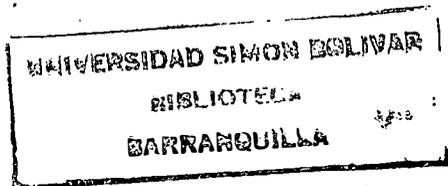
4.5. PERIODO DE LA VENGANZA DIVINA

Intimamente vinculado con el anterior, En este período es notoria la concepción mágica y divina de los fenómenos naturales y de la vida en general.

La pena se aplica en forma igualmente desproporcionada por la violación de los tabú, es en nombre de la divinidad, y para calmar su irritación.

4.6. VENGANZA DIVINA

Tiene por objeto principal la vindicta, y secundariamente el arrepentimiento del culpable, la corrección y la enmienda



da del mismo.

Las penas se dividen en espirituales y temporales. El derecho de asilo, en virtud del cual los templos prestan su protección inviolable al perseguido, surge como freno a la venganza privada.

4.7. PERIODO DE LA VENGANZA PUBLICA

En este período empieza a manifestarse ya la voluntad del Estado como titular de castigar, despojando de esa facultad a los particulares o a los grupos puramente familiares.

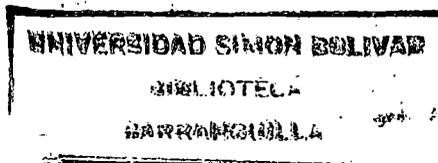
Se inicia así, una nueva era del derecho penal, el Estado actúa para reprimir e investigar los delitos, y la sanción es también la determinada por él.

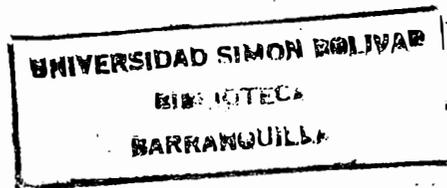
4.8. LEGALIZACION

El impulso de conservación tuvo que ser normado, porque se abusó de él con la venganza, tanto más que esa venganza pasó del plano individual al tribal y de éste al Nacional.

Realmente la venganza comenzó a ser deslegalizada con la aparición del Cristianismo, y como respuesta al principio

del Tali6n opuso el cristianismo 6sta otra: "si te hieren en una mejilla por la otra". Y poco a poco ya en la Edad Media se continu6 esa evoluci6n de ilegalizaci6n de la venganza, hasta el punto que hoy en d6a est6 totalmente ilegalizada, pero no abolida, porque ella consulta a la conducta producida por las pasiones humanas. Pero al margen de la ley se hace uso de la venganza, ya que tiene sus impulsos en el instintode conservaci6n. Hoy es at6pica, corresponde a las pasiones motoras humanas y a6n a las no motoras, y por consiguiente como at6pica que es, ya est6 considerada dentro del campo de la delincuencia.





CAPITULO 5.

DEFENSA LEGAL Y LEGITIMA DEFENSA

5.1. DEFENSA LEGAL

5.1.1. Noción. Podemos definir la defensa legal, como a quella que se hace justamente sin acuerdo a la ley, que consulta su razón de ser en el impulso de conservación. Es fruto de la misma naturaleza y no está condicionada a requisito jurídico alguno.

5.2. ANALISIS DE LA DEFENSA LEGAL

Hace ya varios siglos había dicho Santo Tomás de Aquino en la Suma Teológica: "El acto por el cual se intenta la conservación de la vida propia, nada tiene de ilícito puesto que es natural a todo ser, conservar la existencia en cuanto pueda".

Es para nuestro criterio muy claro que quien se defiende de un ataque a su vida, o a cualquier otro bien, su obrar es justo; y llamamos aquí "defensa" a la repulsa consiguien-

te y racional a un ataque injusto contra un bien defendible.

El derecho a defenderse-en estas condiciones- tiene una data tan antigua como el hombre mismo; el individuo de la época primitiva, ya reaccionaba ante el ataque; su conducta es anterior a las disquisiciones teóricas; el hombre de las cavernas se defendía de los demás hombres que lo atacaban, obedeciendo a un impulso congénito. Esta necesidad de la defensa nace con la vida del hombre; y se encuentra, no ya en este ser superior sino aún en las especies inferiores, animales y vegetales.

Antes de que existiera el Estado - forma jurídica de una sociedad organizada - existió la defensa; y la razón de ser de la defensa. Así, podría desaparecer el Estado, y sus leyes, y sus sanciones, y seguiría existiendo la defensa de la vida, del honor, de los bienes; porque esa defensa lleva en sí misma la razón trascendente de su propia e integral justificación.

La defensa de la vida, del patrimonio o del honor, es una de las más justificadas reacciones del individuo. Ante un ataque llevado a alguno de esos bienes - integrantes de la humana personalidad - su defensa encuentra justificativos en la Ley natural; en la filosofía, en la religión.

Buscar la génesis de esa defensa, es penetrar en el hombre - a su propia intimidad de conciencia - y en la Ley, a sus manifestaciones primarias.

La vida de relación pone muchas veces a un hombre frente a otro, no sólomente en la armonía regulada por las leyes, si no también en plan de combate, de ataque y de defensa. La sociedad no puede quedar ajena a esas manifestaciones que se producen en su seno, y debe buscar, por todos los medios a su alcance, la manera de calificar a quién atacaba bienes defendibles, y a quién los defiende de ataques injustos.

El que mata por defender su vida, ¿qué es, frente a la sociedad?. ¿cómo debe calificarlo la sociedad?, ¿corresponde a su acto, objetivamente antijurídico, una sanción social, traducida en castigo?. Frente al hombre que mata por defender un bien socialmente defendible, se abren estas y otras interrogantes, que el jurista debe resolver.

La situación del hombre que se defiende de un ataque injusto, suscita, en principio, humana simpatía; y a su análisis vamos con el espíritu bien dispuesto, porque sabemos que un justificativo racional y natural, determinado por el impulso de conservación, ampara, en todo caso, la conducta a parentemente antisocial del agente. Con gran acierto, sos

tiene el jurista argentino Luis P. Sisco⁶ que "la razón del hombre que se defiende a sí, es anterior y superior a la ley. Por eso es más que legítima: por eso es justa!"

5.3. JUSTIFICACION DE LA DEFENSA LEGAL

Creemos con Sisco, en la existencia de un derecho natural anterior y superior al derecho positivo; porque la vida supera a la ley - la ley es un precipitado de la vida - y las motivaciones particulares que determinan un acto objetivamente delictuoso, no pueden ser en su totalidad previstas por el legislador.

Por eso, si consideramos que la defensa es justa antes que legítima, debemos procurar que la ley - que le otorga la legitimidad - no abogue la justicia que la defensa lleva implícita. En otros términos, tanto el legislador que crea la ley como el juez que la interpreta y que la aplica, deben hacer cuanto esté a su alcance para evitar que la norma legal coarte el ejercicio de un derecho natural que no sólo individual sino también social, porque como ya lo observara

⁶ SISCO, Luis P. La defensa justa. Editorial El Ateneo, Buenos Aires. 1949. p.30.

Fioretti⁷ "quien defiende su propio derecho defiende también el derecho de la sociedad".

Los que buscamos afianzar estas nociones, renegamos de las leyes que coartan el ejercicio de un derecho natural del hombre; y en esta crítica que formulamos a la ley, no debe leerse otra cosa que la aspiración de ver afianzado un derecho que es innato en el hombre, que está consagrado por los tiempos, y respaldado por la razón superior de la razón.

De esta manera entendemos que debe ser considerada la actitud del hombre que se defiende con sus medios, de un ataque injusto. El que así procede para conservar su existencia, merece todos los auxilios de una sociedad indefensa, que en un momento dado, no ha podido acudir a su auxilio. Esa sociedad debe reconocer que el hombre no ha procedido a impulsos de sentimientos inferiores, sino obedeciendo a una voz ancestral, que la organización del estado moderno no puede acallar; porque el Estado está formado por hombres con toda una carga afectiva y defensiva que es imposible ignorar o cambiar, a menos que se ignore y se cambie al hombre mismo. Y ésta sería, en todo caso, labor de Dios.

⁷

FIORETTI, Julio. Sobre legítima defensa. Editorial Reus. S.A. Madrid. 1.926 p. 45.

5.4. LEGÍTIMA DEFENSA

5.4.1. Noción. La legítima defensa la podemos definir, como aquella defensa justa o legal, pero ya reglamentada y condicionada por el legislador, o sea, que es la misma de fensa natural, pero ya la encontramos normada.

Sisco⁸ define la legítima defensa como "la repulsa racional contra ataque injusto, llevado contra un bien, propio o ajeno, jurídicamente defendible"

En opinión de Jiménez de Asua⁹, es repulsa a la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla.

Entre nosotros, el profesor Pérez¹⁰ la define: "legítima de fensa es una facultad jurídica que se funda en la necesidad de proteger, mediante un contrataque, un derecho propio o ajeno, amenazado por la violencia actual e injusta de otra persona."

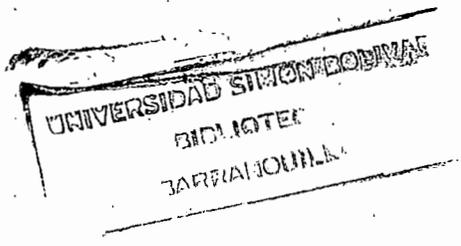
⁸ SISCO, Luis P. Op. Dit. p. 39

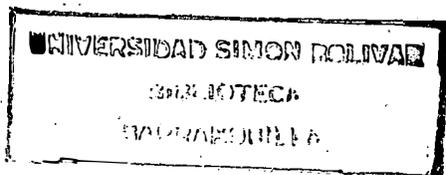
⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis. La ley y el delito. Edit. Hermes México, Buenos Aires. 1.954 2a. edic. p. 311.

¹⁰ PEREZ, Luis carlos. Tratado de derecho penal. Edit. Temis. Bogotá. 1.977. p. 391, y p. 98.

Estas y otras definiciones recogen los aspectos esenciales que caracterizan el fenómeno, vale decir, agresión injusta y actual o inminente contra interés propio o ajeno y necesidad y proporcionalidad de la reacción y el ataque.

Bien podría, pues, sintetizarse el concepto de legítima defensa al decir que es la reacción tempestiva y adecuada a una agresión actual e injusta. Explicaremos detalladamente sus requisitos cuando nos ocupemos de la fórmula legal que respecto de ella utiliza nuestro código penal.





CAPITULO 6.

REQUISITOS LEGALES PARA LA JUSTIFICACION DEL HECHO PUNIBLE POR LEGITIMA DEFENSA

Antes de analizar los requisitos legales que le son propios a la legítima defensa, vamos a estudiar, así sea someramente, las causas de justificación del hecho punible, pero sólo en una forma enunciativa, en lo que se relaciona a nuestro estudio.

6.1. EL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL

El artículo 29 del libro primero, Título tercero, capítulo quinto del Código Penal dice: Causales.

El hecho se justifica cuando se comete:

- 1° En estricto cumplimiento de un deber legal.
- 2° En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
- 3° En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público¹¹

11 NOTA: Este numeral 3° comprende el siguiente, pues éste trata de un derecho que puede y debe ser defendido; sólo que, por tratarse de un caso especial, la ley lo considera por separado.

4º Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.¹²

Por la importancia de estas causales de justificación y por el futuro aporte que harán a nuestro trabajo de investigación entramos a analizarlas separadamente.

6.1.1. Comentario. El cumplimiento de un deber legal. Señala el numeral primero del artículo 29 del Código Penal que el hecho se justifica cuando se comete "en estricto cumplimiento de un deber legal".

Se habla de "cumplimiento de un deber legal" para efectos penales cuando alguien se comporta de cierta manera porque una norma jurídica así lo dispone, o una orden vinculante de autoridad pública se lo impone, en razón de su oficio, o por su condición de subordinado.

La norma vinculante puede pertenecer al derecho público o al privado. Entre los deberes que la ley impone al individuo hay unos que son inherentes al ejercicio de ciertas

¹² ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal. artículo 29. 6a. Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1.985. p.18.

funciones públicas, como el del guardián que impide la fuga de un detenido, y otros que constituyen deberes impuestos al particular, como el testigo que narra sucesos que pueden lesionar la reputación de una persona. En ninguno de estos casos existe comportamiento antijurídico: no en el primero porque el guardián, en razón de las funciones propias de su cargo, tiene la obligación de impedir la fuga de quienes están en estado de detención, empleando la violencia si fuere necesario; ni en el segundo caso, porque el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal impone a los testigos la obligación de declarar, y el mismo Código señala sanciones por su incumplimiento.

El deber cuyo acatamiento impide la antijuridicidad de la conducta ha de ser siempre de carácter jurídico, es decir, impuesto por la ley.

Dos aspectos merecen destacarse en relación con tal justificante: el primero es la nota de la legalidad del deber; su objeto es el de precisar que las obligaciones en cuyo cumplimiento pueden realizarse hechos formalmente delictivos o contravencionales pero sustancialmente lícitos, son únicamente aquellos de contenido jurídico en cuanto expresas en mandato legal. El segundo es el de que no basta el mero cumplimiento de norma legal que lleve ínsita la posibilidad de causar daño a otro en algún interés penalmente tutelado, sino

que es necesario que ese acatamiento sea "estricto", yale decir, precisamente subsumible en la disposición legal que impone el deber de actuar de esa manera.

6.1.2. Comentario. Cumplimiento de orden de autoridad.

Dispone el numeral segundo del artículo 29 de nuestro Código Penal, que el hecho se justifica cuando se comete "en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales"

Ha de entenderse por orden aque lla manifestación de voluntad que un superior dirige a su inferior jerárquico para que éste tenga determinado comportamiento, haga u omita algo.¹³

Para que hablarse de orden en sentido jurídico debe existir una relación de jerarquía pública entre dos personas: una que manda y otra que obedece; no será, pues, orden para efectos penales la que viene del padre hacia el hijo o del patrón hacia el dependiente, porque ella no es pública sino privada y, por lo mismo, carece de fuerza vinculante, sin lo cual no logra eliminar su ilicitud.

¹³ REYES ECHANDIA, Alfonso. La antijuridicidad. Universidad Externado de Colombia. 3a. edición. 1.981. p. 252.

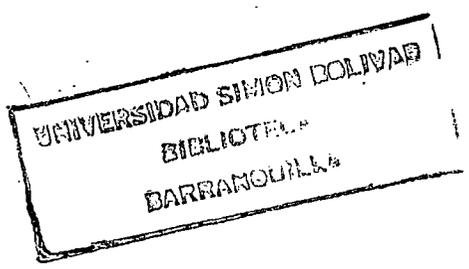
Para que la orden a que se refiere la norma en comentario, pueda ser reconocida como causal de justificación, debe reunir los siguientes requisitos:

- Que provenga de superior jerárquico;
- Que sea legítima;
- Que el superior sea competente para emitirla;
- Que el inferior debe obedecerla; y
- Que sea dada con las formalidades legalmente previstas.

Nos referiremos a continuación a cada una de estas exigencias.

6.1.2.1. Que la orden provenga de superior jerárquico. Entre la persona que da la orden y aquella que la obedece debe existir una relación de dependencia oficial o pública, de tal manera que la segunda pueda considerarse como subalterna de la primera; así, el alcalde es superior jerárquico de la policía de los límites de su municipio.

6.1.2.2. Que sea legítima. Es legítima la que, proviniendo de autoridad competente, posea contenido lícito, es decir, no comporte la realización de hecho punible. Sería pues ilegítima la orden emitida por un funcionario de facto, o la que, aún proviniendo de autoridad, dispusiese la muerte de una persona, o no acomodase el mandato a las exigencias



legales pertinentes..

6.1.2.3. Que el superior sea competente para emitirla. Significa este requisito, que la autoridad que da la orden tenga dentro de sus atribuciones la facultad de proferirla; un oficial de policía, por ejemplo, no podría ordenar la libertad de una persona judicialmente detenida porque esa orden no cabe dentro de las facultades propias de su cargo.

6.1.2.4. Que el inferior deba obedecerla. Debe tratarse de una orden que el inferior esté obligado a cumplir; en términos generales, el subordinado solo debe obedecer las órdenes que sean legítimas, entendiendo por tales las que estén previstas en el reglamento orgánico de la institución a que pertenece o en cualquiera otra disposición legal, las que no violen principios constitucionales referibles a la persona (artículo 21 de la Constitución Nacional) y las que no sean ilícitas. No es concebible que una autoridad pública tenga dentro de sus funciones la de ordenar comisión de hechos delictuosos; si tal ocurre se estaría extralimitando en el ejercicio de ellas e incurrirían responsabilidad.

6.1.2.5. Que sea dada con las formalidades legalmente previstas. La orden debe ser dada con el lleno de los requisitos señalados en la ley o reglamento; cuando tales presu

puestos no se hayan observado, la orden no obliga al inferior; por manera que un agente de policía no estaría obligado a cumplir orden de detención que le fuese verbalmente impartida por un juez, como que la ley impone para este caso la formalidad del escrito firmado por el funcionario respectivo.

Cuando se han cumplido los requisitos anteriormente descritos, el inferior que ejecuta la orden no es responsable aún en el caso de que ella corresponda a un tipo delictivo; la responsabilidad penal recaerá entonces en el superior que dió la orden; cuando por lo contrario, la orden se cumplió sin el lleno de tales requisitos y ella determina la comisión de un delito, serán penalmente responsables, tanto el superior que la impartió como el inferior que la obedeció.

6.1.3. Comentario. Ejercicio de un derecho. Señala el numeral 3º del artículo 29 de nuestro Código Penal que el hecho se justifica cuando se comete "en legítimo ejercicio de un derecho".

Obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que ejecuta de terminado comportamiento o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal. Ordinariamente los llamados derechos civiles de los particulares son de emanación constitucional: así los de huelga, petición, pro

piedad privada, asociación, actividad profesional, etc...

Ahora bien, cuando alguien en ejercicio de un derecho legalmente reconocido y tutelado causa daño a otro, no incurre en responsabilidad penal por falta de antijuridicidad -siempre que el hecho se haya desarrollado dentro de los marcos normativos del respectivo derecho - porque los fines sociales que garantizan su ejercicio se imponen a los particulares intereses que puedan resultar afectados.

Entre aquellos derechos legítimos cuyo desarrollo eventualmente ocasiona lesiones a intereses particulares penalmente tutelados, citaremos los de corrección, retención y disciplinario.

6.1.4. Comentario. Ejercicio de actividad lícita. Dispone el mismo numeral 3° del artículo 29 del Código Penal que el hecho se justifica cuando se comete en ejercicio legítimo "de una actividad lícita".

Como desarrollo y concreción del ejercicio de un derecho ha de entenderse la situación de quien desempeña actividad legalmente regulada. Dentro de tal marco merecen destacarse las ocupaciones profesionales y la práctica deportiva. Examinémoslas brevemente.

6.1.4.1. Actividad profesional. El artículo 29 de la Constitución Nacional, garantiza el derecho al libre ejercicio de profesión y oficio; en efecto, el Estado por intermedio de entidades especializadas (Universidades, Escuelas Superiores e Industriales, etc) otorga al particular que hallado los requisitos académicos pertinentes título de idoneidad que le autoriza para el ejercicio de una determinada actividad profesional; dicho título le permite realizar todos los actos necesarios para el logro de los fines propios de la respectiva profesión, aún en el caso de que la obtención de tales fines ocasiona de bienes jurídicamente protegidos.

En tales condiciones, el abogado que en un alegato se ve precisado a exponer hechos que lesionan el honor o la fama de un tercero, no ejecuta acción antijurídica; ni el periodista que publica información lesiva de la reputación de una persona, siempre que la noticia sea verídica y ofrezca interés público (ya que el deber del periodista es informar verídicamente al público).

6.1.4.2. Actividad deportiva. La práctica deportiva constituye igualmente manifestación de un hecho reconocido y reglamentado por el Estado; las mismas razones expuestas en el acápite precedente, es dable ubicar este fenómeno entre las causales de justificación penal. Podría agregarse

que si el deporte es auspiciado y protegido por el Estado, sería ilógico que se sancionara a quien practicándolo reglamentariamente, causó daño a otro, pues no es dable imaginar que el ordenamiento jurídico pueda permitir y castigar coetáneamente una misma conducta, son contradecir el principio de su propia unidad.

La cuestión penal se plantea fundamentalmente en aquellos deportes que llevan consigo empleo más o menos violento de fuerza muscular y que suponen individualidades o bandos contendientes (boxeo, lucha libre, fútbol, etc) si de tales actividades resulta algún daño en el cuerpo o en la salud para un deportista, la responsabilidad penal de quien lo ocasionó queda excluida por falta de antijuridicidad siempre que el agente (deportista) haya ajustado su conducta a las reglas del juego.

6.1.5. Comentario. Ejercicio de cargo público. El numeral 3º del ya citado artículo 29 de nuestro Código Penal menciona igualmente como causal de justificación el legítimo ejercicio de un cargo público, esta causal se refiere concretamente a los empleados públicos en cuanto desarrollen, actividades propias del cargo que desempeñan y que no correspondan al estricto cumplimiento de una obligación normativamente impuesta ni al obediencia de orden superior.

Por ejemplo, el empleo de la fuerza autorizada por el artículo 29 del estatuto nacional de policía a los miembros de dicha institución, en los casos y con las limitaciones que consagra la ley; la penetración violenta a domicilio o establecimiento ajeno que los códigos procesales civil y penal permiten a los jueces durante la práctica de diligencia de allanamiento, en las condiciones allí mismo puntualizadas.

En todas estas situaciones y en otras semejantes, obra justificadamente el funcionario que en ejercicio de su cargo vulnera un interés jurídico particular dentro del marco estricto de sus atribuciones, porque lo hace para salvaguardar bienes jurídicos de mayor jerarquía en cuanto tutelados de la colectividad.

6.2. REQUISITOS LEGALES PARA LA JUSTIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA

Dice el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal¹⁴ que "el hecho se justifica cuando se comete por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

¹⁴ ORTEGA TORRES, Jorge. Op. Cit. p. 18.

En este numeral encontramos los cuatro elementos que según la ley constituyen la legítima defensa. Por la importancia de estos elementos entramos a analizarlos singularmente.

Son pues, requisitos de la legítima defensa los siguientes:

- Agresión actual o inminente e injusta;
- Ataque a un derecho personal propio o ajeno;
- Necesidad de la defensa; y
- Proporcionalidad entre agresión y reacción.

Vamos a examinarlos separadamente.

6.2.1. Agresión actual. Noción. Dice el Diccionario de la Real Academia Española,¹⁵ que actual: "es presente, en el mismo momento". Luego entonces, tenemos que la ley, exige que exista legítima defensa, que esta defensa sea presente, y en el mismo momento de la agresión o del peligro. De modo que tiene que ser la agresión en el mismo momento en que me defiendo, luego entonces, no habrá legítima defensa si me defiendo en el futuro. De manera que si

¹⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Editorial Espasa-calpe. 20a. edición. 1.984. p.23.

Pedro después de recibir un planazo de Martín, persigue a su agresor que huye, y lo mata, según la ley Pedro no actúa en legítima defensa, por carencia de actualidad de la agresión. Aquí la ley aconseja a Pedro a que se resigne con su planazo. Aquí, consideramos que la actualidad está determinada por la situación amenazadora no por la lesión misma. Actual es la agresión aún subsistente, esto es iniciada y no concluida, verbigracia, el inicio del planazo de Martín contra Pedro.

Una agresión subsiste en tanto sea posible aún el mantenimiento, aunque parcial, del bien atacado, o en una situación esencialmente invariable, su recuperación inmediata.

En el hurto, por ejemplo, la agresión no termina con la aprehensión, sino con la pacífica ablación del botín. Por consiguiente, es lícito el disparo sobre el ladrón que es capa con lo sustraído, y aún la persecución dentro de la propia morada.

La agresión de que habla el código debe entenderse como un ataque u ofensa sin que sea indispensable la nota de su intensidad; lo que significa que puede ser leve o grave. También, según el código, no es posible aceptar como actual la agresión futura, ni justificar ante ella reacción defensiva porque el presunto agredido podría evitar-

la de otra manera; por ejemplo, dizque recurriendo a la autoridad; tampoco según la ley, cabría la eximente en estudio frente a la ofensa pasada, dado que una reacción a posteriori nada pretende defender, pues estima el legislador que la agresión ya se ha producido.

La agresión puede provenir de cualquier persona, incluso de los llamados inimputables (menores de edad, enfermos mentales) y de quienes gozan de inmunidades; es innegable que estos sujetos están en condiciones de ofender intereses jurídicamente tutelados. Por lo demás el legislador no exige ninguna calidad personal en el individuo que realiza el ataque ni en aquel hacia el cual va dirigido; por lo mismo también puede legítimamente defenderse cualquier persona de todo agresor, independientemente de su edad y de su estado mental.

Por todas estas consideraciones, nos manifestamos discordes con la exigencia de la ley penal colombiana en este primer elemento de justificación. Porque no es aceptable que la actualidad consista en la concidencia de la defensa con la agresión, como lo acabamos de ver.

Por ello fijamos así nuestro criterio:

Entendemos por actualidad la reunión de modalidades que concurren en un acto dado; el acto de la agresión está ro

rodeado de las siguientes modalidades:

6.2.1.1. Sorpresa. El agredido no espera el ataque para ese momento en que realmente se produce, pero puede ocurrir que por alguna situación antecedente, más no del momento que se produzca de donde lo sorpresivo para él no es el ataque, sino el momento que se produce.

6.2.1.2. La forma del ataque. El agredido puede tener la sugestión del ataque, pero no la precisión de su forma, es decir, no presupone ni el arma con que va a ser atacado, ni la intensidad, ni el lugar ni la cuantía (si viene solo el agresor, o acompañado) ni las circunstancias tácticas (si el atacante llega por delante o por la espalda, si lo hará en público o buscará la soledad) ni la intencionalidad (si querrá dar muerte, o causar herida o solamente asustar, o poner en ridículo mediante amenaza, etc) estas modalidades todas o algunas de ellas, es suficiente que se encuentren, en una determinada agresión para que se pueda afirmar que la correspondiente defensa es actual; porque cualquiera de las modalidades indicadas, al producirse, es causa inmediata del movimiento defensivo, es decir, determina la presencia actual de la defensa, actualizándola. De modo que la actualidad solo puede ser elemento de la justificación de la defensa, entendida en la forma que acabamos de expresar, y en esta forma la actualidad se hace extensiva, así por

ejemplo: alguien que tenga lo sugestivo de que va a ser atacado, tome la precaución de armarse previamente, y esta conducta no podría ser tachada de premeditación toda vez que desconoce las demás modalidades como puede ser atacado.

6.2.13. Agresión inminente. Noción. El Diccionario de la Real Academia Española, dice que inminente es: "que amenaza o está para suceder prontamente". Es decir, cuando la agresión está por suceder prontamente. O sea, que según la ley, la defensa tiene que ser ante un peligro que esté por suceder en el mismo momento, prontamente.

De manera que si Pedro amenaza a través de medios idóneos (un revolver) de dar muerte a Juan en el día de mañana, y éste ya percatado y apercebido del peligro que corre su vida, se arma adecuadamente para afrontar el ataque, y sin llegar el momento amenazador anunciado por Pedro, se encuentran accidentalmente en una esquina, y como consecuencia Juan elimina a Pedro. Aquí según la ley penal no existe legítima defensa, de Juan por carencia de inminencia de la agresión. Es decir, que la ley en este caso, condena al amenazado a la tortura de esperar indefenso el momento en que la amenaza anunciada se convierta en real agresión. Bien puede entonces afirmarse que no es necesario aguardar a que el ataque se produzca para repelerlo cuando es posi

ble y necesario tempestivamente rechazarlo en su génesis.

La finalidad de la legítima defensa es precisamente la de evitar que se materialice la lesión al interés jurídico en peligro. La amenazadora actitud de un hombre armado que se dirige hacia mí con inequívoca determinación ofensiva es, pues, suficiente para justificar la reacción defensiva; el antiguo derecho romano la puso de manifiesto así : eum qui cum armis venit posunus armis repellere.

Además ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela, es más, una elemental prudencia aconseja a quien teme peligros precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos. La sola circunstancia de hallarse la víctima prevenida para el ataque no le quita a su defensa el carácter justificativo en orden a cualquier de los bienes defendibles: El de la existencia o el de la propiedad.

En este mismo sentido se pronuncia la doctrina nacional ; en efecto, señala Lozano y Lozano¹⁶ que quien "movido por

¹⁶ LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos del derecho penal. Editorial Lerner. Bogotá. 1.961, p. 250.

sus deberes o el curso de sus negocios, transita por región infectada de bandidos que atacan a los transeúntes ha previsto la eventualidad de la agresión; pero tiene derecho a rechazarla, porque la ley no puede obligarlo a abdicar de su derecho al libre tránsito y porque la permanencia de este género de ataques crea la permanencia del derecho a la defensa.

Por agresión inminente debemos entender cualquier gesto, actitud o amenaza que evidencie daño inmediato a la persona. Constituye ésta, tal vez, la forma más común de agresión y la que mayor lógica explica la reacción defensiva, en cuanto la víctima impide que el ataque se consuma; porque quien espera a que la ofensa se produzca para responder a ella, quizás no tenga oportunidad de defenderse.

6.2.1.4. Injusta agresión. Esta condición emerge del texto mismo de la ley.

Es decir no justo, esto es, contra toda justicia, ahora bien, según el mismo diccionario, justicia es dar a cada uno lo que le pertenece, refiriéndose a la justicia, distributiva. Entonces, además de actual, la agresión debe ser onjusta, vale decir, antijurídica, contraria a derecho; lo que no significa necesariamente que deba

constituir por sí misma delito; basta que sea contraria al interés legítimo, a un derecho personal legalmente reconocido. Así, la cosa tenemos que, según la ley si uno es agredido justamente no puede defenderse, y por consiguiente debe dejarse matar.

Olvídate el legislador que todo agresor en su fuero interno cree que su comportamiento agresivo es justo. Nadie en la vida se cree injusto. Todo individuo obra de la manera que mejor le parezca, de acuerdo a las circunstancias, especiales de su desenvolvimiento en los diversos estadios que la vida ordinaria le proporciona.

La palabra "injusta" ha sido criticada por la doctrina; unos autores la consideran excesivamente amplia porque abarca conceptos metajurídicos y daría lugar a reconocer legítima defensa contra ciertas agresiones que si bien podrían ser calificadas como injustas, no tienen entidad suficiente para legitimar la reacción contra ellas; cítase el caso de una providencia judicial equivocada o arbitraria que imponga privación de la libertad y frente a la cual no sería lícita la reacción del detenido que dispone de medios legales para que se repare el error o la arbitrariedad. Otros creen que la "injusticia es un término excesivamente jurídico y requiere una reprobación sancionatoria del derecho, aunque no sea la sanción penal" y de

aceptarse no podría reconocerse como legítima la repulsa violenta de la esposa al marido que pretende con ella acceso carnal anómalo.

Ya hemos visto lo que es la justicia, y nosotros la comprendimos así: Justicia es la aplicación de lo conveniente a cada cual, de acuerdo con la ley natural de que nuestro derecho termina en donde comienza el del otro ser humano. De acuerdo con esta definición, en el caso de una agresión tiene una doble aplicación a saber: el agredido tiene el derecho natural de defender el bien que le es atacado; pero su defensa implica necesariamente un contra ataque hacia el agresor es agredido, lo que implica que también se le reconozca a él el derecho de defenderse.

Siguiendo estrictamente el plano dialéctico, encontramos que hay un punto en donde los derechos en contienda convergen, en este momento desaparece la justicia.

Estudiaremos aquí el controvertido problema de si el agresor puede invocar el derecho de defenderse, cuando responde a una acción agresiva del agredido; toda vez que la persona considera que su agresión es justa.

A tal cuestión responde Ferri que "si uno con su acto anti jurídico provoca el ataque del ofendido, no puede contra él

alegar la legítima defensa".¹⁷

En tal situación la víctima está frente a una agresión inminente contra la cual puede reaccionar en forma lícita, por lo que la respuesta violenta del agredido no configuraría legítima defensa para el agresor.

En esta forma considera Ferri, nuestra legislación y en general la lógica jurídica que se solucione este problema; pero si lo llevamos a fondo, encontramos que esta solución es solamente práctica, pero no dialéctica, pues nadie puede explicar el "no puede" de Ferri en efecto, el agresor agredido, al tener su agresión por justa, tiene por injusta la agresión del agredido, o sea su reacción.

Nuestro análisis es el siguiente: tanto el agredido como el agresor actúan en virtud del derecho natural de conservación y por lo tanto estiman justa su conducta en el momento físico de la mutua agresión: es pues en este momento físico en donde se producen dos (2) momentos psíquicos, uno para cada contendiente, de donde este momento psíquico, al producir una colisión de derechos de defensa, produce también

¹⁷ FERRI, Enrico. Op. Cit. p. 103.

una colisión de justicia de cada uno: repulsión de ataque. Esta paradoja dialéctica da origen a nuestro criterio: en ninguna defensa puede invocarse la justicia, como justificación del ataque.

6.2.2. Ataque a un derecho personal propio o ajeno. Constituye este el segundo requisito de la institución en estudio. La agresión injusta de que hemos hablado debe dirigirse contra un interés jurídico referido a la misma persona que se defiende o a un tercero. Son susceptibles de tutelas todos los bienes que pertenezcan a la persona y cuyo goce sea amparado por la ley, tales como la integridad personal, el honor, la propiedad, la libertad.

El profesor Pérez señala que son derechos personales:

Todos lo que le asisten por el hecho del nacimiento y de existir en el seno de un conglomerado cualquiera. Son, por consiguiente derechos susceptibles de defensa legítima: la integridad física, la integridad moral, el patrimonio económico, la libertad en todas las formas: política, religiosa, moral, física; de opinión, de profesión, de organización gremial, de trabajo, de prensa, de sufragio, de comunicación, de reunión, de pensamiento, de expresión, de enseñanza, de donar, formas que citamos simplemente a título enumerativo.¹⁸

18 PEREZ, Luis P. Op. Cit. p. 391 y s.s.

- El bien jurídico de la vida e integridad personal

Sabido es que en su origen la legítima defensa se predicó de la vida. Así nació en la ley de las Doce Tablas, se consolidó en el Digesto y pasó al Derecho Canónico.

Dicha génesis, por lo demás, resulta explicable si se tiene en cuenta el valor dado al bien jurídico de la vida en las sociedades primitivas y la importancia que él sigue teniendo en la sociedad contemporánea.

Es frente a su tutela como la institución adquiere su más dramática plenitud porque ante ataque injusto a la propia vida, más que el conocimiento de la legitimidad de la reacción es el instinto de conservación individual el que impulsa a contrarrestar la agresión. El derecho no ha hecho cosa distinta a reconocer la fuerza ineludible de ese instinto vital,

Y lo mismo que se dice de la vida ha de predicarse de la integridad personal, toda vez que cualquier ataque a la incolumidad individual pone en peligro la vida de su titular.

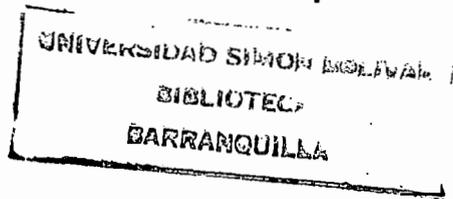
- El bien jurídico de la propiedad

La necesidad de defender el bien jurídico de la propiedad

es recalçada por Von Ihering,¹⁹ cuando afirma: "Esta protección que el individuo se debe a sí mismo no se refiere a lo que es, sino también a lo que tiene, porque tener es existir de modo más completo".

Los bienes patrimoniales defensables están representados tanto en los bienes muebles como en los inmuebles, por lo tanto son ambos susceptibles de tutela. Estos bienes pueden defenderse legítimamente por medio de la violencia contra agresiones que los pongan en inminente peligro, como la Usurpación, el despojo y el daño en bienes ajenos. El que la propiedad de inmuebles se transfiera mediante inscripción en el registro de la escritura pública respectiva, no es obstáculo para negar su legítima defensa porque en relación con tales bienes no solamente se protege legalmente el derecho de propiedad, sino también los que de él se derivan, entre ellos, la posesión, el uso, el usufructo y hasta la mera tenencia, cuyo ejercicio no requiere solemnidad especial.

¹⁹ IHERING, Von.. Rodolfo. El fin del derecho, Editorial Espasa-calpe. Madrid, 1.921. p. 125.



- El bien jurídico del honor

El expresión "honor" ha de interpretarse en sentido amplio y comprende, por lo mismo, las más concretas de honor stricto sensu, honra, pudor y libertad sexual.

- Honor, en sentido estricto, es una cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto de nosotros y de las demás personas; es el sentimiento de la propia dignidad.

- Honra, es la buena opinión y fama que el conglomerado social tiene de nosotros en razón de nuestros méritos y virtudes.

- Pudor, es el sentimiento de honestidad, modestia y recato que guía y orienta el comportamiento cotidiano.

- Libertad sexual, es la facultad del ser humano para disponer libremente de su cuerpo con fines eróticos-sexuales.

Pues bien, todos estos intereses personales, jurídicamente tutelados, son susceptibles de defensa legítima, en la medida en que se den las características propias de la institución que analizamos; así:

6.2.2.1. El honor. Se ataca de ordinario el honor de una persona cuando privadamente se la injuria o calumnia. La doctrina admite, con razón, que cuando tales ofensas se prolongan en el tiempo, cuando adquieren carácter continuo, es legítima la reacción defensiva porque con ella se busca impedir nuevas e inminentes agresiones al honor.

6.2.2.2. La honra. Cuando la injuria o la calumnia se profieren públicamente o a través de mecanismos de difusión (prensa, radio, televisión), se lesiona no solo el honor de la persona ofendida sino, además, su honra. Cuando yo destruyo el escrito difamador que va a ser publicado, o la cinta magnetofónica mediante el cual se dará a conocer el hecho calumnioso, o impido violentamente que quien me injuria se presente a la radio para divulgar la ofensa, estoy legítimamente ejerciendo derecho de defensa de mi honra.

6.2.2.3. El pudor. Quien abusivamente realice tocamiento libidinosos sobre otra persona, consuma ataque a su honra; por eso, la joven que golpea a quien en un autobús le acaricia los senos, el hombre que rechaza violentamente la palpación impúdica del homosexual, actúan en legítima defensa de su pudor.

6.2.2.4. La libertad sexual. La pretensión de acceder carnalmente a una persona contra su voluntad, constituye indu

dablemente atentado injusto al derecho que a la libre disponibilidad de su cuerpo con fines libidinosos tiene dicha persona. En tales condiciones, cuando María rechaza violentamente a Juan que pretende violarla sexualmente, está defendiendo legítimamente su derecho a la libertad sexual.

6.2.2.5. Defensa de terceros. La reacción ante agresión actual e injusta no solamente se justifica cuando quien actúa es el mismo atacado sino, además, cuando el agredido es un tercero.

Parece que, además del sentimiento de humana solidaridad que lleva al hombre a realizar actos de cooperación social en favor del desvalido o necesitado, explican también esta modalidad de la institución las relaciones parentales entre el agredido y su defensor, la amistad que los une, o el ligamen jerárquico o jurídico que impone a uno de sus titulares la obligación de proteger al otro, como cuando el patrono defiende a su dependiente o el tutor a su pupilo.

La legítima defensa del tercero ha de reunir las mismas características propias de la figura, y que su única diferencia con ésta es la de que quien reacciona no se defiende de un ataque a su persona o derechos, sino que

protege a un tercero de injusta y actual agresión.

6.2.3. Necesidad de la defensa. Para el correcto entendimiento de este requisito conviene aclarar que por defensa ha de entenderse aquella acción que tiende a remover, atenuar o eliminar el peligro para el derecho afectado y se dirige contra la persona que lo ocasionó.

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

La defensa debe ser siempre respuesta a un estímulo agresivo, y el ser humano no responde, vale decir, no reacciona, si no percibe el estímulo que genera la reacción.

Hemos de reconocer, no obstante, que se trata de un concepto relativo que debe ser estudiado y resuelto frente al caso concreto.

Creemos, sin embargo, que una fuga vergonzosa no puede exigirse a nadie, porque sería contraria al atributo de la dignidad, esencia misma de la persona humana.

6.2.3.1. El animus defendendi. La doctrina suele exigir

que el ofendido reaccione con el ánimo de defenderse, en tanto que otros autores, consideran que el agente debe obrar con la única finalidad de evitar el ataque; otros piensan que basta un preponderante ánimo defensivo, lo que no excluye simultánea motivación de venganza.

Consideramos entonces, que según la ley, supuesto esencial para reconocer legítima defensa, es el de que quien la invoca haya percibido la agresión como actual o inminente y, por lo mismo, la haya conocido, así se trate del fugaz conocimiento que surge de la también fugaz percepción del estímulo agresivo.

Resulta apenas obvio agregar que si existe el animus defendendi, entendido como voluntad de defensa, la aceptación de la justificante resulta evidentísima.

6.2.3.2. Titular del derecho de defensa. Estudiemos ahora a quiénes asiste el legítimo derecho de reaccionar ante la agresión. La respuesta es que toda persona natural tiene tal derecho; y hablamos de persona natural porque aunque en el caso en que el ataque injusto recaiga sobre personas jurídicas, es un ser humano el que actúa en defensa de aquella; las personas jurídicas, como entes ficticios, no pueden ejecutar conductas en sentido naturalístico.

6.2.3.3. La no exigibilidad de otra conducta. Para que la defensa sea realmente necesaria es indispensable que al agente (quien se defiende) no le sea exigible conducta diversa de la que tuvo y con la que repelió la injusta agresión.

Nos parece pues, que la explicación del requisito de la necesidad de la defensa resulta fácilmente comprensible mediante la teoría de la no exigibilidad de otra conducta, en cuanto la reacción defensiva del ofendido se justificará en la medida en que, dada las circunstancias personales, temporales, especiales y modales en que el hecho ocurrió, no era dable exigirle al agredido comportamiento diverso del que en el caso concreto desarrolló para repeler el injusto ataque.

Por manera que, si el riesgo del daño que la agresión implica podía eludirse o rechazarse eficazmente de otra manera y en vez de ello, el agente escogió la vía de la reacción violenta, fallará este requisito y no será posible otorgarle la eximente.

La necesidad de la defensa, nos parece, que no ha de juzgarse con criterio abstracto y absoluto, porque se pecaría de injusticia, sino con razonamiento concreto e individualizador, mediante juicio ex ante que coloque al juzgador idealmente en el momento en que los hechos ocurrieron y las

circunstancias especiales que lo rodearon.

6.2.4. Proporcionalidad entre agresión y reacción.

6.2.4.1. Nociones. Según el Diccionario de la Real Academia Española el término "proporcionalidad" significa: "conformidad de unas partes con el todo o de cosas relacionada entre sí".

Nuestro Código Penal, reconoce la justificante solo en el caso en que "la defensa sea proporcionada a la agresión". Otras legislaciones - como la española, y la argentina - exigen la "necesidad racional del medio empleado" para repeler la agresión.

Haremos algunas consideraciones respecto de la disposición legal precedente para tratar de explicarla en la plenitud de su alcance y, más adelante sentar nuestro criterio en lo que respecta a este requisito, que es a la postre el tema medular de este trabajo de investigación.

En todo caso este requisito demarca los límites de los cuales la reacción del ofendido se justifica; es el moderamen inculpatae tutelae de que hablaban los clásicos. Para algunos autores alemanes (Mayer y Von Liszt) la proporcionalidad no constituye requisito de la legítima defensa, pues

basta que alguien ataque injustamente mi derecho para que la reacción se justifique, independientemente de cualquier otra consideración sobre el valor del bien afectado o la intensidad de la respuesta defensiva.

La proporcionalidad de que venimos hablando ha de predicar se no solamente de los bienes en conflicto - el amenazado lesionado por la acción del agresor y el que resulta vulnereado por la reacción del agredido - sino también de los medios utilizados por los protagonistas para atacar y defenderse.

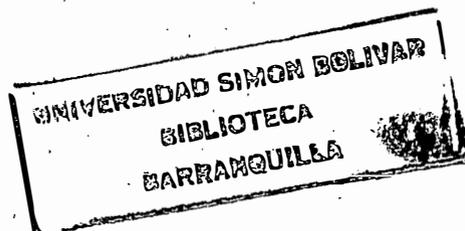
6.2.4.2. Intensidad. Una mejor comprensión de esta cuestión exige recordar que para el reconocimiento de la legítima defensa resulta indiferente a la intensidad misma de la agresión; vale decir, que esta puede ser grave o leve; lo que importa es que la entidad de la reacción defensiva se adecúe a la magnitud de la ofensa. Ya aquí, se observa palmariamente semejante injusticia cuando para reconocerla justificante, la ley es indiferente a la intensidad de la agresión; y luego exige que la reacción defensiva se adecúe a la magnitud de la ofensa o agresión. De esta manera se está limitando la capacidad defensiva del ofendido o agredido, lo que resulta contrario a toda ley natural, ya que todos los seres vivos reaccionamos motivados por el instinto de conservación.

79

6.2.4.3. Posición objetiva. El problema se ubica en un plano estrictamente objetivo cuando se comparan pragmáticamente los bienes en conflicto y los instrumentos empleados para ofender y defenderse, y tal examen comparativo, se concluye que hubo equivalencia o desproporción; en ese orden de ideas la real proporcionalidad se daría únicamente cuando siendo iguales los bienes de agresor y agredido y semejantes los medios vulnerantes usados, se cause a aquél lesión equivalente a la que ocasionó o pretendió ocasionar.

Esta posición absolutamente objetiva es criticable en cuanto busca solución uniforme y casi matemática a un fenómeno jurídicamente único pero realísticamente complejo y variable; en efecto, aunque estemos ante mil casos que deben resolverse mediante la fórmula de la legítima defensa, lo cierto es que cada uno de ellos mostrará facetas distintas cuyo análisis permitirá precisar por qué razón la reacción del agredido fue legítima. Por lo mismo la aplicación de este criterio nos llevará muchas veces a soluciones injustas. Piénsese en un adolescente que responde con arma de fuego al ataque que con los puños le propina un campeón de boxeo; ¿sería correcto y justo negarle legítima defensa solo porque no hubo igualdad objetiva de medios agresivos y defensivos?. Nos parece que en tal caso no debe vacilarse en reconocer la justificación

te al menor. O medítese en la hipótesis de la jóven que atacada sexualmente por un sátiro, desesperadamente toma una piedra, la descarga sobre su cabeza y le causa la muerte; ¿podrá negarse que actuó en legítima defensa de su libertad sexual con el argumento de que el interés jurídico de la vida que la jóven suprimió era diverso y superior al que ésta defendió?. También en este caso no nos cabe la menor duda de que la mujer actuó en legítima defensa.





CAPITULO 7.

ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD

Después de las consideraciones que hemos hecho en el capítulo sexto, entramos a analizar a fondo el fenómeno de la proporcionalidad, cuya naturaleza es de índole matemática.

7.1. NATURALEZA MATEMATICA

En matemáticas se enuncia este fenómeno así: $\frac{a}{b} = \frac{c}{x}$ que se lee: a es a b como c es a x; y se interpreta: la cantidad a tiene con b la misma relación que c tiene con x. Relación es lo mismo que división; el resultado de una división es un cociente, luego las dos (2) relaciones indicadas anteriormente son iguales porque tienen cocientes iguales. de modo que proporción es en resumen la igualdad de dos cocientes (ejemplo: $4/5 = 16/20$ porque $4/5 = 0,8$ y $16/20 = 0.8$).

Entonces cuando hablamos de proporcionalidad estamos exactamente hablando de la igualdad de dos cantidades resultantes de dos (2) divisiones. Este lenguaje es único, convie

ne tanto a los números como a cualquier otra manifestación de la mente; y así cuando decimos hablando de la calificación de una asignatura decimos que la nota es justa cuando son proporcionales el esfuerzo del estudiante y la manifestación externa de su capacidad en una asignatura, porque puede suceder que el estudiante no haga mayor esfuerzo, pero, su capacidad de asimilación sea superior, luego entonces, sin haber proporción, la nota a la postre es justa, ya que el profesor no puede valorar ni descalorar el esfuerzo del estudiante; también se puede presentar en el estudiante un mayor esfuerzo y una menor capacidad de asimilación en el estudio, aquí también, sin haber proporción la nota justa, porque el profesor no está en capacidad de estimar el aspecto intelectual del alumno; y por último, puede ocurrir que en el estudiante concurren simultáneamente el esfuerzo y la capacidad, en este evento, además de existir una verdadera proporción la nota es más que justa, porque el profesor aprecia y estima ambas cualidades en la respuesta del alumno. En síntesis se presentan tres (3) modalidades a saber:

- Menor esfuerzo y mayor capacidad, no hay proporcionalidad.
- Mayor esfuerzo, menor capacidad, no hay proporcionalidad.
- Igual esfuerzo, igual capacidad, la nota es justa, porque

hay proporcionalidad. La apreciación de la proporcionalidad o desproporcionalidad corresponde al profesor, pero éste no está en capacidad de penetrar en la psiquis del estudiante, luego no puede captar una desproporcionalidad, más sí puede captar en la respuesta del alumno la concordancia o discordancia entre la manifestación oral o escrita de la verdad enseñada. Se deduce pues que si el profesor da la nota de acuerdo con su captación, la nota es siempre justa para él, pero puede ser injusta, y casi siempre lo es, por una desproporcionalidad que puede existir sin que él la capte.

7.2. LA LEY Y LA PROPORCIONALIDAD

La ley, como el profesor, no tiene capacidad para saber si existe una proporción psíquica en el momento en que, como hemos dejado dicho atrás, el agresor ataca y el agredido contrataca, pero sí existe capacidad en la ley para reconocer las armas empleadas en el ataque y en el contrataque, porque las armas son objetos visibles, captables por los sentidos. Y es por ello que cuando ella exige proporcionalidad como elemento de justificación, precede como el profesor de marras decide el problema de la desproporción por el simple hecho de una observación objetiva. De aquí resulta que la proporcionalidad legal es sólo el resultado de un hecho material.

En la legítima defensa siempre habrá desproporción objetiva y una proporción subjetiva por las circunstancias psíquicas y especiales que rodean el hecho en particular. Ya hemos dicho que, la ley penal al consagrar la proporcionalidad objetiva de los medios empleados como sine qua non para que se configuren la legítima defensa, ha desnaturalizado el sentido y el objeto de la institución que venimos estudiando. Consideramos que la apreciación de la proporcionalidad es subjetiva, y ha de estimarla quién se defiende y no el legislador, como nuestra legislación penal lo prevé. Es que la "proporcionalidad" de que habla la ley, debe aplicarse a la que pudo concebir una mente ofuscada, en un momento psicológico especial; y no, por cierto, la que pueda admitir un extraño (el legislador y el juez) al suceso, o el mismo agredido una vez pasado el ataque. El estado subjetivo, íntimo, del atacado es pues, un elemento indispensable, para dictaminar sobre si ha existido proporcionalidad en la defensa del agredido. Pero fuera de esa circunstancia otras también han de tenerse en cuenta: el lugar del hecho, el momento en que éste se produce, las características del agresor, su conducta anterior, los móviles del hecho, etc, todos estos factores, con velocidad vertiginosa, se harán presentes en el ánimo del agredido; y en la composición de lugar que éste se forme tendrán una importancia decisiva.

7.3. ANALISIS PSIQUICO DEL HECHO MATERIAL

Coloquemos frente a frente al agredido y al agresor: el

agredido sea que espere el ataque o sea que no, siempre es sorprendido por la presencia física del agresor, y éste no espera la reacción de su enemigo, o al menos por su estado psíquico alterado, no puede medir la capacidad de un contraataque, o la subestima, toda vez que quien ataca de primero tiene en su subconciente la seguridad de ser superior. El agredido tampoco está en capacidad de apreciar la magnitud del ataque, o si en primer momento le advierte, carece de la serenidad suficiente para buscar una proporcionalidad pero es más, aunque con mucha sangre fría pudiera establecerla, la rechazaría instantáneamente urgido por el principio omnipotente de conservar su integridad, de donde sacando fuerzas de flaquezas, su sublima, tiende a la superación de su adversario y busca impremeditadamente establecer en su favor una desproporcionalidad; al producirse su reacción también en el agresor, sorprendido por ella, se produce el mismo cuadro psíquico que acabamos de describir en el agredido: cada cual busca por impulso natural una desproporcionalidad a su favor. Aquí también desaparece todo sentido de justicia: es un mismo principio natural que explota simultáneamente en dos polos opuestos.

El momento físico de la agresión se confunde con el momento psíquico de la repulsión psíquica del ataque. Es por ello decimos, que el concepto de justicia no es aplicable, en esta confusión de momentos.

La filosofía puede razonar como lo acabamos de hacer en este episodio. Pero la ley no puede hacerlo para un caso particular, en el cual desconoce la calidad y la intensidad de ese momento psíquico, de que hemos hablado, así como ni uno ni otro de los contendientes puede medirlo en su contendiente. La ley solo conceptúa de la disparidad de armas de los contendores, nunca sobre su momento psíquico.

De esta argumentación deducimos que es un craso error de la ley hablar de proporcionalidad en este asunto. En efecto no lo puede hacer basada en un conocimiento psíquico, pues ni a ella ni a nadie le es posible esta medida. Pero ni tampoco puede medir la disparidad material, porque ésta, aunque sí depende de la calidad de las armas empleadas en el ataque y en el contraataque, su aplicación produce calidades psíquicas que no siempre son concordantes con la calidad material; ejemplo, el hombre que se defiende con un revólver cuando es atacado a golpes de puños por un boxeador, vemos que, desde el inicio de la agresión en el agredido existe un impacto psíquico, determinado por su inferioridad física y por la notable disparidad de fuerzas al confrontar la agresión, y observamos también, que antes de que se produzca la agresión, ya entre los protagonistas existe una desproporción física, luego entonces, la desigualdad física en la mayoría de los casos es producida por la desproporción psíquica; así pues la disparidad de armas, que es en fin de cuentas una desproporción

física, depende de una situación psíquica, y es por ello que escapa a la percepción de la ley, que así deviene incapaz de establecer proporción o desproporción en el momento físico de la agresión.

7.4. LA PROPORCIONALIDAD Y EL INSTINTO DE CONSERVACION

Vemos diáfamanamente, como estos dos conceptos chocan a la luz de la realidad natural, si bien es cierto, que el instinto de conservación es tan antiguo como el hombre mismo, resulta entonces, una arbitrariedad de la ley positiva, exigir igualdad de medios físicos para preservar la existencia de la vida, o los derechos patrimoniales, o bien morales.

Ya en capítulos anteriores, dejamos claro nuestro criterio, en torno a la justificación de la legítima defensa, que reproducimos así: "Hemos pretendido justificar la legítima defensa, como una reacción motivada por el organismo, que encuentra su causa mediata en el Instinto de conservación". El fenómeno fisiológico llevaría en sí, la causa justificativa de la repulsa".

Algunos autores han hecho curiosas experiencias, no solamente en el reino animal, sino también en el vegetal para demostrar como existe en todo lo creado una tendencia

natural e irrefrenable a eludir todo obstáculo que impida la vida. Muy ilustrativas son a este respecto las experiencias de Meyer y de Brandis, relatadas en una recopilación de Schopenhauer, que Sisco extractó del libro de Fiorretti y que nosotros recogemos del libro de Sisco²⁰. El primero encerró patatas en una cueva, dejando pasar un rayo de sol; pudo advertir al poco tiempo, cómo los brotes del vegetal, haciendo un esfuerzo, que diríamos heroico si se tratara de un ser humano, atravesaban todos los obstáculos para acercarse al vivificante rayo de sol. El Times de Londres, refiere que unos hongos nacieron en una calle londinense, debajo de los adoquines, y que, con el esfuerzo consiguiente, venciendo todas las dificultades imaginables llegaron a salir a la luz, fuente y manantial, de su vida. Parecería verdad la expresión de Cuvier, según la cual, las plantas en ciertas circunstancias tienen movimientos espontáneos que casi se atribuirían a una inteligencia y a una voluntad.

Lo que parece ser una ley de la naturaleza, que es general y alcanza a todos los seres, tiene que tener en el hombre

²⁰ SISCO, Luis P. La defensa justa. Editorial El Ateneo. Florida; Córdoba, Buenos Aires, 1.945

su reflejo más profundo y constatable. La defensa contra el peligro, parece ser más que otra cosa, un impulso instintivo innato, del que el hombre no puede desprenderse sin violar leyes biológicas elementales. En efecto: todas las leyes y todos los derechos, permiten defenderse contra el peligro ; hasta el punto de que la misma naturaleza nos impulsa a rechazar, con ímpetu la injuria del ofensor, ímpetu que resulta incontenible a causa de la excitación, y que constituye un motivo no menor que los precedentes para mitigar la pena en aquel que se defiende. Observamos, que según lo anterior, se justifica la legítima defensa por el hecho biológico de la conservación de la vida: "todas las leyes, y todos los derechos", autorizan la reacción; y es "la misma naturaleza" la que nos impulsa a rechazar con ímpetu, la ofensa del agresor.

Siendo así que la reacción natural del hombre ante el peligro, es la defensa, resulta entonces, un imposible lógico y físico, el exigir la ley proporcionalidad en los medios de defensa entre agresor y agredido. Los anteriores razonamientos, nos sirven también, para explicar lo antiguo de la reacción, anterior al Estado y al Derecho, por eso, discrepamos con la ley, ante semejante exigencia para que se configure la legítima defensa. Es que el agredido en las circunstancias, psicológicas en que se ve obligado a afrontar la agresión, no está en capacidad de ponerse a medir si el arma que va a emplear para su defensa es la ideal, o es similar a la que le exhibe su contrincante; a él lo que le interesa en ese momen

to especial de peligro inminente, es preservar su existencia a costa de superar físicamente el arma de su adversario que le puede ocasionar la muerte. Pensar de otra manera, sería dejar a todo agredido en desventaja física y psíquica con su agresor.

Según la ley, a nuestro juicio, la carga de la igualdad de armas, le corresponde al agredido, y a la postre es el que resulta sacrificado, porque si lo atacan con un palo, la ley le aconseja aplazar el enfrentamiento, lo que es un imposible y salir corriendo a buscar otro palo de similares características. La paridad de armas no puede ser el criterio único para establecer la existencia de la proporcionalidad que exige la ley. Más decisiva que eso puede ser la convicción del agredido, que de buena fe ha creído que su vida pasaba por un inminente peligro. La proporcionalidad de los medios empleados para repeler la agresión, no puede computarse sino desde el punto de vista del sujeto que tenga que defenderse, en la situación concreta producida, con los medios de que disponía y en el estado de ánimo que la agresión normalmente podría generar.

Consideramos también que la medida del medio a emplearse para la defensa contra una injusta agresión depende de los recursos que tiene a mano el agredido para hacerla cesar, y para ello escogerá, de tenerlo a mano el medio más dañoso y por ello eficaz.



CAPITULO 8.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Habiendo analizado los elementos en que la ley tipifica la legítima defensa, nos queda ahora el presentar nuestras sugerencias destinadas a coadyuvar en la solución de los problemas que ya hemos señalado, y cuya gravedad se debe a que siendo aquellos elementos los fundamentos de la justificación del contraataque del agredido, ni al sentido común, dando con ello lugar a que cometa la autoridad judicial muchos desaciertos, ya en favor de la equidad o en disfavor de la justicia.

8.1. PROBLEMA DE LA ACTUALIDAD

En los argumentos presentados en el capítulo sexto, hemos fijado nuestro criterio, que en resumen es: El concepto de actualidad que exhibe la ley en el artículo 29, numeral 4° del Código Penal, expresa una coincidencia entre el ataque del agresor y la respuesta del agredido. Ya hemos analizado cómo esta coincidencia es inaceptable. Sugerimos modestamente pues:

Que se sustituya en el Código Penal la expresión "actual e inminente" por "persistente e inminente".

Entendemos que hay una actualidad psíquica en la persistencia del ataque, que por ello es inminente.

8.1.1. Comentario. Llamamos persistencia a la continuación del ataque. Ejemplo: Si A es atacado por B, y A se va en busca de un arma defensiva, sintiéndose en condiciones de inferioridad, regresa y mata a B que espera. ¿habrá actualidad psíquica o persistencia del ataque?. Creemos que hay persistencia del ataque, porque la sola permanencia de B prolonga la intención del ataque, conducta que sostiene en A la necesidad de su defensa.

8.2. PROBLEMA DEL ELEMENTO JUSTICIA

También en el capítulo sexto fijamos nuestro criterio de no aceptación de este elemento como necesario para la justificación de la legítima defensa; estimamos que allí dejamos todo dicho, y por ello sugerimos respetuosamente al Estado:

Que se omita del todo la expresión "injusta", y que se agregue: "no proveniente de autoridad competente o de autorización expresa de la ley"

8.2.1. Comentario. La modificación que sugerimos tiene cabida en el hecho de que la autoridad necesite para la defensa social o del Estado, proceder a la agresión de un delincuente, como es el caso de la ley de fuga de las autorizaciones a particulares concedidas por el artículo 29, numeral 2º

No estamos de acuerdo en que se niegue o desconozca radicalmente a ningún agredido el derecho natural que tiene de repeler toda agresión contra su integridad, ya física, ya psíquica. Este derecho de repeler un ataque lo tiene el ladrón que sorprendido en su ilícito, es atacado por el celador; el preso que se fuga y luego es perseguido a tiros por el guardián; el violador del domicilio ajeno, que sorprendido por el domiciliario es atacado por éste, etc., pero sí aceptamos que en todos estos casos y aquellos en el que la ley previamente ha acordado la agresión por determinada fechoría, el contraataque o defensa proveniente de los agresores sea declarado legalmente injustificable, aunque naturalmente sí sea justificable. Dejamos pues claro que lo sugerido solamente concierne a la interpretación jurídica del artículo 29 numeral 4º del Código Penal.

8.3. PROPORCIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

En el capítulo sétimo precedente hemos analizado con toda amplitud el elemento proporcionalidad que el numeral 4º ci

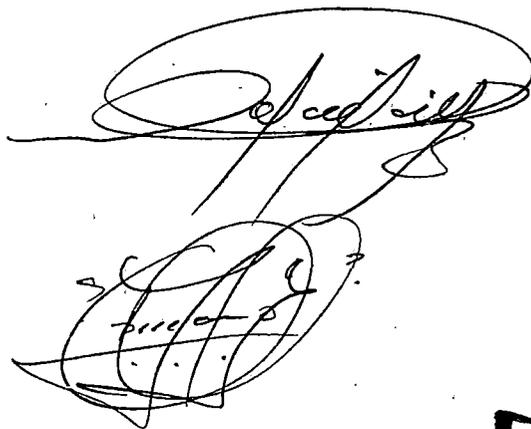
tado propone como sine qua non" para la justificación de la legítima defensa. Hemos fijado nuestro criterio, que reproducimos así:

Es imposible exigir una proporcionalidad física, pues, en el momento físico en que se produce la agresión, carece de sentido natural exigir igualdad de armas, cuando el ataque es imprevisto. Estimamos que la ley tampoco es capaz de conocer el estado psíquico de los contendientes en un momento dado, y que por lo tanto es incapaz de prejuzgarlo. Así nos permitimos sugerir, siempre con el debido respeto, que la ley nos merece, lo siguiente:

Que se suprima del artículo 29, numeral 4º la expresión "siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

8.3.1. Comentario. La razón de ser de nuestra sugerencia, consiste en que en una litis sorpresiva e imprevista no cabe el establecimiento de armas iguales, esto en lo físico de la confrontación; pero menos aún en lo psíquico, pues de exigir lo, se atenta contra el impulso natural de conservación, cuyo distintivo esencial es superar todo impacto exterior contra la supervivencia; y esta superación implica una desigualdad de fuerzas en contienda, de donde la proporcionalidad resulta antinatural.

Esperamos que nuestro trabajo deje asentadas bases firmes para una modificación pertinente en nuestro estatuto nacional.

A handwritten signature in cursive script, possibly reading "Alcedillo", is written above a large, circular scribble that obscures some text underneath.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, César. Del delito y de las penas. Editorial So
pena. Madrid. 1.960.

Diccionario Real Academia Española. Editorial: Espasa-calpe
Madrid. 1.984. 20a. edición.

FERRI, Enrico. Sociología criminal. T. II. Madrid. Edito
rial. Góngora.

FIORETTI, Julio. Sobre legítima defensa Editorial Reus S.
A. Madrid. 1.926.

IHERING, Von Rodolfo. El fin del derecho. Editorial Espa
sa-calpe. Madrid. 1.921.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La ley y el delito. Editorial Her
mes. México, Buenos Aires. 1.954. 2a. edic.

LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos del derecho penal. Edi
torial Lerner. Bogotá. 1.961.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código penal. Editorial Temis. Bogotá. Capítulo V. Título II. 1.987.

PACHECO, Joaquín Francisco. El código penal concordado y comentado. Madrid. 1.868. Imprenta y Fundición de Manua...

PÉREZ, Luis Carlos. Tratado de derecho penal. Editorial Temis. Bogotá. 1.977.

REYES ECHANDIA, Alfonso. La antijuridicidad. Universidad Externado de Colombia. 3a. edición 1.981.

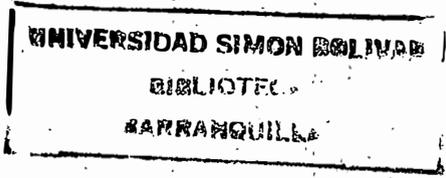
SISCO, Luis P. La defensa justa. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1.949.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ANEXO

*Correspondencia
Hacer las recomendaciones
las recomendaciones
1988*



ANEXO I. ANTEPROYECTO

ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA

MARTÍN TORREJANO MORALES

TRABAJO DE ANTEPROYECTO
PRESENTADO COMO REQUISITO
PARCIAL PARA OPTAR AL
TÍTULO DE ABOGADO

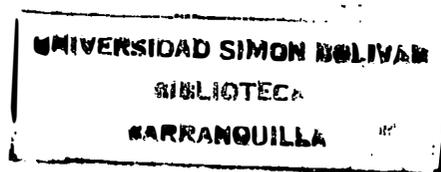
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

FACULTAD DE DERECHO

1.988

P. Sotomayor
[Signature]



ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA LEGITIMA DEFENSA

INTRODUCCION

El artículo 29 del Código Penal¹ dice textualmente: "El hecho no se justifica cuando se comete..... 4º por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra una justa agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

Este numeral 4º contiene: 1) la justificación de un hecho que siendo materialmente delictivo, viene a quedar exento de culpabilidad cuando se comete en ciertas circunstancias, y éstas constituyen el fenómeno justificativo de la Legítima Defensa. Más para que estas circunstancias todas, es decir, el fenómeno jurídicamente integral de la Legítima Defensa se cumpla: deben antes rodear a ese fenómeno ciertos requisitos que la ley hace indispensables al enu-

¹ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal. Editorial Temis, Bogotá. Capítulo V. Título III, 1.987. p. 18.

merarios taxativamente; ellos son: 1° que la agresión sea injusta, 2° que sea actual, y 3° que sea por lo menos inminente. Y estos tres requisitos son dependientes, según la misma ley, de uno que los enmarca a todos; 4°: "siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión". De modo que todos y cada uno de esos requisitos es válido para justificar el hecho, si la repulsión del hecho es proporcional a la agresión.

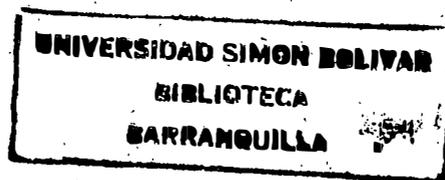
En este marco de proporcionalidad el que al fin y al cabo viene a justificar la contraagresión, dados aquellos tres requisitos.

Y es precisamente este marco, sus elementos propios, su interpretación, su ajuste al espíritu del derecho, lo que constituye el análisis de nuestro trabajo.

Necesariamente habremos de considerar así sea en forma suscinta los tres requisitos, pero no como indispensables a nuestro propósito, sino como accidentes que ilustran y facilitan el análisis. Nos apoyaremos para el desarrollo de este trabajo no solo en la ley, sino también en la doctrina y la jurisprudencia cuyo aporte es grande en este campo.

También debemos observar, que al tratar de la proporcionalidad, seguiremos la acepción en el sentido en que la toma el lenguaje jurídico, esto es EQUIDAD en la resultante de fuerzas opuestas, muy aproximado al concepto de la física.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA



1. FORMULACION DEL PROBLEMA

Es un principio metodológico que todo problema es derivado de un hecho. De donde, presentado en la práctica un problema debemos acudir a establecer la naturaleza del hecho que lo produjo.

Siguiendo con esta técnica, comenzamos en nuestra investigación por enunciar el problema que captamos en la práctica del derecho referente a esta justificación de legítima defensa y pasamos a investigar la naturaleza del hecho que lo produjo, para finalmente ahondar en el problema.

El hecho nos lo presenta el instinto de conservación, o innata inclinación de todo ser vivo a defender lo suyo: vida y bienes, contra toda agresión que ejerza un impacto externo o interno, que pretenda arrebatárnoslo. Este es el hecho natural. Mas de este hecho crea la ley un hecho jurídico; la legítima defensa, que en el fondo es el mismo hecho natural, pero que ahora reglamentado y depurado con ciertos requisitos viene a convertirse en un hecho jurídico.

¿Cuál es la naturaleza de este hecho jurídico?. Los mismos requisitos de que la ley ha rodeado el hecho natural de la conservación instintiva. Ellos son: la justicia de la agresión, su actualidad en el momento del contraataque la inminencia al menos del ataque, y todos esos tres requisitos dentro de un marco conjuntivo: el contraataque proporcionado al ataque.

De la estructura de este hecho jurídico nace el problema: puesto que la estructura del hecho exige justicia, actualidad o al menos inminencia, para que el rechazo a un ataque se justifique. Si es proporcionado al ataque es necesario que esta proporcionalidad sea siempre posible. Si no es siempre posible, el problema surge: La Causal de Justificación No Existe.

Y así nos preguntamos:

Cuando un agresor está frente al agredido: ¿cuál de los dos se cree injusto? ✓ 9

¿Podrá el agredido en un instante disponer su defensa en la misma cantidad de la agresión?.

¿Exigir una proporcionalidad de fuerzas en un instante dado, consulta el instinto natural?. ¿Puede obedecer a una funcionalidad psíquica?.

¿No busca acaso el agrédido, por simple instinto de conservación, superar el impacto agresor? ✓

¿Podrá contentarse únicamente con equiparar su fuerza con quien lo ataca?.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

2. OBJETIVOS

2.1. GENERAL

Establecer por qué la causal de justificación, es decir la proporcionalidad en la agresión que expone el artículo 29 del Código Penal en su numeral 4° no es posible en un acto defensivo, y de qué manera queda determinada por el instinto de conservación.

2.2. ESPECÍFICOS

2.2.1. Analizar los tres requisitos que integran el fenómeno jurídico de la Legítima Defensa, enmarcados en el 4° requisito, y el más importante.

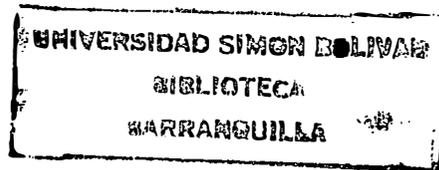
2.2.2. Demostrar cómo estos requisitos o sea: el de la proporcionalidad, el de la inminencia y el de la actualidad, no son posibles como causal de justificación en un acto de agresión.

2.2.3. Precisar por qué psíquica y físicamente es imposi

ble que un individuo al momento de la agresión pueda tratar de equiparar la fuerza de su agresión con la de quien lo ataca, para ampararse en esta causal.

2.2.4. Determinar en qué forma entra en juego el instinto de conservación en un sujeto que ha sido atacado, y hasta qué punto él tratará, llevado por ese instinto, de superar el impacto de la agresión.

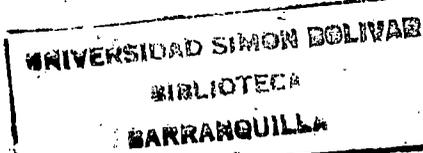
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA



3. JUSTIFICACION TEORICO-PRACTICA

La importancia que ofrece este trabajo es de vital importancia en el campo del Derecho Penal, y más importante aún en su aplicación práctica, ya que esta causal de justificación es la que se aplica en todos los procesos para el juzgamiento de sujetos implicados en fenómenos jurídicos de Defensa Legal.

Creándose situaciones de amplia injusticia, teniendo en cuenta que es posible esta causal cuando no hay forma de exigir proporcionalidad de agresión en un momento en que la vida o bienes se ven amenazados.



4. DELIMITACION

4.1. DE CONTENIDO

Nos limitaremos en este estudio al cuarto requisito que expone la ley en la defensa legal, o sea la causal de justificación denominada proporcionalidad en la agresión. Los otros dos requisitos serán estudiados pero de manera somera.

4.2. ESPACIO

El espacio geográfico en el cual desarrollaremos nuestra investigación, está comprendido en el área geográfica de la formación social de Colombia.

4.3. TIEMPO

Nuestro estudio "Análisis de la proporcionalidad en la legítima defensa" lo enmarcaremos en el período comprendido desde el Código de 1.936, hasta el actual de 1.980.

5. MARCO TEORICO

La Legítima defensa es una de las instituciones más antiguas y elaboradas del Derecho Penal; y se define como el derecho del individuo a rechazar con la fuerza las agresiones injustas, cuando el estado es impotente para proteger el derecho.

En el aspecto psicológico, la defensa legal encuentra sus explicaciones en el instinto de conservación. Expresa Meza Velásquez² "en el campo del derecho, la impunidad del acto ejecutado por necesidad defensiva, se funda en la carencia de antijuridicidad, por la índole del móvil".

Quien defiende sus derechos de injustas agresiones, dice Fontán Balestra³, no sólo no ofende a la sociedad ni contraría el ordenamiento jurídico, sino que coopera al man

² MEZA VELASQUEZ, Luis Eduardo. Lecciones de Derecho Penal. Edición Universidad Externado de Colombia. 1.979. p. 256.

³ FONTAN BALESTRA, Carlos. El Elemento Subjetivo del Delito. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1.957. p. 108.

tenimiento de éste...

En principio se considera, que la función tutelar de los derechos compete al Estado y nadie puede hacerse justicia por su propia mano. Pero cuando en ciertas oportunidades la autoridad es materialmente impotente para prestar esa protección, se legitima por la ley la defensa privada, que viene a sustituir la pública.

La legítima defensa en la ley colombiana requiere tres condiciones, pero de esas tres la última, la de la proporcionalidad en la agresión, es el objeto de nuestra investigación. El criterio del legislador con respecto a esto radica en que la necesidad justifica la conducta violenta; el exceso consciente es punible. La correlación entre ofensa y la defensa se determina en las situaciones concretas, teniendo en cuenta la personalidad de los protagonistas, las características de la violencia, la disponibilidad de medios defensivos, y en general las condiciones de lugar y modo de ocurrencia de los hechos.

Y la Jurisprudencia Argentina⁴ establece que "la racional-

⁴ ODERIGO, Mario. Código Penal Anotado. 3a. edición
Buenos Aires. 1.957. p. 103.

lidad del medio empleado debe ser contemplado, no de modo abstracto y objetivo, sino teniendo en cuenta las modalidades del ataque y el concepto que da su peligrosidad, en esos instantes, pueda haberse formado el agredido, los recursos que tenía a la mano, para hacerla cesar, la edad, contextura física y demás condiciones personales del agredido y del agresor".

Al justificar la proporcionalidad entre el ataque y la reacción, se debe tener en cuenta que si el atacado se vale conscientemente de medios manifiestamente exagerados, habiendo tenido a su alcance y podido emplear otros más racionales, o si aún siendo adecuados los elementos de defensa se emplean deliberadamente más allá del límite impuesto por la necesidad.

Pero si este elemento jurídico de la defensa legal encuentra su explicación psicológica, como veíamos al principio en el instinto de conservación como puede un individuo bajo la presión de una agresión que pone en peligro su vida o bienes establecer con claridad mental qué elementos con más adecuados para defenderse, o hasta dónde llega el límite de la necesidad?. Psíquicamente es posible.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
SARRANQUILLA

6. HIPOTESIS

6.1. GENERAL

En ningún acto defensivo cabe la proporcionalidad, luego la causal de justificación estipulado por la ley, no puede basarse en ella.

6.2. PARTICULARES

6.2.1. La causal de justificación no cabe en un acto defensivo porque el agredido busca siempre superar la fuerza con que fué agredido por instinto de conservación.

6.2.2. Existe una imposibilidad psíquica para que un agredido disponga en su defensa la misma fuerza que la que emplea el agresor, en el preciso momento en que es atacada su vida o sus bienes.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

7. METODOLOGIA

Conjunto de procedimientos ordenados por el investigador y tendientes a obtener un fin.

El método será entonces el histórico y el descriptivo-analítico.

7.1. TIPO DE ESTUDIO

Mediante un tipo de estudio analítico, podremos observar las características del todo a través de una descomposición de sus partes, para luego proceder a encontrar con un criterio sistemático las causas y consecuencias que se derivan del hecho.

7.2. TECNICAS

Emplearemos las técnicas de la observación directa e indirecta, sustentada en la consulta bibliográfica.

8. BIBLIOGRAFIA

FONTAN BALESTRA, Carlos. El elemento subjetivo del delito.
Editorial Depalma. Buenos Aires. 1.957.

MEZA VELASQUEZ, Luis Eduardo. Lecciones de derecho penal.
Ediciones Universidad Externado de Colombia. 1.969.

ODERIGO, Mario. Código Penal Anotado. 3a. edición. Bue
nos Aires. 1.957.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal. Editorial Temis. Bo
gotá. Capítulo V. Título III, 1.987.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
SARRANQUILLA

9. PLAN DE TRABAJO

INTRODUCCION

1. RASGOS HISTORICOS
 - 1.1. ERA PRIMITIVA
 - 1.2. ETAPAS CONSIGUIENTES DE LA PRIMITIVA
 - 1.3. CIVILIZACION GRECO-ROMANA
 - 1.4. ERA POST-CRISTIANA
 - 1.5. EPOCA MODERNA

2. DIFERENCIA ENTRE REPULSION INSTINTIVA DE LA AGRESION Y LEGITIMA DEFENSA
 - 2.1. CONCEPTOS
 - 2.2. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DOS CONCEPTOS
 - 2.3. MOMENTO FISICO Y MOMENTO PSIQUICO
 - 2.4. SINTESIS

3. EL INSTINTO DE CONSERVACION
 - 3.1. ARMAS DEFENSIVAS
 - 3.2. ACTUALIDAD DE LA DEFENSA

4. LEGALIZACION DEL INSTINTO DE CONSERVACION
 - 4.1. TRANSFORMACION DEL IMPULSO DE CONSERVACION
 - 4.2. EL ATAQUE FISICO
 - 4.3. PERIODO DE LA VENGANZA PRIVADA
 - 4.4. LA COMPOSICION
 - 4.5. PERIODO DE LA VENGANZA DIVINA

- 4.6. VENGANZA DIVINA
- 4.7. PERIODO DE LA VENGANZA PUBLICA
- 4.8. LEGALIZACION

5. DEFENSA LEGAL Y LEGITIMA DEFENSA
 - 5.1. DEFENSA LEGAL
 - 5.2. ANALISIS DE LA DEFENSA LEGAL
 - 5.3. JUSTIFICACION DE LA DEFENSA LEGAL
 - 5.4. LEGITIMA DEFENSA

6. REQUISITOS LEGALES PARA LA JUSTIFICACION DEL HECHO PUNIBLE POR LEGITIMA DEFENSA
 - 6.1. EL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL
 - 6.1.1. Comentario. Cumplimiento de un deber legal
 - 6.1.2. Comentario. Cumplimiento de una orden de autoridad
 - 6.1.3. Comentario. Ejercicio de un derecho
 - 6.1.4. Comentario. Ejercicio de una actividad lícita
 - 6.1.5. Comentario. Ejercicio de cargo público
 - 6.2. REQUISITOS LEGALES PARA LA JUSTIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA
 - 6.2.1. Agresión actual
 - 6.2.2. Ataque a un derecho personal propio o ajeno
 - 6.2.3. Necesidad de la defensa
 - 6.2.4. Proporcionalidad entre agresión y reacción

7. ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD
 - 7.1. NATURALEZA MATEMATICA
 - 7.2. LA LEY Y LA PROPORCIONALIDAD
 - 7.3. ANALISIS PSIQUICO DEL HECHO MATERIAL
 - 7.4. LA PROPORCIONALIDAD Y EL INSTINTO DE CONSERVACION

8. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS
 - 8.1. PROBLEMA DE LA ACTUALIDAD
 - 8.1.1. Comentario

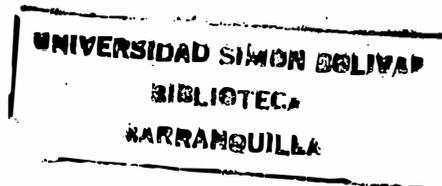
8.2. PROBLEMA DEL ELEMENTO JUSTICIA

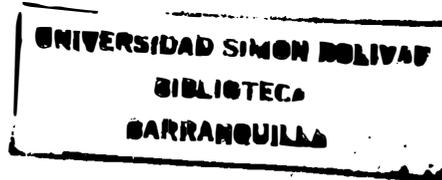
8.2.1. Comentario

8.3. PROPORCIONALIDAD DE LA LEGITIMA DEFENSA

8.3.1. Comentario

BIBLIOGRAFIA





INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	18
CAPITULO 1. RASGOS HISTORICOS	22
CAPITULO 2. DIFERENCIA ENTRE REPULSION INSTINTIVA DE LA AGRESION Y LEGITIMA DEFENSA	26
CAPITULO 3. EL INSTINTO DE CONSERVACION	31
CAPITULO 4. LEGALIZACION DEL INSTINTO DE CONSERVACION	34
CAPITULO 5. DEFENSA LEGAL Y LEGITIMA DEFENSA	40
CAPITULO 6. REQUISITOS LEGALES PARA LA JUSTIFICACION DEL HECHO PUNIBLE POR LEGITIMA DEFENSA	47
CAPITULO 7. ANALISIS DE LA PROPORCIONALIDAD	81

	Pág.
CAPITULO 8.	
CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS	91
BIBLIOGRAFIA	96
ANEXO	
ANEXO 1. ANTEPROYECTO	118

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BIBLIOTECA

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BIBLIOTECA

BARRANQUILLA



BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA