

LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSAL DE JUSTIFICACION

LUIS SANTIAGO DEL TORO OSPINO

Trabajo de Grado presentado como  
requisito parcial para optar al  
título de ABOGADO.

DIRECTOR: RAUL DIAZ CARDENAS

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO  
SIMON BOLIVAR

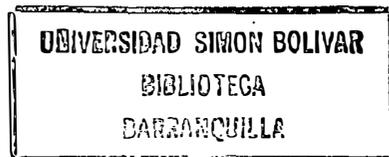
FACULTAD DE DERECHO

Barranquilla, Diciembre de 1.986

DR# 0895

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
DABANQUILLA

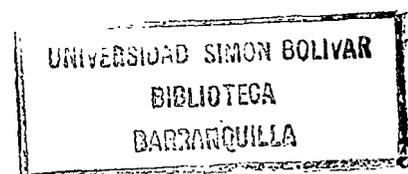


PERSONAL DIRECTIVO

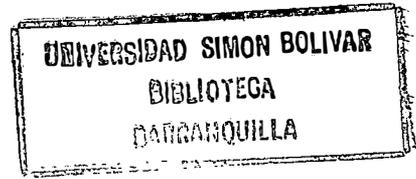
RECTOR:	Doctor JOSE CONSUEGRA HIGGINS
DECANO:	Doctor CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO GENERAL:	Doctor RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
SECRETARIO ACADEMICO:	Doctora BLANCA FRANCO DE CASTRO
DIRECTOR DE TESIS:	Doctor RAUL DIAZ CARDENAS

JURADO:

JURADO:



T  
345.077  
D.278



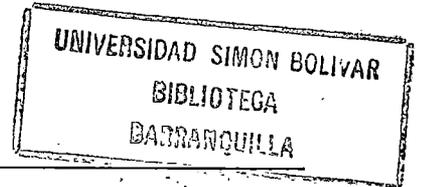
HOJA DE ACEPTACION

---

---

---

\_\_\_\_\_  
Presidente del jurado

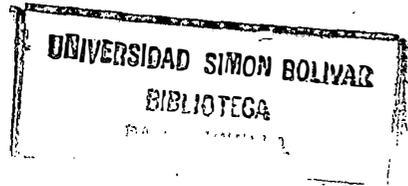


\_\_\_\_\_  
Jurado

\_\_\_\_\_  
Jurado

Barranquilla,

Diciembre de 1.986



"

Barranquilla, junio 21 de 1986

Señor Doctor  
Carlos D. Llanos Sánchez  
Decano de la Facultad de Derecho  
Corporación Educativa Mayor del Desarrollo  
SIMON BOLIVAR  
E. S. D.

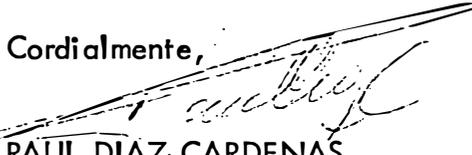
REF: Concepto sobre Tesis de grado del egresado Luis Santiago Del Toro Ospino.

En mi condición de Director de la Tesis, titulada " La Legítima Defensa como Causal de Justificación " que ha presentado el egresado Luis Santiago del Toro Ospino, para optar el título de Abogado, me complace sobremedida, no solo cumplir con la misión que me ha encomendado el Departamento a su dignísimo cargo, sino también tener el honor de colaborar con el citado egresado de quien además fui su Profesor en la Cátedra de Derecho Constitucional.

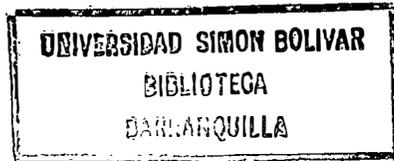
Leído y examinado el trabajo que adelantó y realizó Luis Santiago Del Toro Ospino, sobre " La Legítima Defensa como causal de Justificación encuentro que además, de reunir los requisitos metodológicos, de haberse consultado para ello la suficiente bibliografía y encuadrar su Tesis dentro de la Legislación Penal vigente ( Dec. 100/80 ) refleja un estilo propio y brillante porque además, de consignar en su tesis, definiciones, conceptos de autores, transcripciones de disposiciones, plasma los suyos y comenta acertadamente sobre el tema jurídico objeto de su trabajo para concluir correctamente, sosteniendo que con el mismo contribuye al estudio del Fenómeno Jurídico de la Legítima Defensa.

Por las anteriores consideraciones, estimo que el trabajo debe aceptarse y merece su aprobación, tal como lo hago.

Cordialmente,



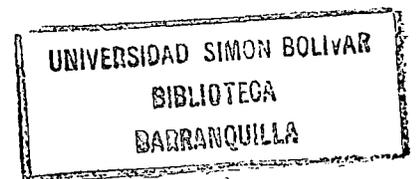
RAUL DIAZ CARDENAS  
Profesor Catedrático.

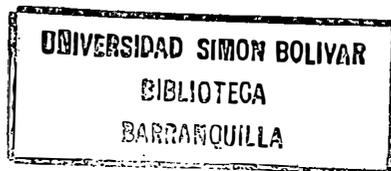


## DEDICATORIA

A mis padres ANDRES SANTIAGO DEL TORO ROJAS y a DOMINGA DE DEL TORO, quines batallaron sin tregua por la superación de sus hijos sin claudicar ante las adversidades de la vida.

A mi hermana SOLEDAD LASTENIA DEL TORO DE QUINTANA; a mis hijos MARLON LUIS, LUIS SEGUNDO y TATIANA DEL TORO; a mi tia JUDITH SEMERIDES OSPINO DE ESCOBAR, quines siempre serán mi estímulo constante en mi superación, por haberme infundido en mi alma la voluntad para alcanzar hoy el título que recibo.





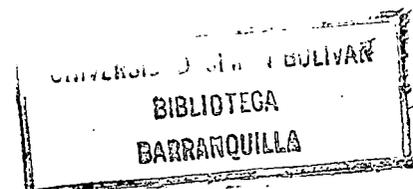
## AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a:

A La Universidad Simón Bolívar.

A El doctor RAUL DIAZ CARDENAS, Director de la tesis.

A Todas aquellas amistades y personas, que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo, y en especial a quien afectivamente con fervoroso AMOR y su espíritu emprendedor, supo ayudarme en mis momentos difíciles.



## TABLA DE CONTENIDO

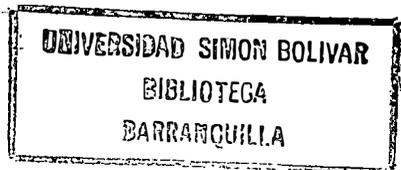
INTRODUCCION	Páginas
1. DERECHO PENAL .....	1
1.1. NOCIONES SOBRE EL DERECHO PENAL .....	1
1.2. UNA NOCION AMPLIA DEL DERECHO REPRESOR .....	2
1.3. OBJETO DEL DERECHO PENAL .....	4
1.4. NATURALEZA DEL DERECHO PENAL .....	4
1.5. FINALIDAD DEL DERECHO PENAL .....	4
1.6. FUNDAMENTO CIENTIFICO DEL DERECHO PENAL .....	4
1.7. DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL ESPECIAL .....	5
1.8. EXTENSION DEL DERECHO PENAL .....	6
1.9. LIMITES PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL .....	8
2. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL .....	10
2.1. REACCION PRIMITIVA POR INSTINTO DE CONSERVACION .....	10
2.2. LA EXPIACION RELIGIOSA .....	11
2.2.1. EL TABU .....	12
2.2.2. LA PENA SAGRADA .....	12
2.3. LA VENGANZA PUBLICA .....	13
2.3.1. EL TALION .....	13
2.3.2. DEL TABU AL TALION .....	14
2.3.3. LA COMPOSITION .....	16

3.	HUMANIZACION DEL DERECHO PENAL .....	19
3.1.	POSTULADO DEL CRISTIANISMO .....	19
3.2.	ALGUNOS HOMBRES ILUSTRES .....	20
3.2.1.	TOMAS MORO .....	20
3.2.2.	MABILLON .....	21
3.2.3.	JHON HOWARD .....	21
3.2.4.	CESAR BECCARIA .....	22
3.3.	EL DERECHO PENAL REVOLUCIONARIO .....	23
3.4.	LOS PRACTICOS .....	24
3.5.	REISTENCIA A LA OPRESION .....	25
4.	LA PENA PREVENTIVA .....	27
4.1.	PREVENCION GENERAL .....	27
4.2.	RETRIBUCION MORAL .....	27
4.3.	IMPULSO Y CONTRAIMPULSO CRIMINAL .....	28
4.4.	LA COACCION SICOLOGICA SEGUN FEUERBACH .....	31
4.5.	LA PENA COMO IMPERATIVO CATEGORICO .....	32
4.6.	LA SANCION CRIMINAL .....	33
5.	ESCUELAS PENALES .....	35
5.1.	ESCUELA CLASICA .....	35
5.1.1.	PLANTEAMIENTO DEL CLASICISMO .....	36
5.1.2.	CRITICA A LA ESCUELA CLASICA .....	37
5.2.	LA ESCUELA POSITICA .....	38
5.2.1.	PROPOSICIONES DEL POSITIVISMO .....	

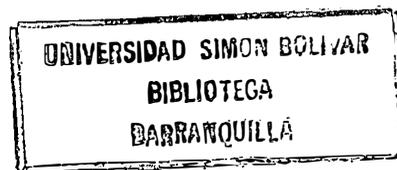
5.2.2.	CRITICA A LA ESCUELA POSITIVISTA .....	40
5.3.	OTRAS ESCUELAS.....	41
5.3.1.	LA TERZA ECUOLA .....	41
5.3.2.	LA ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL.....	42
5.3.3.	LA ESCUELA NEOCLASICA.....	43
5.3.4.	LA ESCUELA FINALISTA.....	44
6.	INTEGRACION DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO .....	46
6.1	LEGISLACION ROMANICA .....	46
6.2.	LEGISLACION GERMANICA.....	47
6.3.	LEGISLACION CANONICA .....	47
6.4.	LEGISLACION ESPAÑOLA.....	48
6.4.1.	FUERO JUSGO.....	48
6.4.2.	FUERO REAL.....	49
6.5.	RECOPIACION DE LAS LEYES DE INDIA.....	49
6.6.	EL CODIGO PENAL DE 1.837 .....	50
6.6.1.	REFORMA DEL CODIGO PENAL DE 1.837 .....	51
6.7.	EL CODIGO PENAL DE 1.873.....	52
6.8.	EL CODIGO PENAL DE 1.890.....	53
6.9.	EL CODIGO DE 1.922.....	54
6.10.	ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1.936.....	55
6.10.1.	PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL CODIGO DE 1.936.....	56
6.11.	ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1.980.....	57
6.11.1.	LOS CRITERIOS FUNDAMENTALES DEL CODIGO DE 1.980 .....	58
7.	CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL HECHO PUNIBLE.....	61

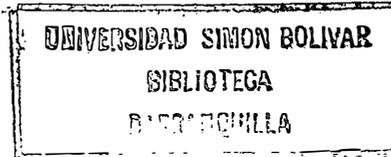
7.1.	DIFERENCIAS EN LA DENOMINACION .....	61
7.2.	ESENCIA DE LA JUSTIFICANTE .....	61
7.3.	SISTEMATIZACION DE LA JUSTIFICANTE .....	63
7.4.	LAS JUSTIFICANTES EN EL NUEVO CODIGO PENAL .....	64
7.5.	JUSTIFICACION Y RESPONSABILIDAD CIVIL.....	65
7.6.	JUSTIFICANTES SUPRALEGALES .....	66
7.6.1.	CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO .....	67
7.6.2.	REQUISITOS PARA EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.....	69
7.7.	DIVERSIFICACION DE LA JUSTIFICANTE .....	70
8.	LEGITIMA DEFENSA .....	73
8.1.	EN ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL .....	73
8.2.	EN CUMPLIMIENTO DE ORDEN LEGITIMA DE AUTORIDAD COMPETENTE .....	74
8.3.	EJERCICIO DE UN DERECHO DE UNA ACTIVIDAD LICITA O CARGO PUBLICO .....	77
8.3.1.	LEGITIMO EJERCICIO DE UN DERECHO .....	78
8.3.2.	ACTIVIDADES LICITAS .....	79
8.3.3.	EJERCICIO LEGITIMO DE CARGO PUBLICO .....	80
8.4.	LA LEGITIMA DEFENSA .....	81
8.5.	EL ESTADO DE NECESIDAD .....	81
8.5.1.	NECESIDAD COMO ESTADO .....	82
8.5.2.	DIFERENCIAS CON LA LEGITIMA DEFENSA .....	83
8.5.3.	REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD .....	84
8.5.3.1.	PELIGRO ACTUAL O INMINENTE .....	84

8.5.3.2.	RIESGO PARA UN DERECHO PROPIO O AJENO .....	84
8.5.3.3.	LA INEVITABILIDAD DEL PELIGRO .....	85
8.5.3.4.	LA CAUSACION DEL PELIGRO .....	86
8.5.3.5.	INEXISTENCIA DE DEBERES JURIDICOS EN EL AGENTE .....	88
9.	NOCIONES SOBRE LEGITIMA DEFENSA .....	90
9.1.	SU IMPORTANCIA .....	90
9.2.	LA LEGITIMA DEFENSA EN DIVERSOS PUEBLOS .....	91
9.3.	DEFINICION DE LEGITIMA DEFENSA .....	93
9.4.	TEORIA SOBRE LA LEGITIMA DEFENSA .....	95
9.4.1.	LA TEORIA DEL COSTREÑIMIENTO PSIQUICO .....	96
9.4.2.	LA TEORIA DE LA RETRIBUCION DEL MAL POR EL MAL .....	96
9.4.3.	SEGUNDO GRUPO DE TEORIAS .....	98
9.5.	SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA LEGITIMA DEFENSA .....	100
9.5.1.	DEFENSA DE TERCEROS .....	102
9.6.	DEFENSA LEGITIMA CONTRA ACTOS ARBITRARIOS DE LAS AUTORIDADES .....	103
9.7.	NECESIDAD DE LA DEFENSA .....	104
9.8.	LOS DERECHOS DEFENDIBLES .....	105
9.9.	REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA .....	105
9.9.1.	AGRESION INJUSTA .....	106
9.9.2.	ACTUALIDAD DE LA AGRESION .....	107
9.9.2.1.	CASOS ESPECIALES DE ACTUALIDAD O INMINENCIA .....	107
9.9.3.	PROPORCIONALIDAD ENTRE LA AGRESION Y LA DEFENSA .....	109



9.10.	DEFENSA LEGITIMA DEL PROVOCADOR .....	110
9.11.	LA RIÑA Y LA JUSTIFICACIÓN .....	111
9.12.	LA DEFENSA PRESUNTIVA .....	111
9.12.1.	LEGITIMA DEFENSA PRIVILEGIADA .....	112
9.13.	DE LA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA .....	115
9.14.	LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA .....	117
9.15.	INSOLITA CAUSAL DE LEGITIMA DEFENSA .....	117
9.16.	LA GUERRA COMO LEGITIMA DEFENSA DE UN ESTADO .....	118
10.	EL EXCESO CULPABLE .....	121
10.1.	EXCESO .....	121
10.2.	EL EXCESO ES UN DEFECTO DE LA JUSTIFICANTE .....	122
10.3.	CASOS DE EXCESO .....	123
CONCLUSIONES .....		126
BIBLIOGRAFIA .....		130





## INTRODUCCION

Uno de los temas más apasionantes dentro del estudio del Derecho Penal, lo constituye el análisis de la figura de la Legítima Defensa.

Son muchos los tratadistas y legisladores quines con bastante competencia, han evocado el estudio de la institución de la Legítima Defensa. Bien es cierto que uno de los derechos fundamentales de que goza el hombre, es el derecho a la vida, a que se le protejan sus bienes, su hogar y la de sus familiares. Es por ello la razón por la cual existen una institución llamada Estado, instituida también como norma protectora y que sirve de relación entre la vida de los hombres.

Es necesario hacer la advertencia, que en este breve estudio no se va a encontrar un libro de erudicción pero si un esfuerzo por tratar como por aportar algo nuevo a las ciencias penales. Al igual quedará plasmado el deseo de dar por terminado e interpretado el conocimiento de una enseñanza recibida, con el ánimo de servirle a la sociedad y así de esta manera prestar colaboración y servicio a gentes humildes, de escasos recursos como ha sido siempre el deseo de nues

tra Universidad. Es decir, proyectarse con ánimo solidario y poner en la práctica toda esa enseñanza recibida a través de nuestra carrera de estudiantes y aún más, ahondar nuestros conocimientos con espíritu progresista.

## 1. DERECHO PENAL

### 1.1. NOCIONES SOBRE EL DERECHO PENAL

Las definiciones del Derecho Penal, responden a la orientación filosófica de cada autor, y dentro de ésta, al sentido finalista que dan a dicha especialidad. Como ilustración puede citarse las siguientes: El Derecho Penal es, así una rama del ordenamiento jurídico-estatal, que se caracteriza porque la consecuencia derivada de la violación de sus preceptos es la pena; de allí proviene su denominación".<sup>1</sup>

"Conjuntamente de las reglas jurídicas establecidas por el el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia".<sup>2</sup>

Según Antolisei; "Es el sistema de normas jurídicas a través de las cuales el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, determinados comportamientos humanos".<sup>3</sup>

---

1

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, Externado de Colombia, Bogotá, 1.977, p. 4.

2

VON LIZTS, citado por PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal, Parte General y Especial. 6 ed., Temis Bogotá, 1.977, pag. 3

"El Derecho Penal es el conjunto de normas y de principios jurídicos que basicamente se refieren al delito y a las sanciones, entendiéndose se por éstas tanto las penas como las medidas de seguridad o aseguramiento<sup>2.4</sup>

## 1.2. UNA NOCION AMPLIA DEL DERECHO REPRESOR

Las nociones planteadas permiten describir así el Derecho Penal; es la rama de la ciencias jurídicas que tiene por objeto los hechos punibles configurados como garantías de la libertad y el ejercicio del derecho e intereses que la presuponen, en la medida en que dicho bien ha sido conquistado por el hombre en una sociedad determinada ; garantía que funciona mediante ciertas restricciones llamadas penas y medidas de seguridad, aplicadas por el ordenamiento Estatal. a fin de que, al modificar su condición, el infractor, supla el déficit de libertad que reveló en su conducta.

Explíquese así ésta descripción:

El Derecho Penal queda comprendido como una rama jurídica referente debe ser, autónomas pero inseparable de la criminología.

<sup>3</sup>

ANTOLISEI, citado por REYES ECHANDIA, Alfonso. Diccionario de Derecho Penal, 4 ed., Externado de Colombia, Bogotá, 1.977, pag. 31

<sup>4</sup>

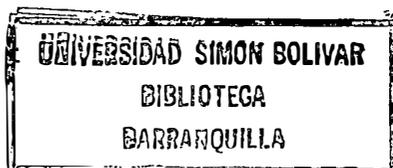
LEON MENDOZA, Victor. Derecho Penal General, 2 ed., Universidad de Cartagena, Cartagena, 1.979, pag. 9.

- Si el objeto de ésta ciencia es garantizar la libertad ajena y facilitar al delincuente la conquista o ampliación propia dígame , que sus normas no son constitutivas de la antijuridicidad, sino sancionadoras de ésta. proviene de la carta política.

- Al defender la libertad, como base del finalismo del derecho repressor, se defiende igualmente todos los bienes jurídicos, se facilita una auténtica protección a todas las clases y se niegan , los conceptos de intimidación aflicción e infamia; así como los que se fundan en la caridad y el favor paternalista.

- Rechaza la antiagua y artificiosa distinción entre derecho público y derecho privado, y reconoce que el único ordenamiento judicial es el del Estado, cualesquiera fueren sus formas de organización y los intereses a que responden. Todo Derecho es público, lo que ocurre es que hay relaciones verticales, o sea las establecidas entre el Estado y las personas particularmente consideradas, y relaciones horizontales, vale decir, aquellas que establecen los individuos por acto de voluntad, dentro del concepto relativamente autónomo de éstos.

Las relaciones horizontales, tanto como las otras, se regulan en definitiva por la Ley. Y la Ley es la forma pública en la que se expresa una comunidad, sea por que ésta acepte la norma o porque debe soportarla.



### 1.3. OBJETO DEL DERECHO PENAL

Esta ciencia tiene por objeto el estudio del contenido de las normas que constituyen dentro del ordenamiento jurídico vigente en un Estado su Derecho Penal, por eso es una ciencia normativa, su ámbito de acción se circunscribe así, la legislación Penal positiva del Estado, en nuestro caso, al Código Penal Colombiano, -Decreto 100 de 1980 y demás leyes que lo han adicionado o reformado.

### 1.4. NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es una ciencia al igual que todas las jurídicas, por que constituye un sistema de conocimientos jurídicos vigente es de terminado Estado.

### 1.5. FINALIDAD DEL DERECHO PENAL

Su finalidad es la de lograr el más completo conocimiento posible de las disposiciones que forman el Derecho Penal vigente y la de dirimir las controversias que surjan de la interpretación y aplicación de sus normas.

### 1.6. FUNDAMENTO CIENTIFICO DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es la más enérgica garantía para el ejercicio de to

dos los derechos individuales y sociales. Al menos se ha desarrollado históricamente y se ha tecnificado, para cumplir esa misión. Por ejemplo, sanciona al ladrón por que éste desconoce el derecho de otro para gozar de sus bienes; al homicida, porque niega el derecho, de vivir; al autor de una lesión por que afecta el derecho a la integridad física; al estupro-dor por que atropella la libre entrega carnal; mancillando también el derecho a la honra. La pena es consecuencia del ataque a un bien o interés protegido legalmente.

Pero éste bien o interés jurídico no pueden ser ejercido, sino cuando el titular actúa libremente. La libertad es condición primaria para el disfrute de un derecho, siendo como es, un bien jurídico en sí misma y por eso se le protege en el artículo X de la parte especial del Código. De donde se colige que el delito, al dirigirse contra el derecho, afecta la libertad que es el precedente forzoso para el ejercicio de ese derecho. La libertad, es la medida en que se disfruta por el hombre.

De otra parte, si la pena protege intereses personales y sociales, dedúcese también que su fin es la defensa de la libertad. De allí la impotencia de construir sobre la realidad éste elemento antes de teorizar sobre el mismo. El fundamento científico del Derecho Penal radica, por consiguiente, en la tutela de las libertades humanas.

#### 1.7. DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL ESPECIAL

El Derecho Penal tiene dos partes: una general, que estudia la ley, el delito y la sanción, lo mismo que las teorías amplias sobre esos tres objetivos; y otra especial, donde se particularizan y describen todas y cada una de las infracciones. La primera se inclina hacia lo clínico o funcional; la segunda, hacia lo anatómico. La primera es de dimensiones filosóficas; la segunda, de concreciones psicológicas. La número uno suministra bases comunes para el derecho nacional, y el extranjero; la segunda es auténticamente nacionalista.

Pero no es rotundo el límite entre las dos partes, y se entiende que así sea por la igualdad de su origen; las llamadas teorías generales se han desarrollado partiendo de grupos especiales de hechos criminosos. Han surgido de la casuística para alcanzar ulteriormente su universalidad.

Puede comprobarse ésta falta de diferenciación total con algunos ejemplos. Así en la parte general se enumera circunstancias de atenuación para todos los delitos, pero en la otra figuran muchas circunstancias que, aunque específicas, tienen la misma naturaleza de aquellas. Existe una definición de la culpa en la parte general, pero el instituto no funciona sino en los casos contemplados en la parte especial. Otro tanto ocurre con las conductas preterintencional.

#### 1.8. EXTENSION DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal, o Derecho Criminal, o Derecho de castigar o Derecho represivo, pues con todas estas denominaciones se explica a pesar de las diferencias conceptuales derivadas de esos términos, es la rama de las ciencias jurídicas que se ocupan de las conductas punibles y de las sanciones que se ocupa de las conductas punibles y de las sanciones para su autor. Pero esas conductas deben estar descritas en los textos legales, que establecen también el sistema para descubrir los, cumplir los fallos y proveer a la eficacia de éstos, dentro del finalismo acordado por la política criminal.

Los hechos reprimibles son delictuosos o contravencionales, pero en el sistema penal se incluyen algunos que, debido a deficiencias de su autor, no pueden merecer condenas sino medidas de seguridad. Integran pues, el derecho represivo, las nociones de delito, pena y medidas de seguridad. Además hacen de esta especialidad:

\_ La Ley penal, que es la fuente de los delitos y las contravenciones

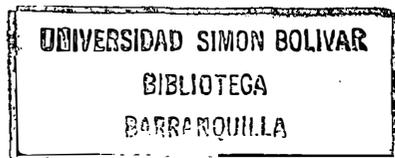
\_ El procedimiento penal, que permite comprobar el hecho criminoso, a tribuirle a alguien y deducirle la responsabilidad consiguiente, es decir, la condena o la medida asegurativa, formando lo que se llama, el proceso. Sin el proceso es imposible reconstruir la infracción e imponer tales penas o medidas de modo que las tres nociones; delito, proceso y sanción, son inseparables.

- La técnica penitenciaria, que guía el cumplimiento de la medida represora o asegurativa impuesta en la sentencia.
- Las instituciones poscarcelarias, que vigilan a quién ha cumplido la sentencia y colaboran en su readaptación.
- La condena condicional, o condena de ejecución condicional, que en las condiciones como se denomina en el estatuto de 1.980, y la libertad condicional, que en las condiciones previstas sustituyen a la pena y que por ello se mencionan como institutos afines de ésta. El Código de 1.936 estableció el perdón judicial, tercer subrogado hoy inexistente.

#### 1.9. LIMITES PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

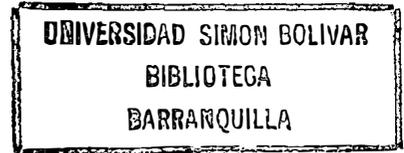
A fin de facilitar su comprensión, dentro del curso de Derecho punitivo solo estudian las características materiales y psicológicas de los delitos y las contravenciones, es decir como y porqué pueden infringir la norma, las distintas clases de sanción, las medidas de seguridad, la forma de la Ley Penal; los sistemas de interpretación de éstas, las dos instituciones afines de la pena y los hechos punibles particularmente configurados.

La técnica penitenciaria y las instituciones actuantes después de la cárcel, son objeto de cursos especiales, así una de ellas, la liber



tad vigilada, se trata en el de penal.

Los sistemas procesales constituyen también un curso aparte sin que esto refrende la errónea opinión tradicional de que representen un derecho adjetivo o meramente complementario de las normas sustantiva incorporadas al Código Penal. No es adjetiva una rama que organiza el dinamismo jurisdiccional del Estado, traza pautas a la persecución penal y desarrolla tanto las garantías enunciadas en la Carta Política en los arts. 23 y 26, como las que constan en los pactos Internacionales aprobados por las Naciones Unidas en Nueva York - 1966-, y por los Estados Americanos en San José de Costa Rica - 1.969 vinculados al ordenamiento Colombiano por las Leyes 74 de 1.968, y 16 de 1.972, respectivamente.



## 2. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

La justicia penal común hoy a todos los pueblos civilizados, es la resultante de una larga y penosa evolución de los sentimientos, creencias, costumbres, instituciones y leyes de la sociedad frente al fenómeno del delito. Por ello conlleva consigo reminiscencias de superadas y que ya no responden a nuestro tiempo, así como gérmenes de modificaciones y reformas que las hacen más adecuadas a la suprema necesidad de una defensa social y eficaz y segura contra los delincuentes a través de las contingencias y transformaciones de la civilización moderna.

### 2.1. REACCION PRIMITIVA POR INSTINTO DE CONSERVACION

En el estadio primitivo, que corresponde al período en que los grupos humanos vivían exclusivamente de la caza, y la pesca, el castigo no tiene carácter distinto del de una reacción impulsiva, inmediata y vengativa por instinto de conservación, era la retribución desproporcionada de un mal por mal causado, la represalia indiscriminada que se extendía a parientes y miembros del grupo a que pertenece a parientes y miembros del grupo a que pertenecía el infractor.

Tratándose, no obstante de una venganza defensiva como la llama Ferri, "porque, no es solamente una reacción del ofendido contra el ofensor de contenido puramente vindicativo, sino además, un comportamiento que tiende en forma más o menos consciente a buscar la defensa para el porvenir. Esta reacción ilimitada, conduce generalmente a la muerte del responsable, a su expulsión del grupo o a la entrega que de él se hacía a la tribu a que pertenecía el ofendido-abandono noxal-, El castigo lo impone el jefe de la familia o todo el grupo, según la naturaleza del delito".<sup>5</sup>

## 2.2. LA EXPIACION RELIGIOSA

Es un segundo período, que corresponde al del pastoreo -edad neolítica- el grupo está desarrollado, pero subyugado por el influjo del totem. Las creencias religiosas y devinas regulan la vida social.

Las normas sociales, dice Grispini, refiriéndose a ésta época, "son poemas religiosas; el hecho nañoso es considerado una ofensa a la divinidad; y la punición, es el medio por el cual se aplica la ira de la divinidad misma. Se le confunden a sí, los conceptos de delito y pecado. Dios, es un principio, y los jefes de las tribus y sacerdotes, después, en nombre de la divinidad, aplicaban la pena

5

FERRI, citado por REYES, op, cit, pag.,16

como expiación por la falta cometida. La biblia, el Código de Maná y el Corán, son ejemplos de ésta concepción mítica del delito y de la pena".<sup>6</sup>

### 2.2.1 EL TABU

El tabú es una prohibición; una conducta que el miembro del grupo no podía tener un árbol, una piedra, un animal, bien podía simbolizar, el tabú, Su carácter distintivo afirma VON HENTIN: " Consiste en que la prohibición no es razonada, y la sanción prevista en caso de violación no es una pena impuesta por la Ley civil, sino una calamidad, tal como la muerte o la ceguera del responsable".<sup>7</sup>

Primero el Tabú obró por sí mismo sobre la crédula conciencia del hombre primitivo; luego la explotó el jefe del grupo, después el sacerdote y finalmente el grupo social.

### 2.2.2. LA PENA SAGRADA

Considerando el delito como conducta lesiva de la divinidad resulta, explicable que la pena adquiriese un carácter sagrado, no solamente

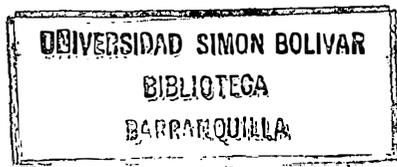
---

6

GRISPIGNI, en Ibid, pag.6

7

VON HENTIG, en Ibid, pag. 17



en cuanto a su ritualidad -era aplicada por los sacerdotes tribales o hechiceros en medio de complicadas ceremonias-, sino en relación, con su propia finalidad; aplacar la ira de los dioses ofendidos, por la conducta dañina del responsable.

### 2.3. LA VENGANZA PUBLICA

Es un tercer período, que corresponde al de la agricultura, el poder político se consolida y ya no se vé en el delito una ofensa a la divinidad, sino a la sociedad, al Estado. La pena asume el carácter de venganza pública del poder político contra el autor del delito.

El castigo continúa siendo cruento pero empieza ya a verse una cierta proporcionalidad entre el delito y la sanción. Es un lento y difícil período en el que surgen los institutos del Talión y de la Composition.

Esta figura a pesar de su rigor y barbarismo primitivo, representó un avance considerado en la evolución de la justicia primitiva. La venganza indiscriminada ocasionó guerra entre familias y tribus que amenazaron la estabilidad biológica del grupo; se pensó entonces, que la pena sólo debía golpear a la persona del responsable y únicamente en la medida en que hubiese lesionado a otro, estableciéndose así una correlación estrecha entre la naturaleza del delito y la en

tividad de la pena.

El tali3n consagra, pu3s r3gidos principios de dosimetr3a penal por que iguala el castigo a la ofensa causada -ojo por ojo, diente por diente-. Esta Instituci3n aparece y3 consagrada en las primeras legislaciones positivas de la humanidad, tales como el C3digo de Hanmu rab3 y la legislaci3n Mosaica.

### 2.3.2. EL TABU AL TALION

La infracci3n de las prohibiciones -tab3es- cuando no produc3a un castigo espont3neo de los misteriosos poderes daban origen a la venganza ilimitada ejercida por los miembros del grupo contra el criminal. Si a3n no se hab3a producido el golpe m3gico, eran seguro sus efectos, mientras no hubiera sido lavada convenientemente la mancha. Los arquel3gicos del derecho penal ven por eso que la justicia alborea ya en la persecuci3n irrefrenada contra el infractor ; en el odio desatado por todos para precaverse del mal que pod3a caerles si no se le daban salida violenta. Pero la venganza, proced3a de cualquier grupo cuando desde fuera se le atacaba o cuando gentes , violaban las prohibiciones. La guerra mantuvo entonces car3cteres de exterminio, hasta que vagas consideraciones sobre la igualdad se abrieron paso para reducir la efusi3n de sangre y establecer un fiel para la muerte de los bandos.

El temor a las represalias hizo inhibir a los agresores y puso limitaciones a la vindicta foránea como a la interna. Esta práctica de dosificar la venganza, para que se extendiera sólo hasta ocasionar un daño no equivalente al recibido es lo que se conoce en la historia con el nombre de Talión, instituto que se encontraba en las legislaciones antiguas, la biblia, el corán, el código de Hanmurabi.

Este proceso fué resumido así por Nietzsche:

A medida que se acrecienta el poder, una comunidad concede menos importancia a las faltas de sus miembros, porque estos miembros no le parecen ya ni peligrosos, para la existencia del conjunto, ni subversivos en la misma medida. El malhechor ya no es arrojado ni privado de la paz. La cólera general no puede ya, como en otros tiempos, encontrar libre curso contra él. Antes bien, se defiende cuidadosamente al malhechor contra ésta cólera, se le protege, sobre todo contra los que han sufrido el daño inmediato. El compromiso con la cólera de los que han sufrido el daño, el esfuerzo intentado, para localizar el caso y obviar así una efervescencia, una perturbación mayor o general, la búsqueda de equivalentes para arreglar el suceso -composition-, y ante todo, la voluntad cada vez más firme de considerar cualquier infracción como pudiendo ser expiadas, y por consiguiente, aislar por lo menos en cierta medida al delincuente de su delito; tales son los resgos que caracterizan cada vez más claramente el derecho penal en las fases siguientes de su desarrollo".<sup>8</sup>

---

8

NIETZCHE, EN IBID, PAG. 10

Si no sustituyó completa y simultáneamente las costumbres anteriores en todos los pueblos, el Talión fué un avance en la desimetría penal. Su práctica perdura superpuesta a otras y sólo muy tarde la justicia abandona la idea de que el mal se deba pagar con el mal.

### 2.3.3. LA COMPOSITION

La composition surge con el concepto de propiedad privada; era la compra de la venganza; una contraprestación que el ofensor pagaba al ofendido o a su familia por el daño ocasionado con su conducta ilícita. Tuvo su origen entre los antiguos germanos y parece que también, se practicó en algunas tribus americanas; se explica como una medida tendiente a conservar el individuo, a quien se juzgaba el elemento útil para la estabilidad del grupo.

La compositio en su simplicidad primitiva se explica por las necesidades que impone el ambiente. Se ha discutido mucho sobre ésta institución y sobre si ella era la reparación y la expiación del crimen o bien un procedimiento para sustraer al culpable a la venganza de la víctima y de los suyos. En apoyo de las dos tesis se han dado muy buenas razones; pero el vicio de todas ellas consiste en que no alcanzan hasta el verdadero origen del sistema. Si la venganza es el derecho a la guerra entre dos grupos termina o previene las hostilidades. La guerra en efecto no puede ser perpetua; un día llega en que el más débil se declara vencido y pide la paz. El vencedor puede

sin duda continuar la lucha hasta el exterminio de su adversario, pero, sucede que él mismo está cansado de combatir y aspira a ponerles fin a las hostilidades. Se discutirá entonces acerca de las condiciones de paz, las cuales variarán indefinidamente según las circunstancias. Será posible e igualmente que una transacción se verifique ante de toda manifestación de hostilidad. La tribu a la cual pertenece el autor de un acto perjudicial de un robo, el rapto de una mujer casada, de un asesinato, temiendo la venganza de la ofendida tribu dándose cuenta de evitar la guerra ofreciendo satisfacciones previas. Puede suceder también que extraños al litigio se interpongan entre las partes para buscar una solución. Los jefes de tribus neutrales, los ancianos, buscarán el medio de arreglar la diferencia, jugando, no un papel de árbitros, por que su decisión no tendrá valor alguno, sino de conciliadores. Pero es natural suponer que para obtener del vencedor o del ofendido que renuncie a perseguir su venganza es necesario tentar su codicia, Se le ofrecerán pues valiosos presentes, caballos, ovejas, bueyes, armas, objetos de oro y plata, todo lo que constituye la riqueza de esos tiempos primitivos. En caso de homicidio, será demás necesario que la víctima halle igualmente la satisfacciones que se le daban. Sus parientes exigirán la entrega del culpable y aún la de ciertos números de jóvenes, o de esclavos que serán degollados sobre la tumba. Sucederá también con el progresar de los tiempos que tales sacrificios humanos serán reemplazados por sacrificios rituales de animales cuya sangre vertida calcará los manes del difunto. Una vez que las condiciones de la paz están definidamen

te acordadas que las tribus se hayan puesto de acuerdo, y que la composición haya sido aceptada y pagada, una costumbre general quiere que se rodee la celebración de la paz de ceremonias rituales, sacrificios religiosos, y banquetes.

### 3. HUMANIZACION DEL DERECHO PENAL

Los paulatinos avances de la sociedad en busca de la dignidad humana tuvieron plena vigencia durante el siglo 18, fué la época del Iluminismo, que marcó un hito en la historia de la civilización.

La justicia penal salió de los linderos metafísicos para tornarse humana; los conceptos de delito y pena dejaron de ser antes inasibles, para convertirse en concretas estructuras jurídicas; la crueldad en el castigo fué cediendo el a la moderación, y por primera vez se habló de ofrecer garantías al reo, en forma tal que que tuviera la oportunidad de defenderse.

#### 3.1. POSTULADOS DEL CRISTIANISMO

Haremos una breve síntesis de los postulados del cristianismo.

\_ Trató la Iglesia de dulcificar la pena de los infractores de la Ley, toda vez que impulsó la humanización de la Ley Penal, y propugnó por la fraternidad entre los hombres.

\_ Consagró en su legislación el derecho de asilo, la tregua de Dios,

y la transacción como medio de buscar una rápida y eficaz manera a la solución de los problemas entre los hombres.

Pero sin embargo el espíritu humanitario y progresivo contenido en las prescripciones canónicas, no fué suficiente para conducir una honda renovación en las Leyes prácticas de la edad media, pues la rudeza de los tiempos, la cultura de los pueblos, el descomedido e i limitado deseo de los señores feudales, eran obstáculos para lograr, ese fin.

Mas tarde HUGO GROCIO, reanuda las luchas sentando las bases del de recho natural, elevándolo al rango de las ciencias autónomas. Es de anotar finalmente, la labor profundamente humanitaria de los enciclo pedistas, quienes a lo largo de sus escritos, procuraron dejar plas mados sus deseos para que el derecho penal se humanizara y fuera más justo para con los hombres.

## 3.2. ALGUNOS NOMBRES ILUSTRES

### 3.2.1. TOMAS MORO

Autor de la famosa obra Utopía, obra en la que entre otras cosas, com bate la pena de muerte para los delitos contra la propiedad, critica las crueldades del tormento para obtener la confesión del imputado y ahoga por una efectiva proporcionalidad entre el delito y la pena.

### 3.2.2. MABILLON

Monje Benedictino, se hizo famoso por la publicación de sus reflexiones sobre las cárceles, en donde aparecen sano el principio penitenciario y vigorosos razonamientos sobre la necesidad de humanizar la pena.

### 3.2.3. JHON HOWARD

Cuyo estudio sobre el estado de las prisiones en Inglaterra y País de Gales, es una implacable radiografía sobre las condiciones infra humanas de la población carcelaria de casa todos los países Europeos. Howard, recorrió deversas naciones y estudió diferentes sistemas carcelarios logrando sacar como lógica conclusión, la facta técnica, y humanidad en el desarrollo y cumplimiento de las penas.

Sus principiades delineamientos los podemos resumir de la siguiente ,  
manera:

- \_ Higiene y alimentación.
- \_ Régimen disciplinario distinto para los detenidos y los encarcelados.
- \_ Educación moral y religiosa.
- \_ Trabajo.
- \_ Sistema carcelario dulcificado.

Puede decirse que Howar, influyó notablemente en una forma comprensiva del delincuente y consideró que debían realizarse reformas más justas con el finde conseguir humanizar los sistemas penitenciarios".<sup>9</sup>

#### 3.2.4. CESAR BACARIA

El ataque a fonso contra las antiguas concepciones lo realizó CESAR BECCARIA, en su librp del DEI DE LITTI E DELLE PENE.- Tratados de los delitos y de las penas-, publicado en 1.764, y escrito sobre las bases suministradas por MONTESQUIEU en su carta Persa y en e l espíritu de las Leyes. Beccaria, fué contractualista de la escuela de ROSSEAU Y se pronunció contra el toemento los juicios secretos, la oscuridad de las normas, la desigualdad en el tratamiento por causa de las clases sociales, la pena de muerte, y defendió el derecho de castigar, fundado en la conveniencia de mantener la comunida , lo mismo que la equivalencia del castigo con el mal causado y el juzgamiento por tribunales de conciencia de la misma categoría del infractor".<sup>10</sup>

Los principios fundamentales de su obra pueden sintetizarse así:

- \_ El derecho de castigar emana del pacto social.
- \_ Es mejor prevenir los delitos que castigarlos.
- \_ La responsabilidad penal no debe ser medida ni por la intención de delincuente, ni por la gravedad de la culpa, ni por el daño que o

---

<sup>9</sup>  
HOWARD, en Ibid, pag., 39

<sup>10</sup>  
BECCARIA, en Ibid. pag. 19

caciona a la sociedad la comisión del delito.

\_ Debe repudiarse la tortura como instrumento procesal.

\_ Solamente las leyes pueden decretar los delitos y señalar las penas.

\_ El objeto de la pena es doble, impedir que el reo cometa nuevos delitos y evitar que los demas imiten su conducta.

\_ La pena debe ser tal que produzca un sufrimiento que exceda sólo y en la mínima cantidad posible al placer que el delincuente pueda experimentar con la ejecución del hecho delictuoso.

\_ La pena debe ser pública, necesaria y proporcionada al delito.

### 3.3. EL DERECHO PENAL REVOLUCIONARIO

Discípulo de Beccaria fué Marát, aunque era médico, escribió hacia 1.777 Las cadenas de la esclavitud, libro fundado en Rosseau y Mably y Morellet, y que expresa rebeldía contra las leyes existentes, por que sólo traducen la desigualdad como denominador de todas las otras aberraciones. Sus teorías subvierten el régimen clasista y alerte a los pobres para que se preparen a conquistar sus derechos.

La opresión social, el desarrollo de la burguesía y la animosidad, de ésta contra las restricciones feudales, fueron sentidos por los autores de la enciclopedia a través de los cuales se hacían presente en el ámbito de la cultura como clase social resuelta a imponer la libertad política, la aperturas de fronteras, el disfrute autóno

mo de los bienes y garantías contra la arbitrariedad de las imputaciones penales.

Este último principio cristalizó en la declaración del 26 de Agosto de 1.789 y en el Código para los crímenes promulgados en 1.791. Son leyes que sistematizan ya el pensamiento jurídico-liberal.

### 3.4. LOS PRACTICOS

De los planteamientos generales sobre los conceptos de Ley, justicia delito y pena, que culminaron con la revolución Francesa, se pasó por obra de filósofos y juristas, a desarrollos más concretos acerca de la naturaleza del delito, de la persona del delincuente, de los caracteres de la pena. Se empezaron a construir sistemas teóricos, para reemplazar los desordenados preceptos feudales; de esa manera el derecho penal alcanzó un relativo nivel de tecnificación.

A quienes principiaron éstas nuevas corrientes se les llamo prácticos del derecho penal.

Entre ellos merece destacarse JEREMIAS BENTHAM para quien el fundamento de la pena radica en su mayor utilidad respecto del delito; GIANDOMENICO y ROMAGNOSI, autor de la teoría de la SINTACTA CRIMINOSA, IMPULSO ANTISOCIAL-, y ANSELMO DE FEUERBACH, propugnador de la tesis de la coacción psicológica como fundamento inmediato de la pena ".11

---

11

Ibid. pag. 21.

### 3.5. RESISTENCIA A LA OPRESION

Facultad o derecho del pueblo para oponerse al despotismo de los gobernantes tanto en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 como en la de 1.791, se estableció el derecho de resistencia a la opresión. Lo mismo hacía el proyecto de constitución girondina y agregaba, en todo gobierno libre, el modo de resistencia a estos diferentes actos de opresión, debe ser arreglados, por la constitución.

La declaración de 1.793 legitimaba ese derecho, afirmando: la resistencia a la opresión es consecuencia de otros derechos del hombre, art.33 y más adelante en el art. 35, declaraba: cuando el Gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo, y para cada parte de él, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.

A pesar de todo, nunca la revolución Francesa se ocupó de establecer reglamentación de tan donante, Derecho, vale decir, de determinar como el de la resistencia.

Por más que no se ha determinado una forma específica de resistir a la opresión, si bien se ha enunciado por algunos autores el derecho a la revolución como inherente a la soberanía popular, es sumamente ilustrativo para apreciar el valor histórico del principio enunciado en la Revolución Francesa, en cuanto al tratado que deben merecer los despotas. Recordar dos documentos de Inglaterra del siglo 17, una de la acusación y sentencia de muerte pronunciada contra el Rey I, cuyo poder había sido confiado, para el bien y beneficio del pueblo y para la preservación de sus derechos y libertades, pero que había usado un poder ilimitado y tiránico, consagrados a hacer guerra traidora y maliciosamente al Parlamento; razón por la cual es declarado: Reo de alta traición y enemigo del pueblo. Enero de 1.946-. El otro Documento es BILL OF RIGHTS de 1.689, cuyos trece puntos relativos a ilegalidades consistentes en suspender leyes, sin acuerdo Parlamentario, percepción de tributos sin anuencia Parlamentaria dispensa de ellas, constitu

ción de tribunales especiales de prisiones y persecuciones arbitrarias , derechos a no ser castigados con multas o penas aflictivas

Todo tirano o usurpador de la soberanía se pone e n estado de guerra contra la sociedad y cada ciudadano es su enemigo como lo es el asesino o el ladrón".<sup>12</sup>

---

12

Ibid, pag. 24

#### 4. LA PENA PREVENTIVA

La aparición de nuevas disciplinas tales como la sociología, la antropología científica, y la sociología criminal, le dió un contenido mucho más sistemático y coherente a los estudios del derecho penal se inauguró un período que ha dado en llamarse justamente científico, en el que el delito fué estudiado no sólo como un ente jurídico, sino como un fenómeno social y en el que se concedió a la pena una función eminentemente preventiva.

##### 4.1. PREVENCIÓN GENERAL

Siendo la pena una función del poder público, dejó de considerarse, como una venganza y adquirió una finalidad de prevención general; su objeto fué pues el de intimidar en abstracto a toda la colectividad, para impedir la verificación de los hechos delictuosos. Se pensó que la pena con su fuerza intimidativa, ejercía un constreñimiento sicológico sobre la generalidad de los súbditos, quienes ante la amenaza del castigo se abstendría de delinquir.

##### 4.2. RETRIBUCIÓN MORAL

Nuevas concepciones filósóficas encontraron que la función de la pena debía ser menos utilizadas, y más noble; se proclamó así una nueva fórmula punitiva, la denominada retribución moral.

El delito ocasionaba un mal, una injusticia que debe ser retribuida con el mal de la pena; al imponer la sanción, el Estado no hace más que cumplir con el fin último de la justicia: punitur quia peccatum est.

El concepto de prevención general, de una parte, fué considerada de masiado amplio y vago, y de otra parte, la tesis, de la retribución moral, se miró como un paso atrás, como una vuelta a principios ya superados. Se pensó entonces que más importante que la prevención general era la especial, entendida como un medio para evitar que el autor del delito pudiese nuevamente delinquir. Pero como la pena no parecía suficiente para el logro de ésta finalidad, se crearon las llamadas medidas de seguridad, como instrumentos para combatir la peligrosidad social deducida de un atento estudio de la persona del infractor.

Por éste camino se llegó una de las grandes conquistas de Derecho Penal; la de individualización de la pena, derivada no sólo del hecho delictuoso, sino de la personalidad de su aótor.

#### 4.3. IMPULSO Y CONTRAIMPULSO CRIMINAL

El hombre está asistido por el derecho de defensa, junto con el de conservar la felicidad y la igualdad, garantías actuantes por la consideración del mal que es capaz de causar al delincuente. Las facultades represivas nacen de una emanación directa de las relaciones naturales y reales de los asociados.

La defensa social aparece por primera vez así en la obra de ROMAGNOSI:

"En la sociedad todas las partes unidas tienen la facultad de defenderse, como si se tratara de una persona real, para conservar su estado de armonía y conseguir sus fines. Hay un orden moral, práctico, construido por el hombre, que es el que asegura la solidez del conglomerado y sin cuya asistencia la comunidad se desintegra".<sup>13</sup>

El derecho de castigar se extiende hasta donde la fuerza es necesaria para asegurar el bienestar común; y el objeto de la pena no es la venganza ni el tormento, sino el de inspirar temor. El delito tiene motivos que deben ser aclarados para que puedan eliminarse. La razón por la cual las sanciones son capaces de alegar el delito reside, en últimas instancias en la determinación de las causas que lo producen, en los motivos que lo excitan, en el impulso criminal. El delito es, por consiguiente, una fuerza antisocial y o

---

<sup>13</sup>

ROMAGNOSI, en Ibid, pag. 22

puesta al derecho. Contra ella hay que levantar el contraimpulso , que es lo que se llama pena. El contraimpulso es lo que se denomina, SPINTA. La pena, opuesta a esa fuerza es lo que se denomina contra- Spinta. La correlación entre el impulso y el contraimpulso sostiene el equilibrio jurídico.

Considerando el impulso como fuerza que repele el delito, es voluble en la cualidad, deducida de las causas más ordinarias de los delitos esto es, de la maldad, de la licencia del exceso de poder y del impulso ajeno; y en la cantidad determinada por el grado de fuerza del deseo, de las posibilidades de ejecución del delito y de la capacidad para aludir la pena, pero no con una medida que presente un con- fín aritméticamente definido, sino simplemente aproximativo o sea con un término medio de todos los impulsos particulares.

La teoría de la peligrosidad tienen un primer exponente en ROMAG-  
NOSIS:

" Al deducir la común Spinta criminosa de los hechos conocidos y que de ordinario suelen ocurrir en determinados pueblos, pretendemos realmente encontrar el impulso futuro, por medio del cual se puede preveer con verosimilitud que serán violados , los deberes sociales.

Por consiguiente, el impulso criminoso que tiene en cuenta el legislador no consiste en un hecho realmente acaecido, sino en algo que se presume , que de hecho ocurrirá en el futuro. De allí que dicho impulso debe considerarse siempre como presuntivo".<sup>14</sup>

---

14

Ibid. pag. 22

#### 4.4. LA COACCION SICOLOGICA SEGUN FUERBACH

" El criminalista Alemán, sitúa el objeto punitivo en un prevención general resultante del contreñimiento síquico que la amenaza de la pena crea en la conciencia de los ciudadanos. Este principio se explica así: Todas las infracciones son causadas sicológicamente por la sensualidad, en cuanto el placer despierta casi todos los apetitos humanos. Si cada cual sabe que a su acto le sigue un mal mayor que el mero desagrado por el motivo insatisfecho, termina por asociar la idea del delito a otra idea, que es la de la sanción consecuencia directa de la primera".<sup>15</sup>

La pena es po consiguiente, el constreñimiento moral y comienza a cumplir su función intimidadora desde el momento en que es dictada por el legislador. Fundamente jurídico de la amenaza es la necesidad de asegurar los derechos de todos. Fundamento jurídico de la imposición de la pena es la amenaza precedente contenida en la Ley. Por eso, la amenaza debe aparecer nitidamente configurada en desarrollo del principio nulla poena sine lege. El precepto debe tener fijos contornos y netos, y en la configuración de esos preceptos, Fuerbach, fué insuperable maestro.

La coacción sicológica persigue hacer desistir de un intento al criminal, constreñimiento que será más efectivo cuanto más serias sean las instituciones represoras. Esta teoría de la prevención general median

---

15

FUERBACH, citado por PEREZ, ob. cit., pag. 24

te el constreñimiento psicológico es el mayor mérito de Fierbach, pues por ese temor a la pena es factible hacer desistir de sus intentos, al criminal. Por lo tanto, la coacción moral será efectiva en la medida en que sea seria y respetable la pena.

#### 4.5. LA PENA COMO IMPERATIVO CATEGORICO

Para Kant:

" La ley penal es un imperativo categórico o absoluto, es decir, un mandamiento de la razón que no está condicionado por ningún fin, de modo que debe realizarse por sí mismo, siendo como es, en bien un bien en sí mismo. Significa con ello, además que la Ley no se encuentra conformada por simples conceptos, sino por órdenes prácticas. No es una mera máxima, ni una recomendación, como sucede con otra clase de imperativos, los hipotéticos o condicionables, sino que es una imposición sobre la voluntad y de allí, el que Kant los halla denominados también apolíticos, o sean demostrativos, concluyentes incontrovertibles

La causa de los imperativos categóricos, fue la formulada por Kant, de varias maneras, pero todas éstas convierten a la fórmula designada por él como Ley fundamental de la razón pura práctica, así: Obra de modo que tu máxima pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal"<sup>16</sup>

Llevando esa Ley al campo represor se tiene; se aplica el texto por que se ha delinquido, sin considerar motivos de utilidad social o de

<sup>16</sup>

KANT, en Ibid, pag., 25

moralización del infractor. Inclusive si la comunidad llegare a disolverse, como si el pueblo que habita una Isla decide abandonarla y dispersarse, el último asesino debería ser muerto antes, afín de que cada cual sepa como no crimen sin castigo.

La pena devuelve el mal con mal equivalente. El que ha matado ha de morir, pero sin malos tratamientos, por que así se sirve la justicia, y no mediante conmutaciones caprichosas. No hay utilidad ninguna entre una vida llena de trabajos y la muerte. Por consiguiente ninguna, igualdad entre el crimen y la pena más que por la muerte del culpable pero su muerte pronunciada es justicia y separada de toda clase de malos tratamientos que pudieran hacer horribles a la naturaleza humana, en el paciente. Es en término filosóficos, la Ley del Talión, imperativo de justicia penal absoluta que contrataría inclusive las ideologías iluministas Kant, resumen cuanto pudieron decir todos los opresores de pueblos en las épocas más sombrías de la historia, pero sus lecciones discutidas y combatidas, fueron por contraste el germen de los principios humanitarios.

#### 4.6. LA SANCION CRIMINAL

Finalmente, una corriente doctrinaria moderna pretende superar el dualismo pena-medida de seguridad con el monismo, sanción criminal, considerado como un medio más efectivo de la prevención especial que adecúa el tratamiento penológico aplicable en cada caso a las especiales

modalidades biosíquicas del delincuente. Este sistema fué desarrollado por ENRICO FERRI, en su proyecto de Código Penal de 1.921, y posteriormente acogido por varias legislaciones positivas entre ellas, las de Cuba -Código Penal de 1.962-, y la Unión Soviética-Proyecto, de Código Penal de 1.927.

## 5. ESCUELAS PENALES

El desenvolvimiento de las ideas liberales durante el siglo XVIII, y buena parte del siglo XIX, en relación con los conceptos básicos de delito y pena fué propinado la formación de corrientes doctrinales, que, utilizándo métodos de investigación similares, llevaron a la reacción de verdaderas escuelas jurídico-penales.

No hubo ciertamente una absoluta homogeneidad conceptual, entre sus miembros que muchas veces trabajaron independiente, pero no resulta difícil encontrar la afirmación de ciertos principios fundamenta que los unieron.

Entre estas escuelas penales merecen destacarse, por la influencia, que han ejercido en el desarrollo ulterior del derecho penal, la Clásica y la Positiva, nacidas ambas en Italia.

### 5.1. ESCUELA CLASICA

La Escuela Clásica del Derecho Penal recogió sistematizándola, la mejor tradición del iluminismo de principios del siglo XIX, en especial la relacionada con la filosofía del derecho penal y penitenciario.

Su fundamento filosófico descansa en el derecho natural y su razón práctica, es la necesidad de destruir las escuetas instituciones criminales vigentes aún y reemplazarlas por otras más humanas y justas

Entre los principales representantes de ésta escuela podemos mencionar GAETANO FILANGIERI, CESAR BECCARIA, GIANDRO NECNICO ROMAGNOSI, GIOVANNI CARMIGNANI, y finalmente, FRANCISCO CARRERA, jefe visible de la escuela, quien en su monumental programa de Derecho Criminal expuso todos los fundamentos del sistema penal vigente.

#### 5.5.1 PLANTEAMIENTOS DEL CLASISMO

La escuela clásica, tal como se desprende de la obra de Carrara, planteó así su concepción del delito, del delincuente y de la sanción.

" El delito no es un hecho sino un ente jurídico cuya esencia consiste, no en la acción humana sino en la infracción de la Ley; infracción que es producto de dos fuerzas; una moral, representada por la voluntad inteligente y libre, del que actuó y otra material o física, representada por el acto lesivo. El libre albedrío, es postulado indiscutible, pues sino existiera la ciencia penal carecería de todo punto de apoyo.

El delincuente es un hombre normal, dotado de las mismas capacidades que los demás hombres y no puede ser responsable sino cuando se comprobe su libertad de determinación moral.

La pena tiene por fin restablecer el orden jurídico, que consiste en enmendar en los ciudadanos el daño moral causado en su tranquilidad. Pero la pena actuó también como amenaza protectora.

tora del derecho, es decir tiene validez de una tutela jurídica".17

Eusebio Gómez, sintetiza así las proposiciones de ésta corriente afor tunada, porque abrió el campo al desarrollo del derecho represor:

" El delito es un ente jurídico; la ciencia del derecho crimianl es un orden de razones emanado de la Ley moral, y jurídica ; la tutela jurídica es el fundamento legítimo de la represión, la calidad y cantidad de la pena, que es medida represiva , deben ser proporcionados al daño que el delito ocasionó al derecho, o al peligro, a que estuvo expuesto; la responsabilidad criminal, se funda en la imputabilidad moral, ya que no hay agresión al derecho, es decir delito, si no procede de una voluntad inteligente y libre. El libre albedri no se discute. Se acepta como un dogma , por que sin él la ciencia criminal carecería de base".18

#### 5.1.2. CRITICA A LA ESCUELA CLASICA

Débese a la escuela clásica el mérito de haber hecho el estudio sistemático más completo de que se tenga noticia, del delito como entidad, jurídica. Cuéntase a su favor también la vigorosa campaña realizada , para humanizar la pena y para rodear de garantías al imputado.

---

17

CARRARA, en Ibid. pag., 31

18

GOMEZ, Eusebio, en Ibid., pag., 31

Pero, al lado de estos aciertos indudables, le aparecen formulados , los siguientes reparos:

- Restó importancia al estudio del delincuente.
- Dejó de lado las medidas preventivas y de seguridad por considerar que no formaban parte del derecho penal.
- Hizo de la infracción un verdadero negocio jurídico.
- La pena conservó su carácter meramente retributivo.

## 5.2. LA ESCUELA POSITIVA

Realizamos en un primer momento casi todos sus postulados, pareció , que la escuela clásica no tenía otra cosa que decir. Continuaba perfeccionando sus propias teorías, hasta la exasperación de los detalles más minúsculos, cuando una nueva corriente de estudios surgidas del despertar del naturalismo, atrajo la atención de los cultores , del derecho criminal. La antropología y la siquiatria considerados , hasta entonces más bien como ciencias secundarias, pasaron a ocupar la primera línea en la consideración de los estudiosos y de los técnicos y la consecuencia de ello fué que el centro de investigación , se desplazó del delito al delincuente.

También otras ciencias más generales, como la psicología, la estadística, la economía y la psicología ofrecieron datos y razones importantes que determinaron en los estudios criminológicos una orientación

enteramente nueva. Esta orientación se tituló positivamente por la corriente filosófica que lo inspiraba. De allí el nombre de escuela Positiva del Derecho Penal, dado a la nueva corriente de estudio, que tomó inmediatamente posición contra la escuela Clásica, opuso al abstracto individualismo de ésta, la necesidad de defender más eficazmente el comportamiento individual del hombre frente al medio que lo rodea, es decir señalando la conducta que en determinado momento observa el hombre antes las circunstancias que le depara la sociedad en que vive.

#### 5.2.1. PROPOSICIONES DEL POSITIVISMO

Cabe anotar que la Escuela Positivista con sus máximos representantes quienes inspirados en los principios de las ciencias generales como la psicología, la sociología, las estadísticas y la economía aportaron al campo jurídico del derecho la más importante clasificación que se halla hecho en la historia del Derecho Penal, cual es la de clasificar a los delincuentes en: Categorías, comonatos, locos, habituales, pasionales y ocasionales.

Tal clasificación se considera acertada, pues en cada uno de ellas se desenvuelve los comportamientos humanos.

La pena no es intimidación, ni expiación, ni retribución moral o jurídica. Sino una medida de defensa social cuyo fin es la prevención

y la readaptación del reo, sin que se baste por sí sólo para preverse de los delincuentes. Por lo mismo, las sanciones deben ser adaptables, indeterminadas, proporcionadas a la peligrosidad del agente y no doloríferas.

Por lo anterior deducimos que con dicho planteamiento se pone de presente el carácter humanístico de la Ley, señalándose con ello el tratamiento especial al grado peligrosista

#### 5.2.2. CRITICA A LA ESCUELA POSITIVA

La Escuela Positiva significó un gran avance en los estudios criminológico por que atacó el excesivo formalismo de las normas jurídicas y procuró adaptarlas a la realidad por que se preocupó por el estudio del hombre delincuente por lo que el derecho penal adquirió un contenido más humano, por que abogó por la implantación de establecimientos especiales, colonias agrícolas y manicomios criminales para la reclusión de los reos enfermos de la mente; por que sostuvo la necesidad de reparar los daños ocasionados por el delito

No obstante estos aportes, la escuela positivista ha sido objeto de severas críticas que pueden sintetizarse así:

- El determinismo es una doctrina extrema, tan indemostrada como la del libre albedrío.
- La defensa social tiene un fundamento clasista y no constituye el

único fin de la pena.

- Su clasificación de los delincuentes, como cualquier otro intento, de esquematización de la persona humana no deja de ser artificiosa
- El concepto de peligrosidad y causa de sanción, no sólo carece de solidez científica sino que resulta evidentemente peligroso, para edificar sobre él la estructura del delito y su consecuencia jurídica, puesto que lo que importa en entonces para esa escuela no es aquello que el sujeto haga o deje de hacer frente a la norma positiva, sino lo que él sea como persona potencialmente dañosa. El derecho penal, contemporáneo ha abandonado por fortuna la senda del peligrosismo para orientarse definitivamente por el camino seguro, de la dogmática típica y culpabilista.

### 5.3. OTRAS ESCUELAS

Las escuelas Clásicas y Positivistas que durante algún tiempo se disputaron el predominio en Europa y América, dieron lugar al nacimiento de corrientes intermedias que pretendieron conciliar sus opuestos principios. Entre ellas mencionaremos, la Terza Scuola, la Escuela de la política criminal, la neoclásica y la finalista.

#### 5.3.1. LA TERZA SCUOLA

La Terza Scuola o tercera escuela del Derecho Penal, fundada por Emmanuele Carnevale, y a la cual se adscribieron Bernardino Alimena y

Giambatista Impallomeni, escuela llamada Eléctica por que adapta postulados clásicos y positivista.

Sus principios fundamentales suelen reunirse en los siguientes puntos:

- El derecho penal es una ciencia autónoma.
- Junto al delito en su aspecto jurídico debe estudiarse el ilícito, desde el punto de vista antropológico y sociológico.
- La imputabilidad surge sobre el fundamento cierto de la voluntad y los motivos que la determinan y se identifica con la dirigibilidad del sujeto, o sea, con su actitud para sentir la coacción psicológica.
- El fundamento del derecho de castigar radica en la defensa social, pero no entendido en un sentido materialista ni utilitario sino humano.

### 5.3.2. LA ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL

Esta corriente nació en Alemania, con el nombre de Escuela Sociológica, sus ideas básicas fueron expuestas inicialmente por Fran Von Litz, en su cátedra universitaria de Marburgo em 1.881 y desarrollada, es publicaciones posteriores.

Tanto en la política criminal como en la Terza Scuola se conocen bajo la denominación común de Positivismo crítico. sus fundamentos pri

principales son:

- Debe emplearse métodos jurídicos para indagar el contenido del derecho penal positivo y el método experimental para el trabajo criminológico.
- Los delincuentes normales son imputables a los anormales dada su peligrosidad, debe aplicársele medidas asegurativas.
- El delito no es solo un ente abstracto, sino un fenómeno social ocasionado por factores endógeno y exógenos.
- La pena no debe ser retributiva sino preventiva; su finalidad es la protección de los intereses comunes.

### 5.3.3. LA ESCUELA NEOCLASICA

La tendencia neoclásica conocida como dirección técnico-jurídica, es de origen Italiano y cuenta entre sus miembros a Arturo Rocco, coautor del proyecto del Código Penal que actualmente rige en Italia, Vincenzo Manzini y Francisco Carnelutti.

- Los alineamientos doctrinales de ésta escuela son los siguientes:
- El objeto de la ciencia penal es el derecho penal positivo vigente

- En el estudio del delito debe prescindirse de sus aspectos humanos y sociológicos, para detenerse sólo sobre su naturaleza jurídica.
- Para los efectos de la responsabilidad penal debe prescindirse del libre albedrío, pero conservando la diferencia entre imputable e inimputable.
- La pena, como reacción jurídico contra el delito sólo debe aplicarse a las personas normales; los anormales son objeto de medidas a segurativas de contenido puramente administrativo.

#### 5.3.4. LA ESCUELA FINALISTA

Conocida como teoría finalista de la acción, nació ésta corriente doctrinal en Alemania, por obra de Hans Wezel, quien la sistematizó siguiendo las teorías filosóficas de Honig Swald y Hartmann, en cuanto tales autores, sostienen que "Toda acción humana implica, una dirección final del suceso causal, de donde deducen que la acción es una actividad final humana.

La Escuela Finalista, surgió como reacción a la teoría causalista, de la acción que defendía Franz Von Listz, y de conformidad con la cual la acción, es puro factor de causalidad, es una modificación, del mundo exterior, físico, material y sensorialmente perceptible".<sup>19</sup>

---

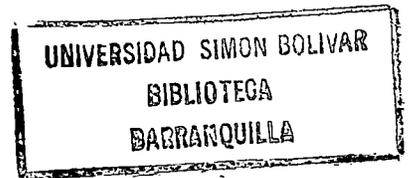
19

REYES, Ob. cit., pag. 30

Resulta así enfrentado los conceptos de finalidad y causalidad; éste como resultado de una serie causal metódica, cuya relación exige una aclaración objetiva posterior, aunque sobre la base del conocimiento de las Leyes causales, como evaluación calculada de ese conocimiento, la aplicación permitirá la obtención del suceso causal.

Para los finalistas la acción es elemento básico del tipo y dentro de ella ubican al dolo, entendido como voluntad de acción que se manifiesta en un resultado con lo que se desplaza ésta figura del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad.

El delito culposo es definido por ésta escuela como un descuido de terminado por el empleo de medios equivocados en él, el agente quiere, como en el delito doloso un resultado determinado y utiliza los medios que servirán para producirlo, pero debido a su conocimiento insuficiente de las leyes causales, consigue sin su voluntad un antijurídico resultado típico.



## 6. INTEGRACION DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Nuestro País, como casi todos los Latinoamericanos, sufrió la influencia del conquistador. España, impuso sus costumbres, su lengua, su religión y sus Leyes; estas a su vez, muestran las huellas de otras civilizaciones que se incrustaron en la Ibérica; entre ellas la Romana y la Germánica. La tradición religiosa de los Españoles, de otra parte, permeabilizó su propia legislación, que de esa suerte vino a ser una mezcla de principios jurídicos Germanos, Romanos y Canónicos. Esa misma legislación fué la que rigió entre nosotros hasta mucho tiempo después de nuestra emancipación política y militar.

Resulta así explicable encontrar en el derecho penal positivo de Colombia, vestigios de institutos jurídicos que pertenecen a tales Legislaciones, y por eso conviene, así sea esquemáticamente, darles una breve ojeada histórica.

### 6.1. LEGISLACION ROMANICA

Aunque los jurisconsultos Romanos no se ocuparon de la cuestión penal con la misma intensidad con que estudiaron las relaciones de derecho civil, es innegable que lograron sistematizar algunos principios, ta

les como las nociones de dolo, y culpa, la naturaleza del delito continuado y el fundamento del derecho de castigar.

## 6.2. LEGISLACION GERMANICA

El derecho germánico, en sus leyes bárbaras y en sus capitulares, a diferencia del Romano, se caracterizó por la ausencia casi total de principios políticos y sociales en la organización de la penalidad, por el predominio de concepciones individualista y por la importancia dada, para medir la gravedad del delito, sus consecuencias dañosas, antes que la intención de su autor.

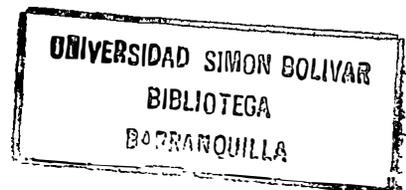
## 6.3. LEGISLACION CANONICA

La influencia de la Iglesia en el derecho penal se manifestó principalmente en su preocupación por darle un contenido más humano a la relación punitiva Estado-infractor. El principio de la igualdad, de todos los hombres ante Dios que está a la base de la doctrina cristiana opina acertadamente Garraud, "penetró profundamente en el derecho canónico, veamos así como la Iglesia para los efectos de la pena, no tuvo en cuenta en absoluto la calidad de la persona".<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>

Ibid. pag. 32.



Frante al fenómeno del delito y para determinar la naturaleza de la sanción aplicable, se consideró no sólo el resultado de la conducta ilícita sino también la intención del delincuente con lo que el problema de la responsabilidad fué sacado de un plano puramente objetivo y colocado rectamente sobre bases sico-físicas.

#### 6.4. LEGISLACION ESPAÑOLA

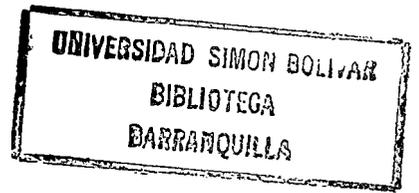
Hemos dicho como el derecho positivo Español fué el resultado de un lento y prolongado proceso de decantación de varias culturas que sobre él ejercieron indudables influencias; la Románica y la Visigoda entre otras. Tal proceso se manifestó a través de las varias codificaciones que rigieron en la península y de cuyo contenido daremos cuenta en forma sumaria.

##### 6.4.1. FUERO JUSGO

Conocido también con el nombre de LEX VISIGOTHROM, es una compilación de materias jurídicas, que sólo eventualmente contienen formularios genéricas.

Por lo que respecta al derecho penal, los principios en él contenidos pueden reunirse así:

- La pena tiene como fin intimidación del delincuente y la preven



ción de los delitos.

- La sanciones siempre personal.
- A diversos delitos deben corresponder penas diversas.
- La ignorancia de la Ley no sirve de excusa.
- El solo debe distinguirse de la culpa y ésta del caso fortuito.

#### 6.4.2. FUERO REAL

Constituyó un avance considerable hacia la perfección y unidad legislativa, todavía embrionaria. De su lectura se desprende, entre otras cosas, que la pena es pública como emanación del poder estatal; que en el delito es importante el elemento subjetivo, y que existen causas que justifican el hecho delictuoso, Se dió además un buen paso hacia la humanización de la pena, un ejemplo de ésta nueva orientación es la norma que ordena la suspensión de la pena de muerte de la mujer encinta mientras no dé a luz.

#### 6.5. RECOPIACION DE LAS LEYES DE INDIAS

Después de las anteriores codificaciones, vino un periodo de notable confusión legislativa; para remediarla se ordenaron sucesivas recopi

laciones, entre las que merecen destacarse las Ordenanzas Reales de Castilla, 1.485, la Nueva Recopilación 1.567, la Novísima Recopilación 1.805.

Por lo que respecta al Derecho Penal vigente en las Indias Occidentales, al lado de las ya enunciadas, regió la llamada Recopilación, de Leyes de Indias, empezadas en 1.525 y, terminadas hacia 1.680 . En el libro VII aparecen la mayor parte de las disposiciones del derecho penal sustantivo y procedimental aplicables a los indígenas y a los negros.

La legislación de Indias constituyó ciertamente un almacigo de buenas intenciones de comprensión del problema del indio, que desafortunadamente no tuvo vigencia alguna, salvo casos excepcionales, por falta de buena fé o por injuria de las autoridades encargadas de hacerlas cumplir.

#### 6.6. EL CODIGO PENAL DE 1.837

Mediante la Ley del 27 de Junio de 1.837 el Congreso aprobó el primer Código Penal Colombiano, que tuvo como base, el proyecto elaborado por los consejeros de Estado de 1.833. Sostúvose que dicho proyecto se modeló sobre el Código Francés de 1.810, pero debe reconocerse hoy que muchas de las materias tratadas en sus cuatro libros, se partió de él, comenzando por rechazar la división tripartida de

crímenes, delitos y contravenciones, más bien, se inclinó hacia la clasificación Romana de delitos y culpas contra la sociedad, contra la salud, contra el Estado, la religión, la moral, la hacienda pública, etc. y delitos y culpas contra los particulares, hurto, homicidio, envenenamiento, aborto, ultrajes, robo, entre otros.

El libro primero trató las penas, la conspiración, la tentativa y materias análogas, después de definir el delito, como la voluntaria y maliciosa violación de la Ley.

El libro segundo trató a los delincuentes como autores, cómplices, auxiliadores, encubridores, excusables, así como de agravantes y atenuantes de la penalidad.

El Código incluyó la pena de muerte y trazó formas terroríficas de aplicación. Los delitos originaban la declaración de traición e infamia, sancionables en la pena capital ya sea cuando se emplearen, las armas.

#### 6.6.1. REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 1.837

En veinte años el Código de 1.837 tuvo modificación, algunas de las cuales fueron fundamentales como estas:

- La supresión de la pena de muerte, trabajos forzados, presidio ,

prisión reclusión e infamia para los delitos políticos, lo mismo que la venganza pública, por Ley del 26 de Mayo de 1.847. Administración de José Hilario López.

- La libertad de prensa, conquistada mediante la Ley del 31 de Mayo de 1.951, también promulgada por López.
- El procedimiento especial para las cuadrillas de malhechores. Ley del 22 de Mayo de 1.843, las reformas judiciales, Ley del 11 de Junio de 1.844, el aumento de penas para los delitos de heridas, Ley del 31 de Mayo de 1.949; la modificación de las sanciones para el abigeato, Ley del 2 de Junio de 1.846. Por primera vez, la Ley del 4 de Junio de 1.851 estableció el jurado en los juicios por delitos de homicidio, robo, y hurto mayor.

#### 6.7. EL CODIGO PENAL DE 1.873

La humanización de las normas penales vino a ser completa solo en el Código de 1.873; dictado sobre estas bases constitucionales de Rio negro -1.863-, inviolabilidad de la vida humana, término de 10 años para las penas corporales, libertad absoluta de imprenta, locomoción industria, instrucción, religión, asociación y comercio; garantías para la libertad, propiedad y seguridad.

El art. 550 declaraba reos del delito de intolerancia a los que pre

tendieran hacer cambiar de creencias o de culto a las personas y a los perturbadores de las prácticas religiosas y opiniones políticas ajenas.

El Código de 1.873 dividió los delitos en tres grupos:

POLITICOS: Los cometidos contra el orden público o contra la seguridad exterior;

DE RESPONSABILIDAD: Los cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo;

COMUNES O PRIVADOS: Los cometidos por particulares contra particulares.

La pena de presidio no podía exceder de 10 años; la de reclusión 8 años; la de prisión de 5 años; la de expulsión del territorio de 10 años; la de confinamiento de 5 años.

#### 6.8. EL CODIGO PENAL DE 1.890

En 1.888 El Consejero de Estado DEMETRIO PORRAS presentó un Proyecto de Código Penal, elaborado sobre los principios liberales de CARMIGNANI y CARRARA, pero dándole cabida a los absolutismos de ROSSI, -el delito es violación de un deber -, y de KANT, - el derecho se funda sobre un postulado único imputables y eterno cual es el de la razón misma del derecho de castigar-; sin embar

go rechazó implícitamente el Kantismo cuando dió a la pena no el sentido de vindicta pública, sino el de enmienda del reo.

El proyecto de Porras, aunque era el concentrado de las distintas variaciones clásicas, como queda dicho, no fue acogida por el Consejo, entidad que dispuso pasarlo a uno de sus miembros JUAN PABLO RESTREPO, quien se hizo eco del rechazo y propuso recopilar las normas jurídicas que habían dejado de existir tomando de ellas lo que más conviniera a la política triunfante, y desechando las dignificadoras y libres implantadas por el texto de 1.873".<sup>21</sup>

El Código de 1.890, reprodujo la rigidez penológica del de 1.837, de modo que prácticamente fue éste el que rigió hasta 1.938, con modificaciones como la supresión de la pena capital por el Acto Legislativo No. 3 de 1.910.

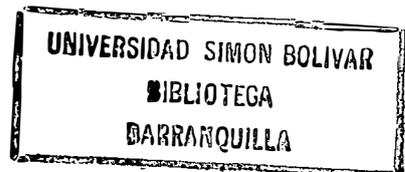
#### 6.9. EL CODIGO DE 1.922

JOSE VICENTE CONCHA, PRESENTÖ AL Congreso un proyecto de Código Penal, calcado sobre el Italiano de 1.890- ZANARDELLI- pero sólo 10 años después fue aprobado por la Ley 109 de 1.922, cuando habían cambiado las condiciones que lo hicieron aconsejable. Por eso se aplazó la vigencia hasta el 1o. de Enero de 1.925, mientras se revisaban sus textos, según dispuso la Ley 81 de 1.932. La comisión revisora ,

---

21

PEREZ ,Op. cit., pag., 43



estimó que debía elaborarse un nuevo estatuto, pues a la razón había surgido corrientes como la positiva, que inspiró el proyecto Italiano de 1.922. En definitiva el Código de 1.922 quedó escrito. No alcanzó a regir ni un solo día.

#### 6.10. ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1.936.

La comisión reada por la Ley 81 de 1.923 estudió el proyecto que entregó el Gobierno en 1.925, apartándose del de FERRI -1.921- pues no convino en el concepto genérico de sanciones, sino en el mixto de penas y medidas de seguridad. También se apartó del Italiano al reconocer causas de imputabilidad y causas de justificación, así como en la exclusión de responsabilidad para el demente, si bien autorizaba, el tratamiento positivista de recluirlo en un manicomio criminal.

Inexplicablemente el Gobierno no le dió curso a éste proyecto, y en 1.926 contrató una misión de modestos funcionarios Italianos para que elaboraran otro sobre las bases del 1.922, apartarse por consiguiente del criterio reflejado en el de 1.925.

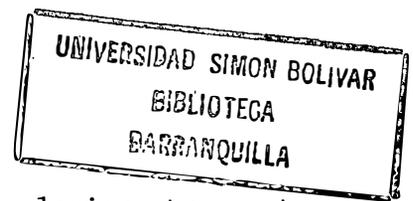
La misión Italiana regresó sin haber logrado imponer sus textos, calificados de Paleontología jurídica -FERRI-. Así se paralizaron los trabajos de reformas hasta que se expidió la Ley 20 de 1.933, que organizó para principios de 1.934 la Comisión de asuntos penales y penitenciarios, encargada de elaborar el proyecto definitivo que acogió la Ley 95 del año de 1.936.

#### 6.10.1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL CODIGO DE 1.936

Aunque su orientación doctrinal no es monolítica como ocurre en todas aquellos códigos elaborados por comisiones de las que forman parte juristas pertenecientes a escuelas distintas es manifiesto el predominio de las ideas positivistas.

Son lineamientos doctrinales básicos, pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- Aceptación de la teoría de la defensa social.
- Aplicación del concepto de responsabilidad legal y social con base , en la actividad sicofísica del agente.
- Estudio del delincuente como personalidad antisocial
- Imposición de la pena teniendo en cuenta además del hecho ilícito , cometido los motivos determinantes, las circunstancias de mayor peligrosidad y la personalidad del autor, y
- División de las sanciones en penas y medidas de seguridad aplicable aquellas a los delincuentes mayores de edad y sanos de mente y éstas a los menores de edad y a quines en el momento de la comisión , del delito se hallaran en estado de enajenación mental o de intoxicación



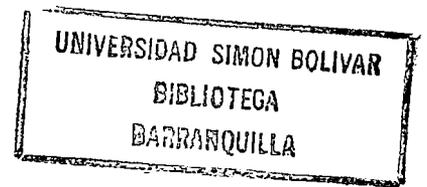
cación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica.

#### 6.11. ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1.980

Recogiéndose crítica de los especialistas en la materia y tratando de elaborar un instrumento más eficaz en la lucha contra la delincuencia, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 416 del 22 de Marzo de 1.972, mediante el cual se constituyó una Comisión redactora de un Código Penal distinto del vigente desde 1.938. La comisión trabajó continuamente durante 20 meses, al lado de los cuales presentó un proyecto completo que fue publicado con los extractos de las actas en un volumen de 881 páginas en los talleres gráficos de la Penitenciaría Central en Junio de 1.974.

En el mismo año, el Presidente de la República solicitó facultades, extraordinarias para poner a regir el Proyecto, pero el Congreso no la expidió, prefiriendo mediante una proposición, pedir al Gobierno, una segunda comisión que revisara los textos proyectados.

El Gobierno expidió los Decretos 2447, 2597 de 1.974 y 3 de 1.976, en virtud de los cuales creó la Comisión Revisora que como resultado de su labor elaboró un segundo proyecto de 1.976. Más tarde ésta comisión introdujo modificaciones a su trabajo y entregó al Gobierno el que iba a convertir en proyecto de 1.978 presentando al Congreso el



3 de Agosto de éste último año. Por distintas dificultades técnicas, los trabajos de éste proyecto se quedaron sin antecedentes escritos, pues no se reprodujeron actas.

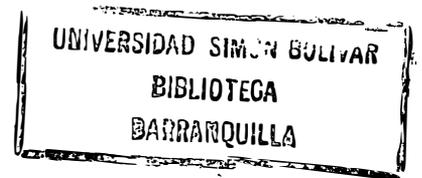
El tercer proyecto, es decir el de 1.978, no cursó en el Congreso, entidad que prefirió otorgar las facultades extraordinarias antes negadas al Gobierno y expidió la Ley 5 de 1.979, en la cual constaban tales autorizaciones para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, sobre las bases principales y lineamientos generales, del proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República, el 3 de Agosto de 1.978, y el anteproyecto publicado en 1.974 por el Ministerio de Justicia, que para los efectos de ésta Ley formará parte del expediente.

De acuerdo con el art. 2o. de la Ley de facultades, el Presidente, ejerció su mandato asesorado de una comisión compuesta por dos senadores, tres representantes y sendos miembros de las anteriores dos comisiones redactoras. Esta comisión sea la tercera constituida desde 1.972, culminó su trabajo en Diciembre de 1.979 y el Gobierno en uso de las autorizaciones extraordinarias, expidió el nuevo Código Penal mediante decreto No. 100 de 1.980. El Código nuevo rige desde el 29 de Enero de 1.981.

#### 6.11.1. LOS CRITERIOS FUNDAMENTALES DEL CODIGO DE 1.980

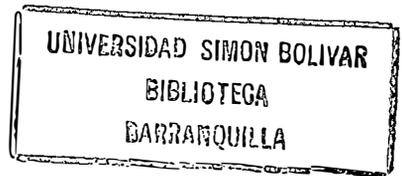
Cambiando básicamente la orientación del Estatuto de 1.936 vigente , desde el lo. de Junio de 1.938, el expediente mediante Decreto 100 de 1.980, acoge la doctrina de la culpabilidad y con ello, sustituyó del todo la tendencia penológica, que fundaba la represión en la peligrosidad del sujeto. Si el Código anterior exigía responsabilidades decir sanciones, por lo que el sujeto era por sus condiciones personales, su forma de vida y su situación en los grupos sociales, el nuevo exige esa misma consecuencia de su comportamiento que ha hecho es decir por la modificación del mundo exterior en un sentido antijurídico y culpable, sin tener en cuenta la personalidad del infractor más que en algunas instituciones secundarias, como son las referentes al dosificar las penas. El nuevo estatuto contiene un título primero en el cual enumera y define las normas rectoras conforme a las cuales deben estudiarse y aplicarse sus disposiciones, a saber: legalidad, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, favorabilidad, exclusión de la analogía, igualdad ante la Ley, cosa juzgada, conocimiento de la Ley, juez natural y función de la pena y de las medidas de seguridad.

Es el primer tópico con tan importantes declaraciones que armonizan, con todas sus previsiones y que sirven al intérprete como guía de las mismas. El principio de la culpabilidad como fundamento de la persecución punible entraña una revolución en los conceptos y esa revolución favorece la libertad del hombre, su dignidad y todos los atributos de la persona, es completamente distinto, castigar al ser,



que sancionar el hacer. De allí fluyen numerosas consideraciones como la de que los imputables no pueden ser culpables y la de que las medidas adecuadas para ello no son sanciones sino ordenamientos a segurativos y de curación.

El Código no se adscribe a ninguna tendencia penal, como sí lo hizo el de 1.936, de innegable información positivista, con todo lo que ésta su ideología tiene de expeditivo y reaccionario, pues implica, un descenso en relación con la filosofía Alemana de los siglos XVII y XVIII.



## 7. CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL HECHO PUNIBLE

### 7.1. DIFERENCIA EN LA DENOMINACION

Las causas justificativas del hecho punible, tal como las entiende el derecho moderno, han sido, objeto de distintas comprensiones, y consecuentemente de nombres diferentes, por ejemplo: VON LITZ y VAN CALKER, en Alemania, las calificaron acertadamente como causas de justificación; BE LING, ALFELD, Y MEZGER las explicaron como causas que excluyen la antijuricidad; MELKERL, LOFFER y FRANK, las bautizaron como elementos negativos del delito; BINDING, las identificó como causas del no surgimiento del delito, distintas de las que los extinguen cuando ya la infracción se ha realizado. Algunos franceses las estudian como excusas en su doble aspecto de absolutorias y atenuantes. Otros, como IMPALLOMENE, las incluye entre las desagravantes ideológicas y VANNINI entre las circunstancias negativas del delito".<sup>22</sup>

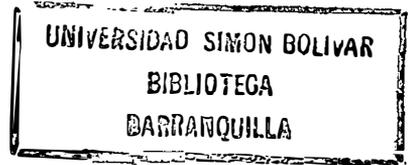
### 7.2. ESENCIA DE LAS JUSTIFICANTES

Debe repetirse que la conducta es justificable no solamente por que desaparece el delito, o uno de sus elementos, sino por que se estima que

---

22

Ibid, pag. 170



jurídica.

No hay en ese acto una eliminación de la imputabilidad, como otros, han observado, sino un reconocimiento por la manera como el agnete, supo acogerse a las garantías que asisten a todos. Justificar es más que tolerar o permitir y mucho más que perdonar. Si los hombres deben someterse al ordenamiento jurídico, abstenerse de violarlo, es ya una actitud adecuada. Pero obrar conforme con sus prescripciones es cuestión que favorece el desenvolvimiento de la vida común.

Las justificantes no solo hay que entenderlas en su esencia por que hay en ellas falta de daño social, sino porque benefician la legitimidad institucional. En ellas, hay que ver una considerable dotación de energía y una comprensión de las normas existentes, lo cual significa una insinuación para que procedan igualmente cuantas personas se vieran en peligro de injusta lesión o las que deben afrontar situaciones propias de su posición personal de sus vínculos con los organismos estatales.

Defiéndose el título de causas de justificación, pues lo que en ellas desaparecen es lo injusto, no solo el delito, sino la injuria, en su vasto sentido. No se elimina pues una simple característica, de delito, sino la esencia de toda acción injusta. Esto tiene una decisiva importancia para la reparación civil. En éste sentido es el que se emplea la palabra justificación; en su más noble signifi

cado en el de considerar justa conducta, y no simplemente excusado o impune.

### 7.3. SISTEMATIZACION DE LA JUSTIFICANTE

Centrándose en la idea de que antijurídica es la conducta que lesiona o pone en peligro intereses importantes o bienes jurídicos de cualquier clase. MEZGER sistematiza las causales en dos grupos de acuerdo con estos principios: -El de la ausencia de interés; y -El del interés preponderante.

El principio enunciado como ausencia de interés de origen a dos causales denominadas de exclusión, término inadecuado y por que una cosa es excluir la antijuricidad y otra declarar que el atente procedió dentro del derecho.

Excluir la antijuricidad es hacerla a un lado, las dos causas de exclusión que se fundan en ausencia de interés, son según MAZGER el consentimiento expreso del ofendido y el consentimiento tácito.

Las causas de exclusión derivadas del interés preponderante son tres: acciones realizadas en virtud de deberes públicos, de educación, profesionales, de obediencia debida, deberes de corrección, colisión de deberes, todos los cuales, se agrupan entre los deberes preponderantes, los actos cumplidos en virtud de una especial justificación, o sea, legítima defensa, estado de necesidad, y autoayuda como fundamentales, pudiendo acordar otros análogos; y la evaluación de los bienes jurídicos.

La última causal ofrece dificultades aunque no sean insuperables. El principio consiguiente, dice MEZGER, nos indica que, según el derecho positivo debe efectuarse una evaluación de los bienes jurídicos. Una evaluación de intereses con el fin de determinar la exclusión del injusto. Pero ello, aún no aparece el problema definitivamente resuelto; es preciso aún hallar el módulo para

llevar a cabo la necesaria valoración de los bienes jurídicos, que nosotros, en éste punto de acuerdo con E.B. SCHNIDT, yendo más allá del puro positivismo legal, creemos poder encontrarlo en última instancia en una consideración supralegal del contenido material de lo injusto ". 23

#### 7.4. LAS JUSTIFICANTES EN EL NUEVO CODIGO PENAL

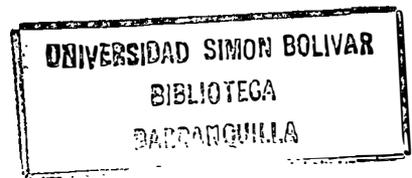
El art. 29 del nuevo Código Penal nos dice que el hecho se justifica cuando se comete:

- En extricto cumplimiento de un deber legal.
- En cumplimiento de orden legítimo de autoridad competente emitidas con las formalidades legales.
- En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra in justa agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión.

---

23

Ibid, pag. 172



- Se presume la legítima defensa en quien rechaza el extraño que indebidamente intenta penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia inmediata, cualquiera sea el daño que le ocasione y;
  
- Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente no evitable, de otra manera, que el agente, no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga, el deber jurídico de afrontar.

#### 7.5. JUSTIFICACION Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Si la existencia de una causa de justificación determina especiales consideraciones para quien realizó el acto típico y obliga a suspender en tránsito hacia el juicio de reproche, tampoco queda fundamento para exigirle responsabilidad civil, y consiguientemente resarcimiento del daño, pues el que obra conforme al derecho queda libre de esa obligación. Lo cual se deduce de la concepción unitaria de la antijuricidad, y también de la totalidad del ordenamiento jurídico, separado exclusivamente para atender mejor cada rama mediante especialista siguiendo la práctica de la división del trabajo.

El sistema Colombiano, niega todo reclamo de indemnización originado, en la acción justificada. El estatuto procesal así lo declara, aunque no era necesario ninguna norma, pues la prohibición se funda en la índole misma de las justificantes. No puede el Juez penal reconocerla,

es decir, precisar que el agente obró de acuerdo con el derecho, y otro juez, el civil, pronunciarse en contrario.

#### 7.6. JUSTIFICANTES SUPRALEGALES

Hay acciones justas, o que se tienen por lícitas, y que sin embargo, no caben dentro de las descripciones legales, de justificación. Son conductas no solo toleradas sino reconocidas como correctas, tanto desde el punto de vista normal como desde el de las conveniencias sociales. En ellas no hay nada indebido. Más bien se consideran necesarias y, en vez de despertar resistencias o condenaciones, tienen acogida y provocan solidaridad. Esas acciones están comprendidas dentro de lo que se denomina justificación extra o supra-legal. Es decir, causales a las que todos los grupos sociales prestan su asentimiento porque en ellas no hay nada indebido. Su fundamento estriba, pues, no en las normas de cultura, sino en algo tan real como las previsiones de la carta política.

Algunas conductas lesivas de la seguridad de las industrias pueden responder a la garantía que el art. 18 concede a los huelguistas. El hurto famético es un estado de necesidad, pero también se justifica, según la constitución cuando el agente se encuentra físicamente impedido para trabajar y no tiene beneficio de la asistencia pública, según el art. 19.

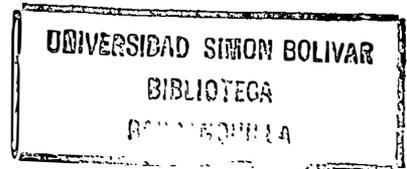
Ciertos ataques a la propiedad inmobiliaria para ponerla a un servi

cio que no presta, puede ampararse en el art. 30 de la Constitución. Las obligaciones sociales de los propietarios deben estar dirigidas a la productividad de los bienes, que se obtienen mediante el trabajo. El abandono de la tierra, cualquiera que sea su ubicación, equivale a negarle su objeto en el proceso laboral, y el invasor que la pretenda para aplicarse a un cultivo o levantar vivienda, no ejecuta actos negadores del derecho, pues son los dueños quienes se han colocado en el plano de la antijuricidad. Los anteriores casos son por vía de ejemplo:

Las tres situaciones más ampliamente estudiadas de justificación supralegal son : -El tratamiento médico-quirúrgico-; las lesiones deportivas; y el consentimiento del ofendido. Las dos primeras han dejado de tener ese carácter en el sistema Colombiano, pues específicamente figuran en el art. 29 del nuevo Código Penal, que corrigió la omisión del Código derogado.

#### 7.6.1. CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO

A ésta causal de justificación se le llama consentimiento del sujeto pasivo, consentimiento de la víctima, o del titular del derecho violado o del interesado. Pero el título de consentimiento del sujeto pasivo es el que traduce mejor el contenido, pues no toda persona directamente ofendida, interesada o víctima, es la que sufre el quebranto del derecho. Además, si la conducta resulta plausible a fuer



za de jurídica, no puede hablarse de víctima ni de victimario, de ofendido u ofensor.

El consentimiento expreso o implícito del sujeto se justifica plenamente porque en el ordenamiento estatal no extiende su tutela sobre los intereses abandonados voluntariamente por el titular de ellos, a no ser que se trate de bienes jurídicos colectivos o de servicio social, caso en el cual nadie puede consentir su desvío a otras funciones o su disposición, apropiación, disfrute o destrucción.

Objétase que un acuerdo particular o el abandono de bienes, o intereses sea suficiente para romper la tutela que el sistema represor, ha descrito por considerarlo como de orden público. La objeción carece de validez porque el orden público es difícil de precisar, y aunque la lograra algún jurista privilegiado, debería responder aún a la actitud de como es posible crear un ordenamiento privado, sabiendo que el derecho y su encarnación legal son por naturaleza contrucciones públicas.

De otra parte, renunciar a un interés no es subvertir la tutela jurídica como explicó VANNINI:

Se habla de una inadmisibile renuncia del particular a la tutela penal. Se habla de la imposibilidad de invadir, mediante el consentimiento del sujeto pasivo, la norma jurídica. Todo demuestra que el problema consentimiento no ha sido puesto bajo la debida

da frace de observación. No hay renuncia privada de la tutela jurídica. El concepto de renuncia a la tutela jurídica nada tiene que ver con el consentimiento. A la tutela jurídica renuncia quien no hace uso de la facultad que la Ley le concede para la defensa y la reintegración del interés protegido. En el consentimiento no puede decirse que el interesado omite hacer uso de la tutela jurídica, lo que acontece es que se crea un estado de hecho, diverso, de aquel que la norma tutela penalmente".<sup>24</sup>

#### 7.6.2. REQUISITOS PARA EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

El consentimiento que justifica supralegalmente la conducta, ha de otorgarse en condiciones especiales, y referirse a bienes o intereses de que los particulares pueden disponer validamente, con plena capacidad para ello, Además, es necesario se emita antes del acto, o al menos simultáneamente con su ejecución, en forma expresa o tácita. Si es implícita, debe aparecer por cualquier medio. Agréguese que debe ser específico para un fin inequívoco y no para una serie de acontecimientos justos o escalonados, salvo que se trate de episodios de episodios de un mismo acontecer del proceso a veces interrumpidos que conduce al resultado. Cada caso contiene su entidad propia o es autónoma la valoración que de él se efectúe, como quiera que podían apreciarse circunstancias simples o complejas, unitarias o fraccionadas. En fin, el consentimiento del sujeto pasivo debe producirse formalmente, contrariamente a la broma o al juego y no provenir de

---

24

VANNINI, EN Ibid., pag., 175.

rror, violencia o fraude.

#### 7.7. DIVERSIFICACION DE LAS JUSTIFICANTES

Lento fué el proceso de diversificación de las justificantes, y aún falta conformidad sobre cuales deben incorporarse a los estatutos re presores, como falta un entendimiento completo respecto de su descripción específica. En un principio, ni siquiera aparecieron agrupadas en la parte general, pues se consideraban adscritas a determinados delitos, particularmente el homicidio. Tampoco fué rápida la concreción de su contenido, aún objeto de fuertes controversias.

Yendo al fonso de la historia, VON LISTZ, afirma que:

La aceptación del principio de la ilegalidad como elemento esencial del hecho punible, viene des pues de un demorado período de discusiones no concluidas aún, lo mismo que el reconocimiento de la licitud jurídica en la conducta aparentemente criminalosa".<sup>25</sup>

El derecho Romano calificó una serie de casos en los que no aplicaba la pena, incluyendo la legítima defensa, el estado de necesidad, a la autorización para matar al ladrón nocturno y al adúltero sorprendido in flagranti. Pero en bano se busca una regla suficientemente

---

25

VON LISTZ, en Ibid., pag. 178

compressiva, la propia idea sobre las situaciones tratadas expresa mente, es vacilante e errónea; los jurisconsultos excluyeron no la i legalidad, sino la punibilidad, porque en el acto hay ausencia del dolus necesario.

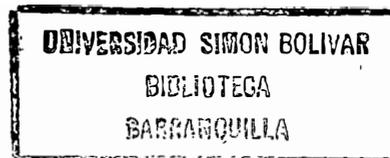
El derecho medieval Alemán fué más claro. Aunque reglamentó minucio samente la legítima defensa e individualizó el estado de necesidad , dejó poco menos que intacto el derecho de matar. No es otro el con cepto extendido entre los juristas Italianos de la edad media, el que se fijó en la constitución Carolina y en sus desarrollos prácti cos, a pesar de que algunos como BROCHMER, HAYAN distinguido en el homicidio la exclusión de la ilegalidad y la ausencia de dolo.

La legítima defensa se desliga del homicidio y pasa a la parte gene ral, en las postrimerías del siglo XVIII. Después la siguió el esta do de necesidad, si bien entró en los códigos con notables retardo.

El colombiano de 1.890 solo reconoció ésta justificante, en ciertos ataques menores contra el patrimonio económico.

El sistema vigente diversifica todavía mejor las justificantes, algu nos de los cuales aparecían refundidas en el estatuto de 1.936. La disposición de la Ley, figuraba en la causal primera, al lado de la orden obligatoria de autoridad competente. Ahora están separadas y se agregan tres causales más en el numeral 3o. del art. 29; el ejer cicio legítimo de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo

público.



## 8. LEGITIMA DEFENSA

Anteriormente enunció las causales de justificación del hecho, enumeradas en el art. 29 del nuevo Código Penal, y observamos que el numeral 4o. del art. 29 nos dice: "Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño, que indebidamente intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia inmediata; cualquiera sea el daño que le ocasione.

Para el desarrollo de ésta tesis, me voy a referir al numeral 42 del art. 29, pero antes me voy a permitir hablar un poco de las otras causales de justificación:

### 8.1. EN ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

El numeral 1o. del art. 29 justifica el hecho cuando "se comete en estricto cumplimiento de un deber". El calificativo de estricto, se refiere más a un auxilio de interpretación del Juez, que a un fenómeno, que pueda formar parte del concepto enunciado a la norma.

Cumplir un deber, según la norma vigente, es tarea activa e imperiosa, que no puede dejar de realizarse. Por Ley debe entenderse, no sólo la que expide el Congreso como cuerpo legislativo, sino también otros ordenamientos originados en Derechos, ordenanzas, resoluciones y actos análogos de autoridad pública.

El cumplimiento de deberes impuesto por la Ley, excluyen la antijuricidad del acto aunque lesione bienes protegidos por ella. Por tal razón no comete delito el funcionario que sin permiso -Constitución, art. 24, allane el domicilio de un delincuente cogido infraganti, para capturarlo. El Juez que cause daño al allanar por la fuerza un inmueble, la requisa de equipajes por los guardas de aduana, la retención de una carta con dinero efectivo por los empleados del correo, la oposición de la policía a quien vá cometer hechos punibles los daños causados por la fuerza pública a fin de evitar mayores consecuencia en situaciones calamitosas, el funcionario de instrucción que intercepte comunicaciones telefónicas con el único objeto de buscar pruebas judiciales art. 376 del Código de Procedimiento Penal.

Esta causal de justificación del hecho era la correspondiente a la orden obligatoria de autoridades competente, consagrada en el art. 25 del Código Penal de 1.936 que seguidamente la trataremos.

8.2. EN CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN LEGITIMA DE AUTORIDAD COMPETENTE

También se justifica el hecho de quien lo realiza en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente, emitida con las formalidades legales.

Propónese tres sistemas para resolver el problema que en el estatuto de 1.936 se denominaba orden obligatoria de autoridad competente, y que en el de 1.980 se enuncia como cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, así:

- El de la obediencia pasiva, según el cual el subordinado no tiene derecho para discutir los mandatos recibidos del superior. El acto inferior se justifica por razones disciplinarias o de conveniencia ~~oficial~~ Razones que conducen en definitiva al mantenimiento de de ~~terminada~~ armadura política, como objetó PELLEGRIMO ROSSI:

"La cuestión de la obediencia pasiva es una de aquellas que más han abusado las pasiones políticas y el espíritu de partidos; unos por aflojar todos los vínculos de orden de subordinación y de dependencia militar y policiva; otro por convertir al soldado en una máquina destinada a servir al despotismo".<sup>26</sup>

Asunto que se agrava cuando las luchas sociales masivas sacuden el

---

26

ROSSI, Pelegrimo, en Ibid, pag. 182

orden viejo y pretenden destruirlo, no como antes a un usurpador, si no cambiando la estructura económica fundada en la explotación del trabajo.

- El de las bayonetas pensantes, opuesto al anterior, según el cual, los subordinados tienen facultades de calificar las órdenes recibidas. Solución aceptable por que acaba con la disciplina, sobre todo en los cuerpos armados. No debe pasarse por alto que la orden de autoridad no sólo proviene de los superiores de estos cuerpos, sino que se refiere igualmente a todos los casos en que un superior adopta decisiones para que otros las cumplan.

- El intermedio, que es el más adecuado a una doctrina justa y a la realidad normativa Colombiana. Consiste en distinguir entre la ilegalidad manifiesta y la no manifiesta, La orden del superior con tentativa de una ilegalidad no manifiesta, hace pensar que el inferior obra de buena fé y que es por eso mismo inculpable. Pero la responsabilidad recide en el superior que imparte la orden.

Para que la orden justifique la conducta de quien por obediencia ejecuta un hecho delictuoso se requiere que proceda de autoridad competente y se imparta dentro de los límites y con las formalidades legales; Que sea legítima, lo cual presupone una clara relación de dependencia o subordinación gerárquica entre el superior que dá la orden y el inferior que la obedece. De ésta manera la relación en cuanto

a responsabilidad del que está supeditado a su facultad de mandar y la responsabilidad del que obedece en razón inversa de su dependencia del superior; Que no extrañe un hecho notariamente criminal o que por sus características de ferocidad, inhumanidad, barbarie, indignidad, sevicia, cobardía, etc.

Cuando a pesar de la orden el subalterno tuvo conciencia de realizar un delito, no puede dejar de ser imputable, pues la orden del superior es una excusa legítima cuando ella indujo al agente en la creencia razonable de no delinquir.

### 8.3. EJERCICIO DE UN DERECHO DE UNA ACTIVIDAD LICITA O CARGO PUBLICO

La causal de que trata el numeral 3o. del art. 29 permite, declarar justificada tres clase de conducta cuando en ella se descubra la adecuación exterior de tipo penales. La práctica de un derecho, el desempeño de una actividad lícita y el ejercicio de un cargo público siempre que sea legítimo.

Además el ejercicio de actividades lícitas de las cuales resultan , lesiones como en los deportes y el tratamiento médico quirúrgico ya no se estudian entre las justificantes supralegales, como debía hacerse con el código de 1.936, pues están vinculadas efectivamente, a la Ley Penal, con lo que ésta gana en claridad y comprensión.

Las tres circunstancias defieren de las descritas en los numerales 1o y 2o. así: respecto del primero, porque éste supone el deber de cumplir una tarea o una obligación de que legalmente es depositario el agente; respecto del segundo, porque en él se imparte una mandato con autoridad suficiente para ser obedecido por otras personas. Quien se acoge a facultades legales para precaver su derecho, despegarse en ocupaciones lícitas o en desarrollo de funciones propias del cargo, no satisface deberes con el rigor de la primera causal, ni recibe órdenes como en la segunda. Su gestión no es exigible imperativamente, toda vez que pueda adelantarla o no, según su voluntad. El abandono de una atribución oficial es delictivo con arreglo a las previsiones expresas

### 8.3.1. LEGITIMO EJERCICIO DE UN DERECHO

Se ha visto que la Ley impone deberes, cuyo cumplimiento se justifica. De otro lado, reconoce también derechos y su ejercicio no puede ser antijurídico si se adelanta dentro de las condiciones adecuadas, aunque la actuación conlleve aparentes a los intereses ajenos. Es la esencia de la primera causa de justificación descrita en el numeral 3o. En tiéndese que quien dispone una facultad derivada del ordenamiento jurídico general, también puede hacer uso de los medios dirigidos a la realización correspondientes.

Se encuentran en ésta situación aquellos a quienes asiste capacidades legales para imponer medidas de disciplina de ciertas organizaciones,

privadas. Se encuentran en igual situación quienes obstaculizan el ingreso a lugares privados mediante hierros o vidrios en muros, si ocasionan daños o lesionan quienes pretendan pasar por allí, trátense de personas interesadas en penetrar en el domicilio o de sujetos ajenos, por completo.

La autorización jurídica de pretender ésta definida en el Código Civil. Los arts. 262 y 263 facultan al padre, la madre y a cualquier otra persona encargada de cuidar personalmente al hijo, para corregirlo y castigarlo, incluyendo la pena de detención en un establecimiento correccional, hasta por un mes. Sin embargo, el castigo ha de ser moderado. De no existir estas atribuciones sería lícita, por ejemplo, la prohibición de salir de la casa y lo sería también las durezas materiales causantes de malestar y aún de sufrimientos en el menor. Los excesos de responsabilidad de acuerdo con el art. 30.

### 8.3.2. ACTIVIDAD LICITA

El texto Español, conforme al cual se redactó el Colombiano, se refiere a la práctica de un oficio, con lo que circunscribe la justificante a las ocupaciones habituales del sujeto, incluyendo en ellas su profesión, es decir, el trabajo que requiere conocimientos especiales en determinadas ciencias o arte. El numeral 3o. de la norma en estudio es más amplio, pues extiende el derecho a las actividades en cualquier sentido, sin que el agente las cultive con el estudio o la prác

tica habitual, sin que constituyan su profesión. Basta que sea actividades lícitas, ó sean permitidas por la moralidad corriente , y mejor aún autorizadas por la ley. La licitud de que se trate no es unicamente la respaldada en disposiciones jurídicas, sino las que refrendan las costumbres de una comunidad, un grupo o clase social. Aunque las actividades lícitas sean tan numerosas como pueden ser lo las necesidades, las aficiones o los gustos colectivos, la doctrina se detiene particularmente en las de la Abogacía, la Medicina y el deporte.

### 8.3.3. EJERCICIO LEGITIMO DE CARGO PUBLICO

La última parte del numeral 3o. justifica la conducta de quien afecta o pone en peligro intereses jurídicos cuando procede en ejercicio legítimo de un cargo público.

El sujeto debe ser empleado oficial, no como en los numerales 1o. y 2o. que pueden ser también un particular, y a diferencia de esas justificantes, el funcionario no está compelido a cumplir el deber num 1o., ni a obedecer una orden num. 2o., Se limita a desempeñar , funciones adcritas al cargo, que bien pueden omitir, como sucede , con el agente de la autoridad en caso de flagrancia, que deja de penetrar en el domicilio del fugitivo, esperando aprender lo mismo , por medios distintos. El art. 24 de la constitución lo faculta, pero no lo obliga a violar el domicilio. Si lo hace el acto es lícito

y, consecuentemente justificado. Si no lo hace, puede responder por omisión. Pero carece de atribuciones para emplear la fuerza, pues la Constitución se refiere a introducirse por los conductos normales o por otros que no impliquen destrucción. El ejercicio del cargo debe ser legítimo tanto como el cargo mismo. La legitimidad de uno y otro proviene de la Ley. El sujeto debe tener la investidura de empleado oficial y la competencia para la actuación que cumple.

#### 8.4. LEGITIMA DEFENSA

De ésta causal trataremos más adelante.

#### 8.5. EL ESTADO DE NECESIDAD

Se presenta un estado de necesidad cuando colisionan varios bienes, o varios deberes, en forma tal que pueda salvarse solo un bien y únicamente mediante el sacrificio del otro, o que solo pueda llenarse un deber al precio del incumplimiento del otro.

El numeral 5o. del art. 29 del estatuto vigente funda la justificante en la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno. Sobre la necesidad se ha expuesto lo pertinente a propósito de la legítima defensa. Ya no se trata simplemente de salvar un peligro que corra la empresa, sino de proteger un derecho de ésta o de otra. La idea, de salvar es apenas la de librarse el riesgo, colocándose en seguro

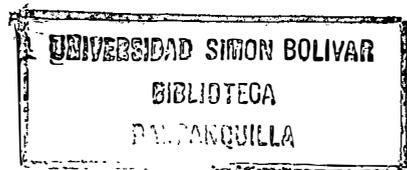
contra él o evitándolo. La de proteger es más que eso, pues significa tanto como comparar, auxiliar, favorecer y defender. Es un concepto que exige acción, enfrentamiento con el conflicto, es decir con la necesidad.

La salvación de la persona, en la Ley derogada, implicaba una reducción de posibilidades; o al menos era la noción que directamente se deducía del texto, pues no siempre se aceptó que la persona es un conjunto de atributos naturales, sociales, económicos, jurídicos, psicológicos, y culturales, como no siempre se aceptó que podía ocasionarse un daño al interés ajeno tratando de librarse del riesgo, propio cualquiera que fuere el derecho afectado. Ahora, con la fórmula de proteger un derecho, esto es, cualquier clase de derechos, propios o ajenos, la disposición ganó en amplitud, y ya se ha visto cuales son esas facultades susceptibles de protección o defensa.

La vieja norma exigía que el peligro grave e inminente. La nueva cambió la gravedad por la actualidad o inminencia. La gravedad era difícil de apreciar, pues dependía de muchas circunstancias tanto, personales como objetivas. En cambio, la inminencia tiene significaciones más ostensibles.

#### 8.5.1. NECESIDAD COMO ESTADO

En términos generales, el estado de necesidad es un conflicto que



se impone al hombre, sin que éste lo haya buscado, del cual no sale sino sacrificando derechos e intereses ajenos.

Se le llama estado, porque ordinariamente la persona debe enfrentar no un acontecimiento circunstancial, sino un hecho de cierta permanencia, que por eso mismo avasalla su voluntad y lo obliga a soluciones no buscadas, aún que a veces se esperen como probables según el proceso en curso. Cuando la norma habla de estado, indica, tanto por la inspiración doctrinaria, como por el significado gramatical, en éste punto coincidente, algo que no es meramente incidental o episódico, sino que aparece ligado a antecedentes conocidos y aún actuados.

El estado, es el modo actual de ser una persona o cosa, la forma en que se manifiestan las relaciones externas de los hombres. Ese es el significado status, y así deben considerarse ciertas actuaciones comúnmente más allá de lo instantáneos.

#### 8.5.2. DIFERENCIAS CON LA LEGITIMA DEFENSA

La diferencia recide en estos cuatro puntos: La legítima defensa es respuesta a una agresión, mientras que el estado de necesidad, responde a ese peligro provocado por otro, la reacción defensiva puede suplantarse por otros medios, la fuga por ejemplo; al paso que el riesgo en el estado de necesidad no puede evitarse de otra manera ,

que enfrentándolo; la defensa legítima se configura intencionalmente sabiendo lo que hace y previendo las consecuencias, y el estado de necesidad deja de existir cuando el agente ha ocasionado el peligro intencionalmente o por su actuación imprudente; en la legítima de fensa no se toma en cuenta ningún deber jurídico en el que ataca ni en el que rechaza la agresión y el estado de necesidad si hay que considerarlo para excluir la justificante cuando el agente afronta , el riesgo por que es su obligación.

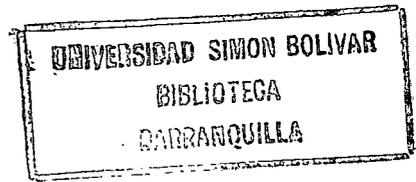
### 8.5.3. REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

#### 8.5.3.1. PELIGRO ACTUAL O INMINENTE

Sobre la actualidad o inminencia del peligro son pertinentes las consideraciones que se hagan cuando hable sobre la legítima defensa, con la salvedad de que en el estado de necesidad el riesgo para el derecho propio o ajeno no se proviene de agresión injusta.

#### 8.5.3.2. RIESGO PARA UN DERECHO PROPIO O AJENO

ES indudable que en la legítima defensa tiene mejor derecho al injustamente agredido y por esa razón no sólo puede defenderse sino de serfendido, no ocurre lo mismo, en el estado de necesidad. Cuando 2 o más personas se encuentran en grave e inminente peligro a consecuencia de un incendio o de otra calamidad semejante, tienen igual dere



cho a sobrevivir. En tales circunstancias la persona amenazada por el peligro no sabría cual o cuales debería salvar y cual o cuales sacrificar. De ahí que la cautela con que deben obrar los jueces cuando se alega la defensa de terceros, debe ser aún mayor cuando el imputado a prensa a ampararse en estado de necesidad para salvar a otro de un peligro grave e inminente.

El criterio derivado de las relaciones de parentesco, dependencia, amistad, solidaridad, etc, es particularmente útil en éste caso, pues 2 personas aunque expuestas al peligro tengan igual derecho a salvarse, desde un punto puramente objetivo, es lo cierto que para quien interviene en el salvamento tienen mejor derecho al aspecto subjetivo su pariente o cónyuge, su amigo o su protegido. Cuando no intervengan estas o parecidas circunstancias, el juez debe ser particularmente exigente en la prueba de la excepción de irresponsabilidad.

#### 8.5.3.3. LA INEVITABILIDAD DEL PELIGRO

Peligro inevitable es el que forzosamente debe ser enfrentado, sin que pueda denunciarse ante la autoridad, ni solicitarse ayuda de otras personas, ni eludirse con la fuga. La inevitabilidad significa, que la lesión jurídica o material es la única solución para proteger, el derecho ajeno o propio. Sin embargo, éste requisito no tiene en todos los casos igual validez, porque habrá algunos o muchos en que es inútil recurrir a la autoridad, pues ésta nada hace o nada puede ha

cer, como en el ejemplo de las enfermedades que reclaman auxilios urgentes, dinero o atenciones médicas especializadas, que o no fundionan o son muy incompletas en el centro hospitalario.

Alfonso Reyes confirma:

" Aunque el fenómeno de la inevitabilidad del peligro debe examinarse con criterio objetivo, como todas las causales de justificación, no puede el juez, al evaluar la conducta de actor, pasar por alto el examen de las circunstancias que rodearon el hecho en el momento en que se verificó.

Tiene que actuar, entonces, con criterio jurídico ex ante para mejor comprender la situación, que debe enjuiciar. A éste propósito recomienda, Peco, en su proyecto del código penal, que la conducta del necesitado se valore no con el ánimo del juzgador fuera del peligro, sino con el ánimo del necesitado envuelto en él". 27

A lo cual debe agregarse; no es lo mismo estar en la selva, que leer, el relato de cuanto ocurrió el ella. No es igual sufrir directamente el siniestro que verlo en televisión; no son equipables las reacciones del criterio y las del autor, ni las del enfermo y el médico, ni las del hambriento con las del bien nutrido.

#### 8.5.3.4. LA CAUSACION DEL PELIGRO

---

27

REYES, en Ibid. pag. 229

El texto vigente eliminó las controversias sobre si en la obra propia contenida en el art. 25 del Código de 1.936, incluía los peligros causados por culpa del agente, ya que la frase sí se refería a los comportamientos dolosos. Los culposos eran materia de discusión.

El asunto está resuelto definitivamente, porque la Ley en vigor no permite reconocer el estado de necesidad cuando el agente ha causado, el peligro intencionalmente o por imprudencia. Es decir, cuando ha querido el evento dañoso, habiéndolo conocido previamente, y cuando su conducta ha sido imprudente. Nada más que imprudente, pues las restantes formas de la culpa no se menciona en la disposición. De modo que quien obró con culpa inconciente o con simple negligencia, y como resultado de su acción se produjo un siniestro, le asiste la justificante. Romero Soto, recordó al discutir el proyecto de 1.974, el derecho que tiene de protegerse quien provocó el juego en su casa mediante una imprudencia, inclusive grave, como arroja la cerilla en un montón de paja. Ese sujeto no sería autor de hurto si se apodera del extintor del vecino.

Si el dueño de un barco ordena hundirlo, no puede alegar la justificante en el caso de que él mismo caiga al agua por conseguir el dueño de barco se ha colocado en situación abiertamente antijurídica porque, aunque sea suyo, está destinado a un servicio social de transporte. A menos que se trate de una embarcación dedicada exclusivamente al placer de su propietario.

El padre de familia, que pudiendo, no quiere trabajar y por hecho, coloca a sus hijos en peligro de morir de inanición o por enfermedad tampoco está amparado por la justificante si hurta para procurarles los medios de vida.

#### 8.5.3.5. INEXISTENCIA DE DEBERES JURIDICOS EN EL AGENTE

La tercera exigencia es la de que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro. Es indispensable pues que no esté obligado a la actuación correspondiente. Si el riesgo es uno de los que corrientemente debe desafiar por razón de sus funciones, o del cargo, que desempeña, o de los compromisos públicos o privados aceptados a cualquier título, no puede excusarse de hacerle frente sacrificando, en esa tarea el interés ajeno.

La Ley derogada se refería al peligro que no deba afrontarse por obligación profesional. En ese caso, el agente carecía de facultades, para ocasionar daños, entendiendo por riesgo profesional el que prevenía de las actividades llamadas liberales y también el que significaba aplicación a cualquier empleo u oficio público o particular. En la Ley vigente se amplía las obligaciones a todos los campos de modo que se encuentran inhibidas para destruir o afectar cualquier bien o derecho la persona comprometida por la norma jurídica en sus más generales entendimientos, Ley, Decreto, Reglamento, Convenciones particulares o relaciones de familia.

El deber jurídico debe estar proporcionado con el riesgo. A nadie se le puede exigir que vaya más allá de cuanto exigen los compromisos ; adquiridos. Así en lo público como en lo particular. Para proteger un adorno de salón no podrá pedirse al bombero que renuncie a su vida. Tampoco, puede imponerse al marinero que afronte la muerte por salvar un bulto de mercancías. En cambio, un empleado de transporte, tiene derecho de procurar su salvación de preferencia a la de : cualquier persona, en caso de siniestros pues entre los deberes de su oficio no está el de afrontar esos riesgos..

## 9. NOCIONES SOBRE LEGITIMA DEFENSA

Se puede defender legítimamente los bienes, el pudor, la libertad, etc

Cuando se ataca o se violentan cualquier derecho de los reconocidos , al hombre, es admitido al contra-ataque, hacia el injusto agresor. La legítima defensa es más natural que positiva, por que el hombre desde lo que es, se defiende del peligro que lo acosa. Las leyes recogen esas posiciones humanas para encuadarlas dentro de la formación jurídica. El que se defiende legítimamente, parece cometer un hecho punible sino fuera porque se desintegra por la justicia del contra-ataque.

### 9.1. SU IMPORTANCIA

Como causal de justificación del hecho predomina sobre las demás, con sidérase que la legítima defensa es la más significativa de las justificantes. La justificación es por excelencia, y así ha sido considerada en los diversos códigos penales, art. 29 del Código Penal Colombiano de 1.980.

Claro que en el transcurso de la humanidad, las instituciones han reco

nocido para proteger diversos derechos. Unas veces la vida, otras el pudor; otras los bienes. Y como anoté atrás, todos los derechos con sagrados en los códigos modernos. Ese avance se nota en el Código , que entró a regir para Colombia en el 29 de Enero de 1.981.

El hombre ha buscado con ahinco la justo y lo injsuto; lo bueno y lo malo y ha descubierto que la libertad solo exige para hacer el bien, aplicar la justiiica. Por lo tanto es legítimo el rechazo a la justi cia, a la maldad. Entonces el hombre cuando se defiende protege el derecho, la sociedad y en general el Estado.

Cuando se rechaza una agresión, siempre que ello se haga dentro de los límites fijados por la Ley, lo que en realidad ocurre es quien , se defiende reemplaza al Estado, que en esos momentos no puede pres tarle protección, como que él tiene obligación de proteger a todos , los seres humanos en todos sus derechos, con especialidad, dice la Constitución Colombiana, la vida, la honra y los bienes.

## 9.2. LA LEGITIMA DEFENSA EN DIVERSOS PUEBLOS

En la India, existe el principio de que quien mata con justicia no es culpable. Inclusive se institucionaliza el deber de matar; un hombre debe matar; sin dudas a cualquiera que se arroja sobre él para matarlo, sino hay medios de evitarlo, incluso si el atacante es un jefe o un niño, o un viejo, o un anciano versadísimo en las sagradas escrituras. -Leyes de Manú- Indica que el sujeto pasivo de la defen

sa legítima puede ser cualquiera sin respetar rango o condición.

En otras legislaciones como la Egipcia, se permiten no solo la defensa personal del agredido sino la de un tercero. Lo propio ocurre en Atenas, haciendo extensivo el rechazo al ataque, al pudor.

El art. 25 del Código Penal Colombiano de 1.936, seguía en cuanto a los bienes protegidos, la normación Romana, en la que impera la tutela a la integridad personal, al pudor y la propiedad, cuando el ataque peligró la vida. El rechazo al ladrón nocturno y al extraño, diurno que ataque con armas en el hogar. Pero en sí viene hacer una legítima defensa de la vida o de la integridad personal, más que de los bienes. Ya en la Ley Cornelis se estableció una moderación en la defensa, es decir, la necesaria para rechazar el ataque. Se vislumbra ya el castigo al exceso en la defensa.

La Lex Aquilia, eximía la responsabilidad penal y civil al defensor de la víctima.

Es que la defensa legítima es tan vieja como el hombre, es derecho natural que el Estado vino a regular como ya se esbozó en un párrafo anterior; tanto es así que Ciceron expresó: "Es ésta una Ley innata, no escrita, que recibimos de la naturaleza misma".<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup>

CICERON, citado por COLOMBIA. POLICIA NACIONAL, Revista mensual, No 187, año 12, Italgraf, Bogotá, 1.981, pag. 14

En el derecho Germano, existió una especie de Ley de Talió, pues el hecho de alguien dar muerte a otro hombre, justifica la muerte del matador. No permitía sin embargo que se matase al que dió muerte al ladrón, al adúltero, o al incendiador.

En el derecho Canónico, se estableció, cuando era necesaria, y no evitable de otra manera. Inclusive si el atacado podía huír, debería hacerlo. En tiempos más avanzados establecía la huida cuando ella no fuera motivo de deshonra para el fugitivo. Sin embargo, éste derecho ha avanzado lo suficiente para fundamentar la existencia de la institución defensiva, partiendo de los principios cristianos, y teniendo presente el derecho natural, lo que bueno y lo malo, los fundamentos difundidos por Santo Tomás y los eclesíasticos en general; evolucionando en la defensa legítima de la vida, de los bienes de terceros y del honor.

### 9.3. DEFINICION DE LEGITIMA DEFENSA

Difícil es dar una definición que englobe el concepto con sus limitaciones, agresión, rechazo, bienes agredidos, necesidad, proporcionalidad, derechos propios o de terceros, etc. Pero tampoco es imposible. Los autores han dado varias, conforme al concepto que de la legítima defensa se tenga o de acuerdo con las diversas legislaciones sobre la materia.

Para ilustración, transcribiré algunos:

Luis Jimenez de Asúa, expres: "La repulsa de la agresión antijurídica, actual e inminente por el atacado a terceras personas contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios para impedir la o repelarla".<sup>29</sup>

Eugenio Cuello Calón tiene éste concepto: "Es la defensa necesaria, para rechazar una agresión actual e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor".<sup>30</sup>

El Doctor Federico Estrada Velez, coautor del Código Penal de 1.980 trae ésta tesis: " El ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado injustamente".<sup>31</sup>

El Dr. Luis Eduardo Meza Velasquez, profesor Universitario, expresidente de la Corte Suprema de Justicia, tratadista de renombre, considera la legítima defensa como : "El derecho del individuo a rechazar con la fuerza las agresiones injustas, cuando el Estado es inoperante".

---

29

JIMENEZ DE ASUA, en Ibid. pag. 16.

30

CUELLO CALON, Eugenio, en Ibid, pag. 16.

31

ESTRADA VELEZ, Federico. en Ibid. pag. 16

portante para proteger el derecho". 32

Como puede verse todas las definiciones se refieren a protección de derechos sin especificar a cuales protege. Se habla de rechazo necesario y proporcionado al ataque actual inminente e injusto. De manera que todas concuerdan en el fondo. Se menciona al derecho como importancia para en determinado momento defender las prerrogativas de las personas, quienes se defienden legítimamente no merece castigo, porque está en ejercicio de un derecho para proteger otro que vulnere un injusto agresor.

Hay un aspecto negativo de la antijuricidad, se comete un hecho típico, pero conforme a derecho. El que se defiende sabe lo que hace conoce el contenido moral de su proceder, por eso tiene conciencia, del contra ataque. Pero el fin es antijurídico, dicen los tratadistas del derecho moderno.

#### 9.4. TEORIAS SOBRE LA LEGITIMA DEFENSA

George Vidal, reduce a dos clases las teorías generales sobre la naturaleza de la legítima defensa:

---

32

MEZA VELASQUEZ, Luis Eduardo, en Ibid. pag, 16

Las que no ven en la legítima defensa sino una excusa de impunidad, y

Las que ven en el instituto el ejercicio de un derecho y una causa de justificación.

Las primeras presentan tres variantes: -el hecho queda impune debido a que el defensor actuó bajo un constreñimiento síquico que le impidió el libre ejercicio de su voluntad. - el mal intentado por el agresor debía retribuirle por el mal causado por el agredido; - el atacante representa una fuerza indigna de consideraciones y puede ser sacrificado por la fuerza más importante del atacado".<sup>33</sup>

#### 9.4.1. LA TEORIA DEL CONSTREÑIMIENTO SIQUICO

Esta teoría se debe a Pufendorf, explicó la defensa individualista, por el estado anímico del ofendido. El acto de éste responde a una especie de constreñimiento físico. Tal doctrina es falsa, porque si es verdad que el que se ve atacado por otra siente un trastorno, el desequilibrio consiguiente no es el que justifica su contra-ataque, sino la necesidad de defenderse, que aún pueda ejercerse a sangre fría.

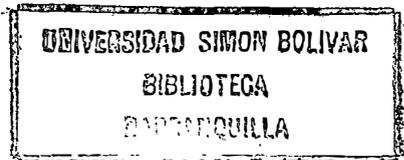
#### 9.4.2. LA TEORIA DE LA RETRIBUCION DEL MAL POR EL MAL

Débase a Geyer, plantea que la represión pertenece por entero al es

---

33

VIDAL, George, citado por Perez, op.cit. pag. 199



estado y que la defensa privada es esencialmente injusta. Esta defensa no se convierte en derecho por el solo imperio de la necesidad.

Quien se defiende no es inculpable, sino apenas impune. La razón de la impunidad estriba en la completa igualdad de la agresión y la reacción, la retribución o compensación entre el mal del que ataque, y el mal producido por la defensa.

No se puede establecer equivalencias entre simple agresión reducida a amenazas y la reacción homicida. La legítima defensa no debe ser confundida con la represión ya que ella no constituye un derecho de castigar ejercido por el particular, sino el derecho de conservar un bien atacado.

La tercera teoría tradicional esto es: La del sacrificio del interés menos importantes, fué expuesta por Von Buri, así:

" Entre dos intereses que entran en colisión y de los cuales una ha de ser conservado a costa de la destrucción del otro, el Estado permite sacrificar el menos importante Cuando hay un agresor injusto, el derecho de éste termina al entrar en conflicto con el derecho de la víctima de la agresión y debe ser sacrificado". 34

---

34

VON BURI, en Ibid, pag. 199

La pérdida del derecho del agresor había sido afirmada antes por Kan, cuando dijo que: "La agresión injusta despierta contra el agresor todo lo que es necesario a la defensa de la persona atacada; aquel, al violar el deber que tenía de respetar la vida de ésta, ha perdido el derecho a que la suya se respete". 35

#### 9.4.3. SEGUNDO GRUPO DE TEORIAS

Los sistemas que ven en la legítima defensa no solo un derecho, sino un deber, comprenden a su vez varias doctrinas, una de ellas es el de la anulación de la injusticia, expuesta por Hengel, y que fué el punto de arranque de todos los principios modernos sobre el tema, especialmente porque se funda en la necesidad. Siendo el ataque injusto una negación del derecho, la defensa es la negación de ésta negación y busca anular la injusticia.

" Si la vida es la expresión más simple y concreta de la totalidad de los fines humanos, dice Sebastián Soler, sintetizando el pensamiento de Hegel no puede negarse a aquella en caso extremo peligro, el derecho no dá la mera facultad de sacrificar el bien jurídico de otro.

La vida como forma concreta, tiene un derecho frente al derecho abstracto, pues negarle a la vida el atributo de autoconservación, importaría considerar el hombre como carente en general de derecho, y llevaría a negar su libertad".36

---

35

KANT, en Ibid, pag. 94

36

SOLER, Sebastian, Ibid, pag. 199

Otras de las doctrinas es la Cesación del derecho de castigar, fundada en que la legítima defensa es una facultad y un deber, es la de la cesación del derecho de castigo, denominada también de la defensa pública subsidiaria, sostenida por Carrara. El fundamento del Instituto, es la cesación del derecho social de castigo, función que termina cuando la defensa privada puede ser eficaz y la pública es insuficiente o carente de poder.

En otras palabras, la función de la pena tiene un carácter completamente, siendo fundamental y anterior a éste el derecho privado de defensa, de modo que cuando el aparato público está incapacitado para actuar, la defensa individual recobra todo su imperio. Carrara dice:

" Cuando yo defiendo mi vida o la ajena del peligro de un mal injusto y grave, que no se puede evitar de otra manera, y que amenaza a la persona humana no tengo necesidad de excusa; pues ejerzo un derecho, o por mejor decirlo, un verdadero y sagrado deber, como lo es la conservación de la propia persona. Sería un delito horrible castigarme.

Es un insulto, producto de la ignorancia o de la crueldad, decirme que se me conceda una excusa. El deber de defenderse, es posición difícilmente sostenible. El orden jurídico deja al sujeto la libertad de defenderse o no, lo cual se comprueba, con la enexistencia de sanciones para quien deja de hacerlo" . 37

Otra de la doctrina es la positivista, ésta teoría fué formulada inicialmente por Ferri, luego por Fioretti, Zerboglio y Florían, entre otros. La defensa es legítima, y como tal constituye un derecho, por que la reacción de la víctima de un ataque injusto obedece a motivos jurídicos y sociales. La agresión revela temibilidades en quien la promueve, y el que la rechaza se propone un fin no peligroso. Por consiguiente, desaparece la utilidad del castigo para éste. Todo cuanto tiene a eliminar junto con el peligro para el agredido, las fuerzas criminosas del agresor, redundan en interés de la sociedad.

La acción defensiva es el ejercicio de un derecho, no menos que la pena inflingida por la autoridad judicial. Una buena legislación penal habrá de hacer todo lo posible por favorecer el noble valer de quien, en su propio derecho, defiende también el de la sociedad.

En definitiva, la más poserosa corriente en lo que concierne a la naturaleza del instituto, es la compuesta por quienes sostienen que la legítima defensa es un derecho sin que pueda suscribirse la tesis positivista basada en la peligrosidad del atacante y en la sociabilidad del agredido.

#### 9.5. SUJETOS .ACTIVOS Y PASIVOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

- SUJETO ACTIVO: quien tiene la facultad de defenderse o proteger a terceros, es la persona humana, sin distinción de sexo, estirpe o

condición, a excepción de los sujetos que no tienen capacidad jurídica penal, como los inimputables o menores. Afirman quienes tal tesis sostienen, que el loco no puede ser sujeto activo de legítima defensa, ya que su acción al defenderse, es solo comparable a la del perro que muerde al que le dá un patada o punta pío. Entonces se le debe eximir de responsabilidad, pero no considerar que obró justificadamente por faltar la capacidad de comprensión. Pero la posición no es acertada si el inimputable es capaz de cometer hechos antijurídicos, es también capaz de defenderse, porque la defensa es objetiva o real aún cuando el ánimo de defensa no se presente en forma amplia en el inimputable. Es que en él no ha desaparecido el instinto de conservación. En cuanto al menor de edad, no se aviora el porqué no se le puede encuandar dentro de la legítima defensa cuando así obre. Una mujer de 14 años de edad, que rechaza violentamente a quien trate de abusar de su pudor, indudablemente ha cometido un hecho justificado, si el contra-ataque ha operado en los cuadros legales. Sería discriminación odiosa, pues el imputable quedaría eximido de perjuicios civiles por obrar en legítima defensa, art. 30 del Código de Procedimiento Penal, y el inimputable no, porque la eximente de responsabilidad no revela de perjuicios civiles.

Las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de la legítima defensa en consenso general. No son imputables de delito. Las personas que gozan de inmunidad por razón de su oficio, pueden ser sujetos activos de legítima defensa, como los Reyes, Papas, Emperadores,



Embajadores, Presidentes y otros que gozan de extraterritorialidad penal por cuanto son sujetos que tienen capacidad penal aunque privilegiadas. Pero no es que por su investidura actúen por encima del derecho, sino conforme a él, al rechazar como todos una agresión actual e injusta.

- SUJETO PASIVO: La legítima defensa cabe contra la persona humana, bien sea imputable o inimputable, no importa que dichas personas goce de ciertos privilegios. El inimputable puede cometer hechos anti-jurídicos, aunque sean inculpables. Si puede atentar contra los derechos, debe existir la defensa contra él. Quien rechaza la agresión de un loco o de un menor de edad penal, lógico que se defiende legítimamente si se reúnen los requisitos legales.

#### 9.5.1. DEFENSA DE TERCEROS

El sujeto activo de la causal de justificación lógicamente puede rechazar el ataque a su propia persona o a los derechos de la misma, por quello del instinto de conservación. Pero también se puede ejercer esa defensa frente a terceros, ya estén vinculados al sujeto activo o no lo estén, pues, es solidaridad de la persona humana con la comunidad. En lo pertinente a la defensa legítima de la persona jurídica, puede ocurrir ya que ella es sujeto de derechos como el de propiedad, que necesita amparo de la defensa privada.

Se podría defender un cadaver? Se dice que ha de ser persona. Pero si la defensa legítima puede ejercitarse frente a cualquier derecho, parece que si se perfilará porque el sentimiento espiritual de los deudos y de la comunidad en general hacia los difuntos, forman el honor de los muertos, que en resumen sería lo defensible, irrespeto a cada veres, art. 297 del Código Penal de 1.980.

#### 9.6. DEFENSA LEGITIMA CONTRA ACTOS ARBITRARIOS DE LAS AUTORIDADES

Esa defensa se ha cuestionado por ser difícil determinar a priori o en principio, cuando la actuación es abusiva, ilegítima o injusta, art. 152 y s.s. del Código Penal de 1.980. Pero indudablemente que calificada la conducta de la autoridad como abuso manifiesto, es de recibo la legítima defensa. Los revolucionarios franceses afirmaban, la resistencia a la opresión y consagraron el sagrado derecho a la rebelión. También Santo Tomás de Aquino, defendió el derecho de resistir al tirano, aunque para ello se necesite la violencia. Claro que si se concede prodigamente ese derecho, se pone en peligro la tranquilidad pública y la existencia de la autoridad. Ha nacido del concepto de resistencia al tirano, la legítima defensa social contra el despotismo de la autoridad estatal. De esa manera se vienen la rebelión, y otras conductas que atentan contra el régimen constitucional y legal. Si los alzados triunfan, no habrá castigo y los hechos no serán considerados como punibles, se darán al régimen adecuados a sus pretenciones. Si fracasan, pasarán a la calidad de reos. De to

das formas una resistencia con ideales nobles, sociales, trata de destruir al régimen político de opresión. Entonces podrá hablarse de legítima defensa cuando hay un golpe de Estado dirigido contra un gobierno dictatorial. Parece que desde ningún punto de vista puede sostenerse esa tesis precisamente porque dicha manera de actuar no encajaría en el régimen existente, como se vió.

#### 9.7. NECESIDAD DE LA DEFENSA

El texto que consagra la causal de justificación, habla de la necesidad de defender un derecho. Algunos consideran que la necesidad es requisito básico de la defensa. Constituye el fundamento jurídico de la causal. Sin embargo, otros no comparten el criterio y dicen que basta con la inevitabilidad del peligro; que no hay otro medio de evitar el ataque, porque si lo hay, no es necesario el rechazo. Pero es que la necesidad hace relación a lo inevitable. El peligro puede ser grave o menos grave. Y si existen medios inofensivos de eludir la agresión, deberán emplearse de preferencia, y el que nos usa incurrirá en exceso defensivo, art. 30 del Código Penal de 1.980. Pero debe dejarse en claro que no es obligatoria la fuga ni la súplica. Es que nadie está obligado a humillarse para evitar un ataque. Eso sería deshonesto, como se vió al estudiar la causal en el derecho canónico. La defensa debe entenderse como acción que tiende a rebover, atenuar o eliminar el peligro para el derecho afectado y se dirige contra la persona que lo ocasionó. El agente que se defiende debe obrar con la única finalidad

de evitar o repelar el ataque. Lo que vaya más allá de esa finalidad, es un delito, es hecho punible, porque se desequilibra el concepto, de proporcionalidad.

#### 9.8. LOS DERECHOS DEFENDIBLES

Pueden ser los propios o los ajenos; sin mencionar la norma del Código en vigencia, ningún en particular, como sí lo hacía el Código anterior. En el art. 25 numeral 2o., concretamente la causal de justificación a la vida, la honra o el honor y los bienes. La comisión redactora consideró que cualquier derecho era defensible. La vida, la integridad corporal, el patrimonio, el pudor, la tranquilidad, cuando esté injustamente atacado.

#### 9.9. REQUISITOS DE LA DEFENSA LEGITIMA

El Código de 1.936 exigía los siguientes requisitos para la justificante; una violencia actual; injusticia de esa violencia, peligro para un derecho, un bien, o un interés jurídico; necesidad de defender ese bien, interés o derecho; correlación o proporcionalidad entre el acto violento y el defensivo. El estatuto vigente funda la justificante en la necesidad de defender un derecho., concepto ya explicado y traza estas exigencias para esa situación necesaria; primero agresión contra un derecho propio o ajeno; segundo injusticia de la agresión; tercero actualidad o inminencia del ataque; y cuarto, propor

cionalidad entre el ataque y la reacción defensiva.

#### 9.9.1. AGRESION INJUSTA

La norma anterior se refería a violencia. Pero como ésta implica que el ataque sea irrupción material de tipo violento; una especie de despliegue de energía contra la persona o sus derechos, si ella no se presenta, no oflora la legítima defensa. La comisión que redactó el anterior proyecto de 1.974 consideró mejor el término agresión, que quedó definitivamente en el texto, porque el vocablo es más amplio.

Podría no tratarse de agresión física violenta, sino de amenaza y menciona el caso de la esposa de un Ministro que dió muerte al periodista que amenazó con publicar una serie de documentos que hubieran puesto en entre dicho la moral del esposo y menguado su prestigio político. También el caso de palpaciones indecorosas a una mujer, lo que constituye agresión que bien puede rechazarse con daño de quien así obra. En tales circunstancias los jueces y tribunales de otras naciones han aceptado la legitimidad de la defensa. La agresión puede ser activa o pasiva, no estando comprendida cuando se habla de violencia. Puede existir una agresión omisiva, como cuando se dá ordenes de libertad para un reo y el empleado de la cárcel no la cumple, si el recluso se fugare, obrará en legítima defensa del derecho a la libertad. La agresión es injusta, es decir, sin ningún derecho, lo que implica un término más amplio que agresión ilegítima, la que

solo sería sería ilegal, porque el campo del derecho abarca no solamente las disposiciones legislativas, sino los principios del derecho, incluyendo como fuente original las normas de cultura en general. La agresión injusta puede no constituir un delito, sino vulnerar un interés legítimo.

#### 9.9.2. ACTUALIDAD DE LA AGRESION

Esto indica que quien se defiende, debe repelar una agresión presente, es decir, que realmente ha comenzado. A presión en acción, porque si ha pasado, al operar como rechazo, se trataría de venganza. Si la agresión se vislumbra como futuro, se estaría obrando contra una amenaza y no podría invocarse la legítima defensa para sofocar una amenaza, ya que habría tiempo de recurrir a la autoridad pública en solicitud de protección, y porque el peligro de la amenaza podría no concretarse jamás. El peligro que de persistir, como en el secuestro o cuando el ladrón huye con los bienes. Se puede, en tales casos, obrar en contra-ataque de legítima defensa. Tampoco sería preciso esperar a que comience el ataque al derecho que se defiende. Basta que el mal aparezca como inminente; es decir, próximo e ineludible en la conciencia del sujeto y que éste se sienta la necesidad imperiosa de ejercer la represalia. El mal que se rechaza, puede ser pues, presente o inminente.

##### 9.9.2.1. CASOS ESPECIALES DE ACTUALIDAD O INMINENCIA

Aunque la simple amenaza no dá cabida a la justificación, si es actitud que sirve para reconocerla cuando se efectúe como arma y la reacción es simultánea. Gaitan Mahecha nos dice: " Es obvio que el ademán de sacar el arma, acompañado de manifestaciones dirigidas a intimidar, para el que se defiende es objetivamente una agresión , con mayor razón si el ademán, sigue efectivamente la presentación , del arma contra la persona amenazada".<sup>38</sup>

Aceptáse comúnmente la legítima defensa del banco o de la institución que electrifica sus cajas o depósitos a fin de garantizar mejor la custodia del dinero y otros valores de maera, que se justifica de antemano el daño del que intenta sustraerlo. Más que legítima defensa, la muerte o las lesiones sufridas en uno de los riesgos que corre el ladrón, como puede serlo el de caer en una trampa o ahogarse al atravesar el foso protector de la vivienda que se propone robar. Sin embargo, la jurisprudencia extranjera y varios autores consideran la sustificación porque la actualidad es permanente y solo se mueve el aparato defensivo ante las intromisiones, abusivas de otros.

Queda por resolver si el que cayó electrocutado era un trabajador,

---

38

GAITAN MEHECHA, en Ibid, pag. 208

de la empresa, o un invitado a conocer las instalaciones, o alguien que indirectamente pasó por allí con la debida autorización. Puede presentarse un homicidio o una lesión culposa para quien no hizo las prevenciones, debiendo hacerlas.

### 9.9.3. PROPORCIONALIDAD ENTRE LA AGRESION Y LA DEFENSA

Este requisito demarca los límites entre los cuales se justifica el rechazo. La reacción puede ir tan lejos como es necesario para la defensa real o objetiva de la agresión, pero no más allá de lo que sea absolutamente preciso. Debe existir correspondencia entre la agresión y el rechazo, inclusive en los medios empleados, como en lo relacionado con los bienes puestos en juego o enfrentados. Hay caso en que resulta legítimo matar para defender el honor sexual, como cuando la mujer dispara contra el que pretende violarla, si resulta imposible evitar de otra manera la agresión. Y casos en que la defensa se puede ejecutar con desequilibrio en los medios. Por ejemplo una persona débil que usa un revolver contra el campeón de boxeo, que agrede a los puños. La valoración de la proporcionalidad debe evaluar el juzgador situándose en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas. No podrá decirse que se defienden los bienes cuando se dispara contra el joven que coge una guayaba del solar o una naranja porque hay desequilibrio entre lo ínfimo del bien y la vida.

## 9.10. DEFENSA LEGITIMA DEL PROVOCADOR

Quien provoca incita, irrita, enoja, induce y estimula una reacción, como podrá invocar la legítima defensa para justificar su rechazo al ataque del provocado. En principio no es admisible, pero la jurisprudencia y la doctrina han admitido en ciertos casos la defensa del provocador ante una excesiva preacción del provocado.

Sería el caso de una persona que ofende levemente de palabras a otra persona, y ésta esgrime un revólver para agredir a su ofensor; frente a tal reacción, bien puede operar la legítima defensa. Claro que si el provocador ha ofendido con el fin de que el provocado reaccione y premeditadamente organiza su defesna, no podrá alegarse la causal de justificación.

En términos generales se ha dicho que la agresión es injusta aunque sea provocada por el agredido, en cuanto a la provocación no excluye la ilicitud del hecho. Se acepta la legítima defensa del amante de la mujer casada que es atacado a muerte por el marido. También se dice que la defensa es permitida contra la reacción excesiva, cuando , sobrepasa los límites de la necesidad. Se ha sostenido por los más altos tribunales de jsuticia que contra las ofensas verbales, so ca be una agresión contra la vida, que informe una justificación; en ta les casos, frente al ataque, el provocador puede defenderse. Quien agrede en respuesta a simples palabras, podrá obrar en estado de ira

o de intenso dolor, por graves e injustas provocaciones,, pero no es legítima defensa, art. 28 del código Penal del 1.936 y art. 60 del Código Penal de 1.980.

#### 9.11. LA RIÑA Y LA JUSTIFICACION

De acuerdo con el código penal de 1,936 podría decirse que la riña es un combate en que los contendientes procuran causarse daño, el uno al otro. Como están en un comportamiento antijurídico, no sería viable, la legítima defensa. Sin embargo, en casos excepcionales se admitía la justificación cuando se presentaban un exceso en los medios de ataque, o no hubiera ciertos propósitos o reglas de proporcionalidad.

Cuando la riña se desarrolla a los puños y alguien desenfunda un revólver para disparar, puede contra atacarse para repelar una agresión desproporcionada e injsuta. En el código de 1.980 se irá a las reglas generales porque la figura a que se ha hecho alusión desapareció.

#### 9.12. LA DEFENSA PRESUNTIVA

El segundo párrafo del num. 4o. del art. 29, establece una presunción de legítima defensa en favor de quien rechaza al extraño que intente penetrar o haya penetrado en el domicilio de aquel. La norma reproduce la presunción del art. 25 del estatuto derogado, aunque en forma más sencilla y directa, pues no distingue la penetración diurna y la

nocturna, ni habla de escalamiento y fracturas de cercas, paredes, p  
puertas o ventanas, ni impone al extraño se justifique su presencia,  
ni que oponga resistencia.

La presunción en el código anterior, estaba rodeada de complejidad  
que la hacían inoperante. La redacción del texto actual es más efi  
cáz para la defensa de la intimidad domiciliaria, así como para la  
seguridad y tranquilidad de las habitaciones privadas, y por lo tan  
to para las de los moradores de ellas. Simplemente, dícese que hay  
legítima defensa presuntiva en el rechazo del extraño que se esta  
introduciendo en una habitación, o que ya se ha introducido, si esa  
actividad es indebida o no violento, es la persona que vive en el lu  
gar, o como advierte la norma en su habitación y/o en las dependen  
cias inmediatas de ésta.

La presunción fué eliminada en el proyecto de 1.974 pero restablecid  
en el de 1,978 con el argumento de que también con ese medio debe  
combatirse la inseguridad que hoy soportan los Colombianos, en cami  
nos, calles y plazas; en los sitios de trabajo y en sus hogares; y a  
cualquier hora del día o de la noche, púes, el estado de sitio en  
que hemos vivido desde muchos años, en nada ha mejorado el ambiente  
de zozobra reinante,

#### 9.12.1.LEGITIMA DEFENSA PRIVILEGIADA

Es privilegiada porque la Ley presume que quien se encuentra en las condiciones señaladas por el inc. 2o. del num. 4o. del art. 29 del Código Penal vigente, art. 25 del Código Penal de 1.936, actúa en legítima defensa. Dice el mencionado texto que rige : "Se presume , la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia in mediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione ".

De trata de una presunción legal de legítima defensa, por lo que admite prueba en contrario; esto significa que el presunto agresor o invasor del domicilio, puede demostrar que no aparece algunos requisitos estructurales de la figura, con lo que destruirá la presunción que ampara al supuesto agredido. Es una institución que reglamentaba el Código derogado en protección del patrimonio y el domicilio.

Se autorizaba el rechazo al ladrón nocturno que escalaba o fracturaba paredes, puertas o ventanas de la casa de habitación o sus dependencias inmediatas; y se hallaba en presunción de legítima defensa, también el que rechazaba al extraño que encontrara en su hogar cuando no se justificara en él su presencia y el sujeto opusiera resistencia. No se tenía en cuenta la proporcionalidad, pues se podía causar cualquier daño al intruso. Se consagra, pues un privilegio , en favor del agente que rechaza la supuesta agresión, resultando amparado por una causal de justificación, aunque no haya claridad

en lo referente a la magnitud de la agresión y a la intensidad de la de la reacción.

Más amplia es la disposición del Código Penal de 1,980 porque no solo amparó el patrimonio con la presunción, sino cualquier derecho. Ya la doctrina Nacional y Extranjera había abogado por esa tesis amplificadora. Cuando la Ley se refería al extraño dentro del hogar, so se limitaba el tiempo; podría rechazarse de día o de noche, siempre que o pusiera resistencia, pero es que si eso ocurriera lo que se presentaba con la reacción era una defensa legítima de la vida. En cuanto al ladrón, se presumía que al escalar o fracturar estaba ejerciendo violencia. El rechazo se justificaba como defensa a la privacidad hogareña. El intruso pone en peligro la vida, los bienes y en general los derechos de la familia. Por ello sería necesario que el lugar invadido o que trata de invadir esté habitado, porque si se tratara de casa para alquilar, no operaría la presunción de defensa. Se entiende, por extraño toda persona ajena al hogar, así hace el que no está autorizado para penetrar o intentar hacerlo, por los dueños o moradores, de la habitación. Lo hace en forma arbitraria o clandestina. Intentar es dar principio, ha de pasar de afuera hacia dentro. Penetrar a la habitación, es pasar el umbral de la puerta, arribar a los corredores o compartimientos.

Habitación es el lugar privado donde se mora con la familia o quienes compone el grupo hogareño, pues se entiende por hogar el conjunto de

familia, legítima o natural, que vive bajo el mismo techo. Son también del hogar los criados, los invitados, y los huéspedes. Son dependencias inmediatas de la habitación, los jardines, piscina, prados, campo de juego y similares.

Como puede observarse, el Código Penal nuevo ha variado la presunción sobre todo eliminando el casuismo y la nocturnidad, pero deja la estructura de intentar penetrar, o hacerlo. El rechazo debe ser coetáneo al intento de penetrar o a la penetración misma, cualquiera sea el daño que se cause, en lo cual se conservó similar o idéntica la norma.

Desaparece la proporcionalidad exigida en la legítima defensa objetiva porque la conducta agresiva del intruso, no permite precisar a los ojos del defensor cuál es el derecho concreto, suyo o ajeno, en situaciones de peligro y cual la cantidad de inminente daño, y ante sea incertidumbre, el legislador decidió autorizar reacción defensiva ilimitada.

Estas presunciones han sido criticadas porque si se rechaza el intruso que penetre o trate de penetrar, al domicilio, poniendo en peligro cualquier derecho, quien lo rechaza no hace más que ejercer la legítima defensa común y corriente. Por lo tanto sobra la presunción

### 9.13. DE LA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA

Frente a la legítima defensa real u objetiva, se ha elaborado por la doctrina y la jurisprudencia o relacionado con la defesna subjetiva, o putativa.

Se virtualiza cuando por un error sustancial de hecho, por equivocad dainterpretación de una circunstancia, el peligro cree encontrarse , en la necesidad de defenderse, sin que exista realmente ningún peli gro. Se obra de buena fé en la errónea opinión de que un mal amenaza y de que se está ejerciendo una reacción proporcionada a él y por lo mismo, en condiciones de justificación. No hay en realidad ningún ataque para repelar, pero en la inmaginación se forma real y objetiva mente la reacción.

Para que haya defensa putativa con apariencia de legítima, se necesi tan los mismos requisitos exigidos para la legítima defensa real, con la diferencia de que en ella la agresión se forma en la mente del su jeto, por un error de hecho inimputable en la interpretación de un gesto, ademán, actitud, movimiento o circunstancias inofensivas. Se ría el caso de mi enímigo mortal que veo venir por la calle en direc ción hacía mí. Antes del encuentro observo que se introduce la mano en el bolsillo y en la creencia que va a desenfundar un arma, le dis paro y lo mato. Se comprueba que en el bolsillo solo portaba un pa ñuelo que trataba de extraer para limpiarse el sudor. En la legítima defensa real, el peligro es objetivo, concreto y en la putativa o subjetiva, la necesidad de la defensa es puesta o presunta.

#### 9.14 LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA

Esta institución es hija del maestro Ferri. Ocurrió que dos grupos de sujetos se acometieron simultáneamente y como consecuencia del combate resultaron muertos y heridos. Ante el Tribunal sostuvo el profesor que:

" El conflicto surgió porque, daba la excitación y recelo de todos, alguno creyó ver que por la otra parte se iniciaban el ataque y provocó de ésta suerte la reacción de sus compañeros, mientras que los otros, viéndose atacados, se defendieron a su vez, y presenté el ejemplo del ciudadano pacífico que al entrar en su casa por la noche ve parado al fondo del pasillo, casi oscuro a un sujeto, y pensando es un ladrón, saca el revolver, a consecuencia de ello, el otro, que tal vez estaba allí con propósito amoroso, viéndose en peligro se apercibe a la defensa, y si el equívoco no se elimina rápidamente, uno u otro pueden disparar y uno u otro, encontrarse en estado subjetivo de legítima defensa.

Pero lo que sucede es que uno actúa por error esencial de hecho y no habrá culpabilidad. El otro obra en legítima defensa objetiva ante la amenaza real de quien cree defenderse subjetivamente".<sup>39</sup>

#### 9.15. INSOLITA CAUSAL DE LEGITIMA DEFENSA

El decreto 070 de 1.978 estableció una causal de justificación tan supremante grave que ni los mismos cuerpos armados han tratado de poner en práctica. Dicha norma estableció en su num. 4o. que se jus

---

39

FERRI, en Ibid, pag. 210

tificaba el hecho cuando lo cometían las fuerzas armadas o la fuerza pública, al intervenir en operaciones planeadas para prevenir o reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes. Por manera que si la fuerza pública, mata, lesiona, etc, así no sea agredida no es responsable.

Afortunadamente esta disposición derogada por el nuevo Código, art376 y 378, púes en su orden expresan: "Las Leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en éste código", y "Deróguese el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias al presente Decreto Ley".

#### 9.16. LA GUERRA COMO LEGITIMA DEFENSA EN UN ESTADO

Acaso desde el punto de vista penal, podría la guerra como legítima defensa de un estado.

Al respecto es poco lo que las legislaciones actuales han consagrado, más no con ellos se podría descartar ésta teoría.

Desde épocas inmemorables de la historia de la humanidad, las guerras han sido motivo de diversos analistas sicológicos, y son varios los tratadistas quines explican esos casos.

En la actualidad algunas naciones jóvenes que más concretamente han

logrado obtener sus independencias, se ven de manera frecuente frente a un enemigo común, el imperialismo Yanqui y el imperialismo Soviético, por otro lado. Estas dos superpotencias son las que mantienen al mundo en tensión en cuanto a la posibilidad de ser invadido con el ánimo de expandir el socialismo o el capitalismo.

En el caso por ejemplo; las fuertes batallas sostenidas por la naciente república de Cuba, para mantener su soberanía e independencia a base de sacrificios, de confrontaciones bélicas, del costo de las innumerables víctimas. La guerra en la actualidad puede considerarse como eficaz para la defensa de un Estado, cuando quiera que obedece ella, a una violencia actual e injusta, como en el caso de incursiones a propiedades del Estado y de la comunidad.

Cabe sin embargo, hacer cierta referencia al conflicto que vivió la Argentina y la Gran Bretaña, por el dominio de las Islas Malvinas, ubicadas en el Atlántico Sur, frente a las Costas de la Argentina y distantes de Inglaterra, aproximadamente a unos 500 Kmts, Según los argumentos presentados por la Argentina, las Islas les pertenecen por encontrarse más próximas de sus Costas, que fue lo que originó dicho, de otra manera, movió a Argentina a invadir el Archipiélago Falkland, con sus fuerzas militares y desconociendo la soberanía Inglesa sobre dichas Islas.

Para la Gran Bretaña, que ocupaba las Islas desde hacía 143 años, cu

Los derechos sobre ellas pertenecen a la etapa Colonial, parece ser que la Argentina posee la razón, pero indudablemente esa no era la vía adecuada para obtener su soberanía; ya que existen mecanismos internacionales capaces de resolver esta clase de conflictos, como podemos citar a manera de ejemplo, la O.N.U, la Corte Internacional de la Haya, como también la misma O.E.A.

En concepto de la Gran Bretaña, tuvo que adoptar la legítima defensa de sus derechos sobre las Islas Malvinas, enviando una gran flota de guerra a los lugares donde se quebrantaron sus derechos soberanos, y corroboraron aún más, por la Resolución 502 del Consejo de Seguridad de las Naciones donde censura la actitud Argentina y ordena la inmediata desocupación militar de las Islas Malvinas al Gobierno Argentino, quien no cumplió dicha orden del máximo Organismo Internacional, dando como consecuencia los combates esporádicos al rededor de dicha Islas.

Tenemos Así un caso de Flagrante violación de un derecho de Estado, que responde con la guerra como legítima defensa de su soberanía, que es el último recurso que le queda en los actuales momentos de nuestra historia.

## 10. EL EXCESO CULPABLE

### 10.1. EL EXCESO

El nuevo Código Penal nos dice: "El que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de justificación precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible". art. 30.

No puede haber exceso si antes no se dan las exigencias de cualquier de las justificantes descritas en el art. 29, a saber; el incumplimiento de un deber legal; el incumplimiento de orden legítima de autoridad competente; ilegítimo ejercicio de un derecho; el legítimo ejercicio de una actividad lícita; el legítimo ejercicio de un cargo público; la legítima defensa y el estado de necesidad.

La condición esencial para que se configure el exceso es la preexistencia de una condición objetiva de justificación; una agresión ilegítima; una situación de necesidad; un deber legal de obediencia, un derecho en ejercicio según el caso; de modo que el exceso se refiere a los límites de la acción, no a su inicial licitud. Por eso, púese llamarle exceso a la intencionalización innecesaria de la acción inicialmente,

justificada.

## 10.2. EL EXCESO ES UN DEFECTO DE LA JUSTIFICACION

Con otras palabras, para incriminar por exceso en el ejercicio de cualquiera de las causas de justificación, es preciso admitir que la causal existe, pues se dan en ella las exigencias requeridas por la Ley. Sin embargo, una de esas exigencias resulta hipertrofiadas. El deber se cumplió efectivamntne, pero transpasando sus límites en el tiempo o en las demás circunstancias. La orden se cumplió dentro de las formalidades legales, y a pesar de ser legítimas fué más allá de su contenido. El derecho se ejerció, pero hubo abuso del mismo. La actividad lícita tuvo su despliegue normal hasta que; igualmente, se abusó de ella. El empleado público pasó a la arbitrariedad. La defensa fué más enérgica qu el conflicto. La destrucción o dismi nu ción del bien jurídico 'en el estado de necesidad' fué mucho más gran de que el peligro.

No hay equiparación entre el dispositivo determinante de la acción y la acción misma. Parte de los elementos constitutivos de la justifi cante aparecen dotados de una superioridad que impide su recíproca, correspondencia. El resultado vá más lejos, creando una especie de preterintencionalidad con factores mal desificados por el egente. Este tine entre manos medios más adecuados para protegerse, defende se, cumplir el deber, la orden de ejercer el derecho, y sin embargo

los derrocha originando un defecto peor que el que podía o debía esperarse.

De allí que Carrara, propusiera que: "El exceso, en cuanto es una anomalía en las justificantes, también podría denominarse defecto. En realidad, la mayor prodigalidad de la acción constituye un defecto, que impide configurar plenamente la causal" .40

### 10.3. CASOS DE EXCESO

El exceso no es exclusivo de la legítima defensa, ni del estado de necesidad. Puede presentarse también en la disposición de la Ley, por ejemplo; cuando el guardián dá muerte al preso que pretendía evadirse no obstante haber tenido a su alcance otros medio para evitar la fuga Y en la orden de autoridad, v.gr. el agente de policía ocasiona la muerte del capturado por resistir a seguirlo, pero en estos casos de exceso debe referirse a los medios, no al fin. Si en los ejemplos propuestos, el guardián o el agente de policía aprovecha las circunstancias de la captura o de la fuga para matar por enemistad, por odio político, o por cualquier otro motivo, no incurre en exceso sino en los delitos de abuso de autoridad. art. 152 y de homicidio, art. 323.

---

40

CARRARA, Ibid. pag. 243.

Para que pueda darse aplicación al art. 30 se requiere que el hecho justificado exceda de los límites impuestos por la Ley, la autoridad, o la necesidad. Señalar en abstracto esos límites es labor imposible, son los jueces los que deben en cada caso y su prudente arbitrio, decidir si hubo exceso o no lo hubo, pero no con argumentación hipotética, sino consultando la situación anímica del agente. La disposición, sobre exceso solo se aplica cuando el sujeto ha realizado el hecho en cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 29 del Código Penal aunque en forma excesiva. Deben concurrir, pues todos los requisitos necesarios para integrar las causas de justificación, menos uno; la proporcionalidad. La falta de racional correspondencia entre la agresión injusta y la reacción justa, entre el peligro corrido y el medio o procedimiento empleado para evitarlo, entre la disposición, de la Ley y la manera de cumplirla, entre la orden de autoridad y la forma de ejecución es lo que constituye el exceso punible.

El exceso que con mucha frecuencia se presenta en la legítima defensa es una equivocación culposa en el cálculo del peligro y de los medios necesarios para salvarse de él. Cuando el exceso no se debe a un error culposamente de conducta, sino que es causado intencionalmente por razón de la ira que ocasiona la agresión injusta, no podía aplicarse el art 30 sino el 60 del C. P.

También conviene saber que cuando la persona ejecuta el hecho en las circunstancias del art. 29 del Código Penal, no incurre en responsabi

lidad penal ni civil, porque obra en ejercicio de un derecho, Pero si ha transpasado los límites impuestos por la Ley, la autoridad o la necesidad es responsable, penalmente del exceso y tiene obligación de indemnizar los perjuicios causados -responsabilidad civil-.

Los daños que deben indemnizar son los producidos desde que el hecho dejó de ser justo y principió a ser punible por razón del exceso.

## CONCLUSIONES

PRIMERO: La legítima defensa es una figura jurídica consagrada en nuestra legislación penal para que el hombre pueda ejercer sus más legítimos derechos en procura de garantizarse su derecho a la vida, su honra, sus bienes y la tranquilidad de su familia. Estos bienes jurídicos protegidos por la Ley Penal son de mucha importancia a través de la historia del derecho penal, porque se protegían de diferentes formas, como la compositio, la venganza privada, la Ley del Talión etc.

SEGUNDO: Es necesario recalcar, que la ausencia de los elementos que tipifican ésta figura, le dan un serio cambio y con ello se llega a saber cuando existe o no responsabilidad penal, atenuación de la pena, perdón judicial y otras modalidades estudiadas por el juez con el fin de establecer la pena o sanción que debe merecer determinada persona por haber actuado en las circunstancias que de él puedan predicarse.

TERCERO: Ha quedado demostrado como a través de las distintas etapas, de la historia de la humanidad, todas las Legislaciones de dieron especial importancia a normas protectoras de la vida, la honra y los bienes de sus asociados sin dejar de anotar como a través de los tiempos como

comos los célebres duelos celebrados por los caballeros para defender el honor y la integridad moral de su familia.

CUARTO: Anotamos como la presunción de legítima defensa fué eliminada en el proyecto de 1.974, pero restablecida en el de 1.978 con el argumento de que también con ese medio debe combatirse la inseguridad que hoy aportan los Colombianos, en caminos, calles y plazas; en los sitios de trabajo y en sus hogares y a cualquier hora del día y de la noche, púes el Estado de sitio en que hemos vivido hace muchos años en nada ha mejorado el ambiente de zozobra reinante.

QUINTO: También vimos que para que haya defensa putativa, con apariencia de legítima defensa se necesita los mismos requisitos requeridos para la legítima defensa real, con la diferencia de que en aquella agresión se forma en la mente del sujeto, por un error de hecho inimputable en la interpretación de un gesto, ademán, actitud, movimiento o circunstancia inofensiva. Para mayor ilustración fué citado un ejemplo.

SEXTO: Considerase que la legítima defensa es la más significativa de las justificantes, la justificación por excelencia, la de mayor relieve en la teoría y en la práctica. Es tanta la importancia que algunos autores la vinculan en lo más originario del derecho natural, anterior a toda la Ley positiva.

SEPTIMO: Ha quedado anotado en éste estudio, como un estado se encuentra facultado para repelar de manera violenta, toda agresión exterior o también que provengan del interior y que atente contra la tranquilidad pública, y ponga además en peligro la vida y la integridad personal. Como ejemplo de defensa de un Estado contra agresión interna, tenemos la realizada por los grupos subversivos llámase M-19, Farc, etc y que el Gobierno Colombiano se ha visto en la necesidad de repelar, por medio de sus fuerzas militares. Como agresión externa podemos poner como caso, el realizado por el Perú, sobre terrenos Colombianos, en el Amazonas, más completamente sobre leticia y que fué recuperado, por Colombia en valiosos combates.

OCTAVO: El Código Penal vigente establece que no hay lugar a responsabilidad penal en los casos de justificación del hecho. Esto son las legítimas defensas, el estado de necesidad, la disposición de la Ley la orden obligatoria de autoridad competente.

El proyecto de 1.974, propone uno más: El consentimiento del sujeto, pasivo, siempre que el derecho sea de aquellos de que puedan disponer válidamente los particulares; que la persona sea capaz de conseguir, jurídicamente y que el acto de voluntad lo haya expresado oportunamente, sin violencia, engaños y en forma expresa y concreta.

NOVENO: A mi manera de pensar, considero que con éste pequeño estudio he colaborado con mi granito de arena al estudio de la legítima defen

sa, institución necesaria para nuestra convivencia dentro de éste mundo tan convulsionado e inseguro en el cual nos encontramos.

DECIMO: Dentro del Código de 1.980, que derogó el Código de 1.936 y es el que actualmente rige, podríamos afirmar, que en cuanto en la legítima defensa cambios fundamentales no se presentaron, aunque la filosofía del Código anterior, era peligrosista y adolecía de mucho casuismo dentro de su descripción normativa. Lo que nos trajo el Código nuevo orientado por su filosofía culpabilista donde cada cual responde por lo que hace, ha sido la eliminación de éste casuismo del Código anterior, para dar más precisión a nuestros artículos.

## BIBLIOGRAFIA

COLOMBIA. UNIVERSIDAD EXTERNADO. Derecho Penal y Criminología. Revista Mensual No. 6 Vol. 2 Bogotá, 1.979.

LEON MENDOZA, Victor. Derecho Penal Genral. Compendio 2. Ed. Universidad de Cartagena, Cartagena. 1.978.

LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos del Derecho Penal, 2. Ed. Temis. Bogotá, 1.950.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal, Decreto 100 de 1.980. Ed. 3. Temis Bogotá, 1.981.

PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Parte General y Especiañ. Tomo 1 . Bogotá 1.981.

----- Manual de Derecho Penal. Parte General y ESpecial. Ed.6 Temis. Bogotá, 1.977.

----- TraTADO DE Derecho Penal. Tomo 2. Ed. 2. Temis Bogotá , 1.977.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA