

343.2  
R436



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
Biblioteca Universitaria  
Fernandez de Madrid

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR: Dr. LUIS HERIBERTO ARRAUT ESQUIVEL

DECANO: Dr. FAVIO MORON DIAZ

SECRETARIO: Dr. PEDRO MAGIA HERNANDEZ

PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. ANTONIO BARROZA AVENDARO

EXAMINADORES:

Dr. ALVARO SALGADO GONZALEZ

Dr. PEDRO VARGAS VARGAS

PRESIDENTES HONORARIOS:

**SCIB**  
00018803

Sr. LUIS ANIBAL CARREÑO P.

Dr. SERGIO GIRADO CABALLERO

46975

Cartagena, agosto 29 de 1960



*Carolina Restrepo Gonzalez*

## REGLAMENTO

### ARTICULO 83

" La Facultad no aprueba ni desaprueba las  
opiniones emitidas en ésta tesis, tales opiniones  
deben considerarse propias de sus autores".

DEDICATORIA

" A Carola y Hernán  
Padres permanentes  
En quienes dejo  
El tributo más íntimo de  
Mi amor y mi agradecimiento "

- 4
1. INTRODUCCION
  2. LA LEGITIMA DEFENSA
    - 2.1. HISTORIA
  3. ANTECEDENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO
  4. FUNDAMENTOS DE LEY
    - 4.1. DEFENSA
  5. DEFINICION
  6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA LEGITIMA DEFENSA
    - 6.1. INJUSTA AGRESION
    - 6.2. QUE LA AGRESION SEA ACTUAL O INMINENTE
    - 6.3. QUE HAYA PROPORCION ENTES LA AGRESION Y LA DEFENSA
  7. DEFENSA DE UN DERECHO PROPIO O AJENO
    - 7.1. DEFENSA DE UN DERECHO PROPIO
    - 7.2. DEFENSA DE UN DERECHO AJENO
  8. LA LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA
  9. LA LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA
  10. LEGITIMA DEFENSA PRESUNTIVA O PRIVILEGIADA
  11. EXCESO DE DEFENSA
  12. CITAS
  13. CONCLUSION
  14. BIBLIOGRAFIA

## 1. INTRODUCCION

Cuando se justifica se vá más allá de la tolerancia o de permitir y aún más allá del perdón. En toda comunidad organizada, el hombre debe someterse a determinado ordenamiento jurídico, queriendo esto decir que tiene como obligación abstenerse de violarlo.

Con el hecho justificado no solamente desaparece el delito, o uno de sus elementos, sino que se obra justificadamente o sea de acuerdo al derecho. Quien actúa en sentido favorable a los principios constitucionales, o normativos merece el respeto y la congratulación colectiva.

Cuando el hecho se justifica, se excluye el elemento criminoso, como es la antijuridicidad, y se elimina por completo la noción misma del delito, su alcance protector de los intereses colectivos y particulares.

La justificación no es elemento de delito, ni siquiera negativo. Por el contrario, la justificación pone en plano superior la juridicidad o licitud de la conducta.

No se elimina, pues una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta, o sea, se considera justa la conducta, y no simplemente excusada o impune.

De aquí la importancia que reside en el juicio valorativo del juez, que, en nombre de la sociedad, compara la conducta con la norma y decide, después de hacer una comparación objetiva,

si el hecho está contra ella, o de acuerdo con ella.

Para el abogado defensor, la legítima defensa es un arma de sumo valor y sabiéndola esgrimir la puede proporcionar verdaderos éxitos en sus actuaciones. Es tan común la ocurrencia de ésta fenómeno y tan importante en la vida real de jurista, que sin él no podría subsistir un Derecho Penal verdaderamente equitativo y ajustado a las situaciones cotidianas, instintivas y naturales del ser humano.

He escogido este tema para mi tesis de grado por considerarlo importante y profundo en el campo del Derecho no sólo en cuanto a su objetividad sino por su aspecto filosófico, social y humanístico.

Veámos, pues, en las páginas que siguen un estudio lo más completo posible, sobre éste tema, consultando opiniones de tratadistas nacionales e internacionales.

## 2. LA LEGÍTIMA DEFENSA.

### 2.1. HISTORIA

La defensa legítima desde las épocas más antiguas ha sido conocida y considerada como acto legítimo.

Aunque fue desde un principio considerada como un derecho, en todas las legislaciones no se legisló en igual forma.

Así, en unas naciones se le consideró como defensa de la vida, cuando ésta se veía amenazada por alguien con intención de asesinarlo o para defender sagrados derechos, o de una mujer amenazada o de un brahmán sin medios para evitarlos, ya sea en público o en privado (1).

Las leyes penaban con la muerte a quienes pudiendo prestar auxilio a personas agredidas no lo hacía y las leyes protegían los derechos de vida de los ciudadanos, siendo éstos en esta forma protegidos recíprocamente contra malvados.

Esto ocurría en el antiguo Egipto.

En Atenas la ley admitía la legítima defensa de la persona y de terceros, igual cosa era admitida para proteger los bienes, entre los cuales se encontraba el poder.

Entre los romanos, aparece, si no claramente definida la legítima defensa, si se encuentran pasajes que demuestran que este fenómeno jurídico sí fue conocido y desarrollado.

3

el concepto de legítima defensa. Así se encuentra en un pasaje de Gayo, de legítima defensa contra el ladrón nocturno. Cicerón también proclamó la legítima defensa como derecho natural.

Los romanos admitieron la legítima defensa de sus vidas, integridad corporal y sus bienes, cuando la vida estaba en peligro. El poder también era protegido y considerado defendible, legítimamente como se aprecia de lo anterior, la legítima defensa tanto de la vida como del poder y de los bienes, era concebida de entera y aunque en todas las legislaciones no se consideró en igual forma ésta se admitía y desarrollaba sobre la misma esencia: protección por parte del gobernante para aquellos que repelían y evitaban la muerte a otros cuando veían en peligro su propia existencia o de terceros, así como de sus bienes siempre y cuando que el ataque contra los bienes se acompañase de peligro para la persona. Existió igualmente la legítima defensa para la protección del poder. Muchas escrituras entre las que se encontraba Brito, sostenían que la defensa de terceras personas era permitida solamente cuando se veía a prestar su ayuda por relaciones familiares o gerárquicas, pero en estos casos el derecho romano no hacía más que imponer la defensa que en otros podía declarar el particular por no estar bajo el dominio de una obligación jurídica (?) Gayo sostenía igualmente que siendo el derecho de legítima defensa concebido contra cualquier injuria, entre estas debe comprender del mismo modo las agresiones a los bienes y al honor. El derecho romano impuso a la defensa privada condiciones para considerarla legítima estas fueron:



5.

- a. La agresión debía ser injusta
- b. Era necesario que existiera un peligro, pero no era preciso que el peligro estuviera comenzado y bastaba solo con que fuera inminente. Pero al el ataque desapareca casa el derecho de defensa, porque entonces la muerte del que agredió y asistió en sus violencias, se convertiría entonces en venganza.
- c. Necesidad de no poder salvarse de otro modo. Esta índole subsidiaria estaba en contradicción con el carácter del derecho natural que se asignó a la legítima defensa.

3. ANTECEDENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO

El Artículo 591 del C. P. colombiano de 1.890 no reconocía la justificación de la conducta, más que se limitaba a declararla inculpable y este sólo para los casos de homicidio, decía así: "el homicidio es inculpable absolutamente cuando se comete en cualquiera de los casos siguientes:

- 1. En el de la necesidad de ejercer la legítima defensa y natural de la propia vida o de la de otra persona;
- 2. Contra una agresión injusta, en el acto mismo del homicidio cuando no hay otro medio de repelarla."

Fue en el proyecto del Código Penal de Concha y la Ley 109 de 1922 los que le dieron el calificativo de justificación del hecho que hoy tiene y la incorporaron a la parte general, para que por primera vez en nuestra historia, abandonara la restringida noción y pasara a ser reconocida para todos los casos.

Dijo: "Las causas de justificación, tales como las órdenes de la Ley y las que dentro de éstas dicte la autoridad, la legítima defensa y el estado de necesidad, se comprenden en el derecho general, como lo hacen los códigos recientes, los de Holanda, Hungría, Zurich, y en tales casos, puesto que se trata del ejercicio de un derecho, no hay lugar a la aplicación de pena, porque no ha existido en realidad la infracción".

El Artículo 24 del Estatuto reprobado colombiano dice así: "Tampoco hay lugar a responsabilidad en los casos de justificación del hecho." El 25 a su vez, dice: "El hecho se justifica cuando se cometa:

- 1° Por disposición de la Ley u orden obligatoria de autoridad competente.
- 2° Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcional a la agresión. Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas, o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o al que encuentra a un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia.
- 3° Por la necesidad de salvarse a sí mismo, de salvar a otro de un peligro grave o inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional."

Según el Código, hay cuatro causales de justificación del hecho, taxativamente enumeradas en el actual código en el Artículo 25 del C. P., existen, además, según los tratadistas ciertas acciones justas o que se tiene por justas, y que, sin embargo, no cabe dentro de las descripciones legales de justificación.

### EL ARTICULO 29 DEL " MODERNO " CODIGO PENAL

El Artículo 29 del proyecto que comentamos dice:

**CAUSALES :** El hecho se justifica cuando se comete:

1. En estricto cumplimiento de un deber legal.
2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
3. En legítimo ejercicio de un Derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o eminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.  
Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intenta penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia inmediata, cualquiera sea el daño que le ocasione, y
5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

5.

"El derecho protegido debe ser de igual o de superior categoría al sacrificado".

Esta norma, como lo demostraremos, es tergiveranda interpretación del Artículo 25 del actual Código Penal.

Con la palabra CAUSALES, que no existe en el Artículo 25 del vigente Código, incurre los redactores en nueva redundancia, ya que, después de dicho vocablo, se lee:

"El hecho se justifica cuando se comete":

Esta oración es, igualmente, fidelísima copia de la parte inicial del Artículo 25 del actual Código Penal, que dice:

"El hecho se justifica cuando se comete".

Agregan los del proyecto:

1. "En estricto cumplimiento de un deber legal"

Difícil será, en la práctica judicial, aplicar esta numeral que no aparece inserto en el vigente Código. Esto, porque los "modernos" no definen en su libro el "deber legal", no explican en qué consiste.

El numeral 1° del Artículo 25 del Código Penal vigente, en cambio, con más claridad que la del medio día, expresa:

1. Por disposición de la Ley

El numeral 2° del "moderno" Proyecto reza:

9.

"En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales".

Esta numeral es otra disimulada copia de la parte final del numeral 1° del Artículo 25 del Código vigente, que señala: "..... u orden obligatoria de autoridad competente".

Como se ve, los "modernos" agregaron la expresión: "Emitida con las formalidades legales", lo cual es absurdo, porque lógico es, que quien reciba la orden, la cumpla, si dada fue por autoridad competente. A quien la recibe, no le es dable considerar si el que la impartió llevó o no a cabo las formalidades legales. Ejemplo: Si el Director de una Cárcel recibe ordenes de un Juez Superior, para que mantenga privado de su libertad a un sindicado de homicidio contra quien se profirió ante de detención, dicho Director no tiene, para cumplir la orden, que enterarse de los pormenores del proceso penal pertinente. Lo correcto, entonces, es como consignando está en el Código vigente: " ....u ordenes obligatoria de autoridad competente. No es más.

El numeral 3° del Artículo 32, insólita y peligrosamente establece:

"En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público".

Con este numeral, que tampoco existe en el actual Código Penal, los "modernos" serán indirectamente, responsables de los intragimables crímenes que se cometen en nuestro país

apenas inicie su régimen el fatal estatuto. En verdad, de su texto se infiere que cualquier funcionario o empleado público, si en momento en que desempeña actos relacionados con sus funciones oficiales comete un delito, nada le acontecerá, porque alegará que, al proceder, se encontraba en legítimo ejercicio de un cargo público. De hecho serán contradictorias, en el proyecto, figuras como el peculado, el cohecho, el prevaricato, etc., las cuales se extirparán, precisamente, cuando el funcionario o empleado público cumple con sus pertinentes labores. Desaparecerán también los delitos castrenses, los cuales, necesariamente, son cometidos por militares en servicios y con ocasión del mismo. ¿Quién será responsable ¡qué horror! el jugador que, mediante permiso de la Alcaldía, coloca una ruleta en la plaza pública, si al estar en plena actividad, licita por lo del al peratso, dispara contra varias personas y las quita. Es que, de haber meditado respecto de este vitado numeral no entendernos de qué otra manera podrá prácticamente aplicarse.

El Numeral 4o 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 de quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia inmediata, cualquiera que sea el dolo que le ocasione".

11.

Este numeral es indebida copia del 2º Artículo 23 del Código Penal que aún rige. La diferencia de este inciso con el otro del Moderno Proyecto la explicaré más adelante.

El Numeral 5º que se contrae al estado de necesidad, dice:

"El hecho se justifica cuando se cometa:

"5º 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 afrontarlo.

"El derecho protegido debe ser de igual o de superior categoría al sacrificado".

"Este numeral es defectuosa caricatura del numeral 3º del Artículo 23 del actual Código Penal, que reza:

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

**SALVAR**, verbo que utiliza el actual Código, según la Real Academia, significa: "Librar de un riesgo o peligro". Es el verbo adecuado para la claridad del estado de necesidad, porque quien procede en dicho estado. Lógicamente se libra a libra a otro de un riesgo o peligro.

Los "modernos", en cambio emplean: PROTEGER, el cual según la misma academia, significa: "Amparar, favorecer, defender". De estos tres significados, el que más podría adecuarse a la causal de la justificación estudiada, es defender, lo que quiere decir que, en la práctica judicial, cuando entre en vigencia, el nuevo Código, jamás podrá captar el juzgador, ni nadie, la diferencia que existe entre legítima defensa y estado de necesidad.

El Artículo 25, numeral 3°, como típicamente se observa, se refiere a la PERSONA: nunca a los derechos de estas. Es la vida y la integridad personal de las personas, lo que la Ley establece mediante el estado de necesidad en todas las legislaciones del mundo.

El actual Código Penal, en cambio, con más sensatez señala: "...y que no deba afrontarse por obligación profesional". Lógico es que un bombero, cuya profesión lo obliga a extinguir incendios, no pueda eximirse en la causal que comentamos; pero esto no es un "deber jurídico", porque para que algo sea jurídico, debe estar previsto, como tal, en la Ley. Se trata simplemente como lo sostiene el Código vigente, de una obligación profesional.

El proyecto agrega: "...que no haya causado por obra propia". Esto significa que el peligro es consecuencia de fuerza mayor o de caso fortuito. Ejemplo: la salida de un toro de la corraleja, un incendio, un terremoto, un naufragio, etc.



Pero cuando dices " que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia", indica que el peligro, necesariamente, debe ser causado por el agente, descartándose de esa manera- para el estado de necesidades- la fuerza mayor y el caso fortuito.

Dice el inciso 2° del Numeral 5 del Proyecto, que "el derecho protegido debe ser igual o de superior categoría al sacrificado".

Esta norma, que no existe en el actual Código Penal, es semicopia de la parte final del Artículo del Código Penal Sovietico que estatuye: " Y si el daño causado es menor que el evitado".

Nos parece imprudente la referida adición, que se justifica entre los soviéticos, porque la legislación penal de estos protege con dicha norma el Estado y la Sociedad; pero, según nuestro sistema, el delito no es obra de la actuación dolosa, culposa o " preterintencional" de una piedra, por ejemplo, sino del hombre, integrado por el cuerpo y por el alma.

En esta se desenvuelven las pasiones y emociones, y el grado de estos estados emocionales, no es idéntico en todos los seres humanos.

Es posible que, ante la emoción denominada MEDO, causada por un toro que, iracundo, enviste a Palomo Linares, pueda este apreciar el valor del derecho que destruye y el de que salva. Pero esta capacidad de Palomo Linares no puede ser,

en relación con el toro, idéntica a la de la persona que jamás supo de la bravura del mencionado animal.

De todos modos, creemos que, al llegar a regir el nuevo y el mal engendrado estatuto penal, como así parece, este punto debe ser tratado no solo objetivamente, sino, también desde el punto subjetivo, previo examen de las condiciones psíquicas de la persona que alega la causal.

## 4. FUNDAMENTOS DE LA LEY

### 4.1. DEFENSA

Variados han sido los fundamentos que han consignado a la legítima defensa por los doctrinantes del derecho tanto antiguo como modernamente.

Carrera afirma lo siguiente: "El fundamento constante de esa legitimidad es la cesación del derecho de pensar, que corresponda a la sociedad. El derecho de pensar que compete a la autoridad social, exige de la ley eterna del orden que exige que se dé al precepto moral una sanción pronta y eficaz que completa la ley garantizando energicamente los derechos que ésta Ley confiere y socorriendo, mediante la defensa pública, a la humanidad impotente para defenderse de los malvados con las fuerzas privadas, la defensa pública tiene pues, el carácter de subsidiaria (3)

Carácter subsidiario, que es compartido por muchos autores y que se debe a la teoría contractualista a la que no es ajeno el maestro.

Mucho antes que Carrera, John Locke halla en esa tesis el fundamento de la legítima defensa, puesto que fué uno de los creadores de la teoría del contrato social.

Desde Roma en adelante prosperó la idea de que la defensa privada era un derecho natural; el influjo del cristianismo la hizo concebir como una simple excusa, tomando ésta palabra en el sentido de impunidad, incul-

pabilidad.

Cicerón consideró la defensa privada como "Ley natural". Otro tratadista penal como Respi, la considera como un derecho natural, y al efecto dice: "El derecho natural de la defensa es el derecho de repeler la fuerza con la fuerza." Además de lo anterior los filósofos y penalistas han exbozado sus teorías sobre el fundamento de la legítima defensa. Y entre ellas están

1. Las que estiman la legítima defensa como una excusa, como mera causa de impunidad a pesar de su injusticia es decir no sujetos a pena por parte del Estado, o como motivo de imputabilidad.
2. Teoría de la colisión de intereses, que puede ser inculpaibilidad si no señala proporción en la defensa. En orden a los bienes que se tutelan, y que desemboca en la tesis de la justificación cuando se basa en la defensa del interés preponderante a resolver la colisión de intereses.
3. Teoría que considera la legítima defensa como causa justificante; y
4. La de los positivistas italianos que han tratado de poner en relieve el aspecto subjetivo de la legítima defensa.

Los sostenedores de la primera teoría con Kant a la cabeza, se resume con la fórmula de la impunidad de la acción por la necesidad inminente en que se halla el agredido. La defensa privada no es una acción inculpable sino tan sólo una acción no punible, decía el gran filósofo.

La segunda teoría o sea de la colisión de intereses, se basa en la salvaguardia del interés preponderante cuando se encuentran enfrentados dos intereses, por ser el de mayor importancia o por ser legítimo. Esta teoría fué sustentada por Von Buri. dice: "Entre dos intereses que están en colisión y en conflicto de tal modo que uno no puede ser conservado sin la destrucción del otro, el Estado sacrificará, el menos importante. Así cuando hay agresión injusta, y en presencia de ella un agresor y una persona atacada, el derecho del agresor, por el sólo hecho de la agresión desaparece o disminuye, y encontrándose en conflicto con el derecho opuesto y superior de la víctima de la agresión, debe ser sacrificado".

La tercera teoría tiene a Angel como su cabeza visible y la esboza de la siguiente manera: "El que ejerce la legítima defensa afirma el derecho, porque, siendo el delito y la agresión injusta, la negación del derecho, la defensa legítima es la negación de esta negación y tiende a anular la injusticia".

La teoría positivista, tiene notables exponentes como Ferri, Floria, Fioretti, Francesco De Luca, etc., se fundamenta en el aspecto subjetivo, afirmando que el individuo al defenderse no tenía como fin ofender a otro, por lo que tal individuo no es temible.

El derecho colombiano considera la legítima defensa como una justificante del estado de necesidad de defensa en que se encuentra una persona ante el peligro de perder la vida por una agresión injusta.

## 5. DEFINICION

Por lo anulado, varias han sido las definiciones expuestas por los doctores del derecho por lo que se entiende por legítima defensa.

Luis Jimenez de Asúa dice: "Legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacante o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir o repelerla." (4).

Floretti y Zerboglio la definen: " Por legítima defensa se entiende por tanto aquella defensa, que, contra una agresión a determinados derechos, es tolerada por la Ley, si bien objetivamente se resuelve en un acto que tendría los caracteres de un delito". (5).

La jurisprudencia colombiana ha definido la legítima defensa como "El derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro por la agresión actual o injusta de otro, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción". (6).

"La legítima defensa es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende. Es el derecho de conservación de la persona y de sus bienes, puesto en acto de una manera especial y jurídica.

Consiste, en esencia, en repeler un ataque actual e injusto para poner a salvo un interés legítimamente protegido que se halla en peligro."(7).

### 6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA LEGITIMA DEFENSA.

El tratadista Luis Carlos Pérez, recogiendo los elementos adoptados en la dogmática colombiana define la legitima defensa así : "La Legitima defensa es una facultad jurídica que se funda en la necesidad de proteger, mediante un contratiempo, un derecho propio o ajeno, amenazado por la violencia actual e injusta de otra persona."(5).

El Artículo 29 de la reforma del Moderno Código Penal en su numeral 4º contempla la legitima defensa así:

"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 legitima 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 ocasiona".

De esta manera podemos extraer los elementos constitutivos de esta figura así:

- 6.1. Injusta agresión
- 6.2. Que la agresión sea actual o inminente
- 6.3. Que haya proporción entre la agresión y la defensa
- 6.4. Que se trate de la defensa de un derecho propio o ajeno.



A continuación analizo cada uno de los anteriores elementos:

### 6.1. Injusta Agresión.

Es suficiente que exista la agresión, aunque quien la ejerce ignore que ella va contra el derecho, como sucede en el ataque del loco o el niño, aunque Manzini y otros, plantean en casos como éste la justificación por estado de necesidad, planteamiento inadecuado porque la falta de discernimiento no excluye la licitud del ataque para quien la sufre.

Siguiendo estos lineamientos, por ejemplo, no podría alegar legítima defensa el que trata de impedir una violación una rapista a su domicilio por la autoridad competente con el lleno de los requisitos legales.

Se ha discutido en el ámbito nacional e internacional si tiene derecho de defensa quien se pone en peligro de correr la agresión, o el que da motivo para ella. Un ejemplo dicente es: el asunto de la mujer adúltera que es sorprendida por el marido cuando está ejecutando el acto sexual, o en los actos preparatorios. Vale la pena transcribir aquí los argumentos que los maestros, Carrera, de la escuela clásica, Ferri de la positivista, han esgrimado en contraposición al pensamiento de Lapalombara y a la vez explican como se ha pronunciado sobre este punto la Corte Suprema de Colombia.

De un lado, Carrara y Ferri, niegan la legitimidad de la defensa, puesto que el amante ha originado el peligro. El primero dice: "El requisito de la injusticia falta de dos casos:

1. Cuando el mal que amenaza es enteramente legítimo, como lo es en el caso del condenado a muerte, para salvarse mata al verdugo o carcelario, o en el del que repele a la fuerza pública, que legítimamente le detiene y
2. Cuando, si bien el mal que amenaza excede los límites de la legitimidad; hubo injusticia por parte del amenazado; como en el caso del ladrón o del adúltero que sorprendido y amenazado de muerte por el propietario o por el marido, le mata; como en el caso del que provoca una riña y, en una palabra, en todos los conflictos en que el peligro en que me encuentro había sido ocasionado por un hecho más reprobable.(9).

De otro modo, Imallomeni rebate este punto de vista así: "Ante todo, Carrara incurre en error cuando cree que la injusticia por parte del amenazado excluye la injusticia de la agresión. Injusto es siempre el acto contrario del Derecho. El que agrada, cualquiera que sea el motivo que la ha impulsado a la acción, comete un acto injusto solo porque la Ley reprueba la violencia. La Ley no admite nunca que un hombre atente contra un bien jurídico de otro. Y por eso

castiga siempre la violencia, sin cuando estubiere determinada por la ofensa mas grave. Siendo así, aquel que con su comportamiento, omite reprochable haya sido causa de la ajena violencia, se encuentra precisamente en los términos de la legitima defensa. Nadie tiene el deber de dejarse matar o dañar en su persona."

Nuestra jurisprudencia siempre ha aceptado la primera solución. "Deja de ser injusta la agresión cuando ella ha sido suficientemente provocada por un hecho personal de quien por eso mismo se somete voluntariamente al riesgo". (10)

La Legítima defensa es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende. Es el derecho de conservación de la persona y de sus bienes, puesto de acto en una manera especial y jurídica... pero si ese estado de necesidad y de angustia es provocado por el mismo que luego se defiende, desaparece la injusticia de la violencia actual, y el sujeto que mata o hiere al agresor no puede alegar legitima defensa, a menos que haya una desproporción evidente entre la primitiva ofensa y el ataque subiguiente de la víctima. (11).

Otro punto de importancia es la relacionada con la provocación. La jurisprudencia nacional ha dicho que la Ley concede el derecho de legitima defensa a quien se

encuentra sin su voluntad en la necesidad de defenderse. No correspondería entonces, la legítima defensa a quien, manteniendo una relación adulterina la continúa, sin conciencia el peligro de una posible venganza del marido, y habiendo sido sorprendido por éste y por el cuñado de él, cruzó con el marido disparo de revólver y arrojó también uno contra el cuñado matándolo. O sea, cuando el provocador en su propio acto reprobable viene a ser autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar, no hay lugar a la causal de justificación. La Corte ha ido más allá aún, sosteniendo en reiteradas oportunidades lo siguiente: "La sola circunstancia de hallarse la víctima provocada para el ataque, le quita a su defensa el carácter justificativo".

Sin embargo la Corte acepta que esta regla tiene excepciones y está de acuerdo con la escuela positiva al sostener que si el provocado reacciona en forma notoria, esta desproporcionada si hay lugar a legítima defensa.

Para aclarar, Perri trae el ejemplo del injuriado de palabra que resuelve matar a su ofensor, caso en que no puede negarse a éste la facultad de repeler la reacción desmedida de que es objeto. Explica el profesor italiano su ejemplificando que en la falta la ne-

• coetdad de tal reacción, y el motivo determinante sería más bien el odio y la venganza, que la defensa sobre todo teniendo en cuenta la personalidad de los dos sujetos, de los cuales el que injuria es, verbigracia un lapíber, o un anciano inerte y el ofendido un hombre robusto y con armas.

Debe existir una solución de continuidad entre la conducta reprobable del creador del conflicto que suscita razonablemente la reacción agresiva del ofendido, para venir enseguida el ataque de éste e inmediatamente el rechazo de su violencia por parte de quien se defiende. Si se rompen los efectos en el tiempo de la primitiva ofensa, el inicial provocador puede alegar justificación al ser agredido de nuevo, porque mediante esa distancia entre los hechos precedentes y los posteriores, la primera provocación queda desconocida, borrada de la nueva escena, y entonces el verdadero promotor de ésta queda en condición de atacante injusto, por obrar sin razón ni derecho y arrebatado de cruda venganza.

La rila también ha sido materia de controversia en cuanto a su relación con la legítima defensa. La jurisprudencia ha excluido la justificación en estos casos, y la Corte ha sostenido: " La pelea o combate que requiera en los contrincantes el propósito de emplear la violencia para lesionar a otro, mientras que la defensa, para ser legítima, de suyo tiene que excluir esa intención." (12)

En embargo, admite la justificación en esa situación de rila como lo aceptan otros doctrinantes, pues dice la

Corte que cabe admitir la hipótesis de que uno de los empujos en la lucha cambie sustancialmente sus condiciones, rompiendo la continuidad de los actos, y en este caso podría sobrevenir la excusa del peligro sobreviviente.

## 6.2. Que la Agresión Sea Actual o Inminente.

La actualidad debe entenderse en el sentido de que no sea requisito esencial, para rechazar la agresión ilegítima, que con ella se haya consumado y causado un mal determinando cierto, sino que será bastante justificar la violencia defensiva al que la agresión haya comenzado a verificarse o toma realidad por hechos, frases o actitudes del agresor. En consecuencia, no se entenderá que es legítima defensa, cuando, el agredido no sufra ningún riesgo, porque haya desarmado a su agresor, o cuando cesa la agresión por haber sido separados por un tercero antes de haberse consumado, no existiendo en este caso legítima defensa si el agredido dispara contra el agresor hiriéndolo en el momento de la huida.

Actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleva el acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca tal daño.

Sobre éste elemento ha dicho la Corte: Uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa es el de

que haya una violencia actual, este es, inminente, hasta el punto de no dar tiempo a recurrir a la protección de las autoridades. Realizada la agresión injusta, ya el mal está hecho y no hay de que defenderse. Solo queda al ofendido recurrir a la justicia para que imponga la respectiva sanción y ordene las indemnizaciones pecuniarias a que haya lugar. Y si el ofendido reacciona después contra el injusto agresor, su acción reviste entonces un carácter antiferídico y delictuoso, porque en el brote de la venganza, forma aguda del odio. De ahí que la legítima defensa implique una situación de angustia, de necesidad y urgencia de empleo de la fuerza individual en vista de las apremiantes circunstancias de amenaza en que se encuentra el acometido injustamente. Este requisito es fundamental, tanto en la defensa de la vida o de la integridad personal, como respecto de los demás atributos o derechos subjetivos de la personalidad humana; la agresión injusta no hay que dejarla realizar porque, de lo contrario, solo obra por causa de una provocación, en un estado de ira o intenso dolor. De ahí nace cabalmente la diferencia entre legítima defensa y la provocación. En la primera, el acto defensivo se actualiza cuando aún no se ha consumado el mal que pretende el agresor, y todo el interés y la conciencia del atacado se encuentra en un móvil eminente social y humano, como es el de la conservación y el de la defensa de su derecho de ser lesionado; en tanto que en la provocación

se reacciona ante un mal ya consumado, sea de palabra o de hecho, y el espíritu que anima al que procede en estas condiciones es el de la venganza, es el del resentimiento, es el del orgullo ofendido.

El jurista Aleman Von Lix, se refiere a la inminencia o actualidad de la agresión que entraña la legítima defensa y dice: " No es necesario esperar, por una parte el comienzo de la agresión mientras, que, por otra también puede ser repelida la agresión comenzada, en cuanto continúa.

Los tratadistas italianos también se manifiestan sobre este punto de la inminencia o actualidad de la agresión para que se justifique la defensa legítima.

C. Penco manifiesta: " se afirma generalmente que que la lesión debe ser inminente o realizarse. No somos de ésta parecer. Lo que interesa es que el peligro sea actual. No importa que de éste derive una inminencia de lesión. Así, en el caso de que Julio amenaza con matarse dentro de tres o cuatro días si, por ejemplo, no suscribi un cierto documento, no puede estar obligado, para reaccionar a que expire el plazo; es decir, hasta que la lesión se haga inminente. Desde el momento de la amenaza el peligro es actual, y desde ese instante, si se presenta la posibilidad de sustrarme al peligro, agrediendo, estoy autorizado a hacerlo".



No estoy de acuerdo en todo lo anterior ya que como aparece arriba las simples amenazas no constituyen agresión. El tratadista español Luis Jiménez de Asúa, conceptúa sobre la inminencia del ataque para que engendre legítima defensa. Este tratadista dice: "Entre agresión y defensa daba haber unidad de acto: ésta debe ser inmediata consecuencia de aquella. Por eso la agresión pasada no puede originar una defensa legítima pues no siendo factible repelar o impedir el ataque determinado, la violencia subsiguiente sería venganza." (13)

Violencia actual significa violencia presente, concreta real y efectivamente comenzada. Si la violencia ha pasado no cabe la actuación defensa legítima sino más bien de una venganza.

Si la amenaza es de males futuros, puede intervenir la autoridad para evitar la consumación.

"La expresión, "agresión actual", vino a reemplazar con ventaja la expresión "inminente" de que hablaba el código de Zanardelli de 1890.

### 6.3. Que Haya Proporción entre la Agresión y la Defensa

Para determinar la adecuación o el exceso de la defensa no se debe instituir la confrontación entre el mal sufrido o amenazado, y el mal infringido por reacción, pudiendo ser el último superior al primero, sin que por eso desaparezca la justificante. La comparación por el contrario,

daba hacerse entre los medios de reacción que el agredido tenía a su propia disposición, y los medios empleados. Si estos eran los únicos que en concreto hacían posible la repulsión de la violencia ajena, no se tendrá exceso punible, por grande que sea el mal sufrido por el agresor. Si un individuo es agredido por otro armado de cuchillo y para defenderse dispara contra él su revólver, único medio eficaz que tenía a su disposición, no excede en la defensa, sino que opera con plena justificación para juzgar si existe proporción o exceso se debe, además, tener en cuenta las condiciones personales del agredido, en relación con las del agresor. Si un atleta, aún cuando no está armado, amenaza con iminentes violencias a una persona, incapaz de combatir con él, esta persona está autorizada para emplear las armas, las cuales están hechas precisamente para compensar la inferioridad física. Un puñetazo de semejante hombre puede ser mortal como un disparo de arma de fuego. (14).

Sobre esta particular dice Maurach, ocurren dos casos: cuando el agredido se limita a la pura defensa, por ejemplo, parando el golpe, no hay dificultad, ya que entonces ni siquiera se trata de una conducta típica. El problema se presenta en el segundo caso el de la defensa activa u ofensiva:

"Su necesidad se rige, en un principio, por una combinación entre gravedad de la agresión y peligro-

sidad del agresor; a un salteador de caminos se puede hacer frente acudiendo a los fútiles recursos, aún cuando no haya ademan de emplear el arma. Por regla general, no se debe atender a la ponderación de los bienes en colisión, para averiguar el carácter necesario de la defensa. En principio cualquier bien puede ser defendido hasta última consecuencia; inclusive es lícita la muerte del agresor para salvaguardar un bien material, como, la propiedad, la posesión, el patrimonio; no se exige una proporcionalidad entre los bienes ".

Entre nosotros, el asunto fué aclarado nítidamente por el procurador Safra, así: "En la legítima defensa no se exige la equivalencia objetiva y matemática de las armas. Al que reacciona defendiéndose legítimamente, le basta hallarse ante un mal grave e inminente, cualquiera que sea el instrumento de que se vale el agresor. Lo importante es que ese instrumento sea capaz de causar un daño en el físico de las personas. La diferencia y la desproporción de los medios empleados no descartan, por consiguiente, el ejercicio de ese derecho".

El que se defiende apela, en su conflicto y angustia a los recursos que tiene a su alcance, sin que le sea dado en tan apremiante circunstancias ponerse a calcular si el arma del agresor es igual e inferior

a la suya. Solo el atacado sabe cual es su miedo y su peligro.

Recordando a Carrera para reafirmar su pensamiento, dijo, el Procurador: " La Legítima defensa debe medirse siempre según las razonables opiniones del que se ve amenazado de muerte; no según lo que ha llegado a conocer el juez después de un frío cálculo y una madura exámena. Si el error fué grosero e inexcusable, habrá precipitación e imprudencia; si hubo credulidad razonable y excusable, ni siquiera hay culpa. Pero en ambos casos el que erró al calcular el peligro y los medios de salvarse obró con conciencia de ejecutar un acto legítimo.

La igualdad de armas solamente se exige para el duelo, pues este es un combate garantizado como leal, y se funda en viejos principios del honor y en cánones caballerescos.

El peligro la necesidad de hacer frente. Y el concepto de necesidad es relativo, tanto objetiva como subjetivamente; una bofetada no constituye ciertamente un mal irreparable, y sin embargo, nadie se atreverá a negar el derecho de rechazar con la fuerza a quien va a bofetarnos.

Tratándose de la defensa bienes inmateriales, como

la honra, la proporcionalidad entre el ataque y la agresión adquiere todavía un sentido más relativo. En ningún caso operan las equivalencias exactas, ni pueden medirse ni pesarse con instrumentos de ninguna clase, los medios empleados por el que ataca y el que se defiende. Este es quien calcula las dimensiones del peligro que solo a él afecta, como el caso del que mata para impedir que otro publique cartas que van a resultar lesivas de su honra.

Proporcionalidad equivale a equilibrio, significa esto, que exista una equivalencia entre el medio empleado en la agresión y el medio empleado en la defensa.

"La idea de la necesidad del medio empleado lleva implícita la de proporcionalidad; es decir, al medio que ha de usarse para rechazar o repeler la agresión a de ser directamente proporcional a la importancia y condiciones que caractericen a la misma. La cuestión que este enunciado plantea ofrece una dificultad tan grande que la convierte en la más ardua de cuantas surgen al considerar la legítima defensa. En efecto: si entendemos de un modo absoluto la necesidad de tal requisito, habremos de considerar punto menos que imposible la solución del problema. Solo de un modo relativo la proporcionalidad puede ser apreciada "(15).

En realidad lo que considera como proporción entre

ataque y los medios realizados en la defensa, no es que exista una métrica exacta entre lo uno y lo otro, sino que lo que se requiere como requisito para que se declare la legítima defensa, es que haya racionalidad para impedir o repelar un ataque injusto en los medios que se emplean para ello. Que no aparezca una abismal diferencia que haga desaparecer a prima facie la figura de la legítima defensa. Aunque esto no es así y lo tiene establecido todas las legislaciones del mundo, es muy difícil que en un momento emocional al ser víctima de un ataque por demás injusto, trate la persona que se defiende establecer una equivalencia o comparación entre la agresión y la forma como se debe defender del ataque, ya que desde el primer momento el pensamiento del atacado es de defenderse en la forma sea cual quiera para repelar en ese momento al ataque de que es víctima y se puede considerar como imposible que dicha persona pueda hacer en ese estado anímico que la embarga pensar, razonar cuál es la proporción que existe para defenderse de acuerdo a la agresión que sufre. La Ley lo que trata es de que no se abuse en el concepto de legítima defensa, para que se emplee cualquier medio de defensa alegando un ataque injusto. Por eso la existencia de la legítima defensa, trata incluso de desvirtuar que se pueden utilizar todos los medios en caso de aparecer un ataque y evitar que al amparo de la legislación se cometan abusos y hasta delitos.

Jiménez de Asúa ha dicho : La proporcionalidad debe medirse no sólo objetivamente, sino subjetivamente.

Un adulto, una mujer, un viejo, o un niño, no están en igual condiciones cuando se trata de defenderse, pues cada uno juzgará de modo diverso, la naturaleza y la gravedad del peligro. Por tanto sea proporcionada no puede exigirse en absoluto, pues, además, puede faltar y frecuentemente falta, en el momento del ataque, la sangre fría para impedir con justicia la medida de la defensa.

La apreciación debe ser hecha objetivamente pero siempre en cada caso en particular, ya que en derecho todos los casos no son iguales aunque parecidos, siguiendo un criterio de equivalencia o proporcionalidad e cálculo aproximado. No se trata de ser pasados en balanza, sino de una estimación ajustada a las condiciones de hechos del caso estudiado. Hay que acudir pues a las circunstancias, caso por caso, individualizándolas, la forma como se produjo la reacción si es posible colocándonos en el punto y condiciones del sujeto atacado y ver si cual sería la forma lógica de la defensa y los medios que en tales circunstancias se emplearían.

La proporcionalidad no puede ser apreciada en forma generalizada sino desde el punto razonable del individuo atacado. No puede ser de otro modo, pues mientras un individuo piensa en la proporción que debe tener para repeler un ataque, pueda cuando quiera defenderse, una mujer, por ejemplo, es débil por naturaleza, ya que, no ejercita su musculatura para el trabajo fuerte, se ve atacada a puñetazos por un hombre, dado que los puños de un hombre generalmente causan daño físico en cualquiera, más tratándose de una mujer débil y no acostumbrada a estos menesteres defensivos, debe para re-

pelar el ataque de que es víctima, pensar en la proporcionalidad de la defensa y defenderse a su vez a puñetazos ? No es posible, ya que, allí no existe proporcionalidad en la defensa, pues, siempre habrá mayor proporción o desequilibrio entre el ataque y la defensa. Si la mujer agarra un cuchillo y hiere mortalmente al hombre que la ataca, naturalmente que puede hablarse de legítima defensa y haber un paralelo entre el ataque y la defensa.

En iguales condiciones se puede hablar de defensa legítima cuando se trata de un anciano o un enfermo. Igualmente podría ocurrir entre dos hombres, pero uno de los cuales es un luchador, ya que, el boxeador o luchador guarda una proporción superior con el que no lo es y si ejercita su defensa a los puños lleva las de perder, por lo que para que exista la justa proporción debe el atacado utilizar un medio que equilibre las fuerzas, un cuchillo, un garrote o un revólver.

Si estudiamos detenidamente lo que significa la legítima defensa y sus motivos determinantes, encontramos que naturalmente debe imperar el interés superior sobre el inferior o sea el de atacado sobre el del atacante, ya que se salvaguarda el derecho o bien jurídico importante sobre el inferior que es a la vez justo.

La defensa no puede proponerse entre fin que la conservación íntegra en la persona atacada los derechos que le corresponden y que se ven amenazados, pero por este



41

solo motivo, no pueda desvirtuarse la racional necesidad del medio por la sola posibilidad del empleo de otros de inciertos resultados, que no siempre acuden fácilmente al que se ve violentamente atacado. Hay quienes opinan que la proporcionalidad existe cuando los medios empleados, ataque y defensa, son iguales, por ejemplo revólver pero esta proporción no es del todo justa o equivalente en todos los casos, por lo que no es preciso que exista identidad o semejanza de medios o instrumentos de ataque y defensa y que es menester en consecuencia analizar las circunstancias de hecho, lugar, ocasión, medios usados, tiempo, modo y condiciones de agresor y agredido. Ejemplo: dos personas, uno que ataca está armado de revólver y el que se defiende, trata de defenderse desenfundando también su revólver. Pero se da el caso que el atacante es un experto tirador y quien se defiende porta apenas el revólver como medio de defensa pero que no ha disparado, o apenas disparado esporádicamente. Están en consecuencia, ambas personas e iguales en condiciones? Podría decirse sin temor a error que hay proporción, aunque si igualdad de medios empleados en el ataque y la defensa.? Naturalmente que la respuesta es negativa. Entre el experto tirador y el ocasional tirador, existe mucha diferencia, y entre el uno y el otro hay la posibilidad de llevar a cabo su propósito precisamente en virtud de la desproporción.

Es necesario también estudiar la proporción desde el punto de vista de la necesidad del medio empleado. Entre el medio de rechazar de un ataque y el peligro de éste, suponen que el medio empleado en la legítima defensa, no tiene que ser el absolutamente preciso, ni tampoco

creer que pueda ser el único que pueda emplear el que se defiende, sino que debe analizarse conforme al criterio racional sobre la imprescindible necesidad de usar tal o cual procedimiento o recurso. Debe exigirse la necesidad racional, que consiste, en no exceder el que defiende los límites que la prudencia y razón aconsejan en cada caso. Valorarse con racional criterio, no tanto por la igualdad o semejanza de los instrumentos materiales que los contendores esgrimen como por la situación personal en que hallaren, la posibilidad de elección entre varios medios que el agredido tenga a su alcance para lograr repelar el ataque y la de guardar con justicia el peligro existente para la vida o integridad personal del que se defiende.

Algunos teorizantes y jurisprudencias, discuten sobre si la proporcionalidad de la defensa legítima es subjetiva u objetiva. La forma subjetiva la defiende los menos. En un fallo de los Tribunales de Argentina, se defiende la tesis Subjetiva y dice : " No es el peligro tal como puede existir a los ojos del juez lo que constituye el estado de legítima defensa, sino el peligro tal como se ha presentado a los ojos de la persona atacada".

Otro fallo esta de acuerdo con lo siguiente: Para valorar adecuadamente la acción de quien se defiende, debe el juzgador colocarse en la situación del que considera razonablemente su vida o su integridad física

amenazada en el momento de la agresión, y no proceder a posteriori con el objetivo y frío discernimiento del crítico que, en la serenidad de su gavipeto, se halla alejado de la realidad.

La jurisprudencia cubana tiene fallos en que unas veces aplica la tesis subjetiva y en otras la objetiva. Así estatuye que la racionalidad del medio que se emplea con el fin de repeler o impedir una agresión, exige para ser apreciada que haya la debida proporción entre una y otra, concordando los actos y accidentes que hallan mediado en la ejecución del hecho y habida cuenta de la intensidad y persistencia de la agresión.

También dice en otro fallo, " Para la Ley no exige que la necesidad sea absoluta, que no hubiera más remedio que servirse del medio determinado, sino racional, esto es, que sea razonable valerse de aquel por justificarlo más o menos en alguna razón. "

A mi juicio, la proporcionalidad en la legítima defensa no debe de atenderse exclusivamente a una de éstas tesis sino que debe buscarse la defensa desde el punto de vista tanto subjetivo como objetivo.

## 7. DEFENSA DE UN DERECHO PROPIO O AJENO

### 7.1. Defensa de un Derecho Propio

La defensa de un derecho propio se refiere a defender y proteger a la persona, el honor y los bienes. Seguidamente serán explicados cada uno de estos elementos.

Al hablar de PERSONA, debemos in limine señalar sus dos subelementos que son: La vida y la integridad física o corporal. La persona, por el hecho de nacer adquiere derechos que le son inalienables y que la Ley protege durante la existencia de la persona. El derecho principal o básico es el derecho a la vida ya que sin ello lo demás sobra. La vida comienza con el nacimiento y termina con la muerte.

La persona, pues, como ente racional, tiende naturalmente a conservarse viva, ya que la vida es bien supremo y por naturaleza se defiende al ser atacada o prever que su máximo derecho está en peligro de extinguirse. Por tal razón la Ley penal ha erigido como delito el hecho de darle muerte a otro, y no solo al homicidio en su calidad de acción perfecta sino, además en los casos de las formas imperfectas de ellas.

Así el Código Penal establece con el nombre de homicidio simple y homicidio agravado a quien quita la vida de un ser humano; según las circunstancias con que realice el acto. Este homicidio que aparece establecido en toda-

las legislaciones del mundo es penoso en Colombia con con pérdida de la libertad, al igual que la mayoría de las legislaciones del orbe, pero no todas, ya que en algunas partes, este delito es castigado con pena de muerte, y en unos pocos con prisión perpetua.

En tal circunstancia, si la vida es el supremo bien, supremo derecho del ser humano, se encuentra protegido por la sociedad, el Estado, igualmente, protaga a la Sociedad en su derecho de la vida, al establecer la legítima defensa para aquellas personas que al proteger o defender su vida en peligro, hiere o mata al agresor.

Franco de Luca, en su Libro Principio de Criminología dice: " No pueda establecerse la base científica de la legítima defensa sino apelando a algún principio fundamental en que las luchas privadas turban las condiciones estrictamente necesarias para la vida social, y son, por tanto, un delito; pero existen casos en los cuales si se actuase la agresión contra un derecho o condición de vida individual, el derecho o la predicha serían inmediatamente ofendidos, con la consiguiente alarma de los coasociados honrados; tal en el ataque cometido por un bandido, con daños de la vida de un ciudadano pacífico en tales casos de peligro estremo, la fuerza defensora del un derecho espuesto, a la agresión injusta, no perturva la sociedad, sino que, por el contrario, asegura la posibilidad de la convicción social. " De Luca concluye que la defensa privada necesaria no es un acto objetivamente antijurídico por las razones dichas, por lo que no hay que hablar de defensa impune, sino de

legítima defensa con consideración de institución jurídica.

El defender la vida es repelar violentamente contra la agresión que al reunir ciertas condiciones o requisitos la ampara la Ley como legítima defensa. La forma de la defensa puede ser variada y depende esta variedad de la forma como se presenta el ataque o agresión y que conlleva a dominar al agresor aplicando inclusive la fuerza física o moral aunque lesione su integridad corporal con heridas o muerte, y usando sus mismos medios de ataque.

"La justificación de un homicidio o de unas lesiones personales, por defensa legítima, o por otros de los casos que menciona el nuevo Artículo 23 que reformó el Artículo 23 del C. P. actual, le quita al hecho el carácter de infracción, ya que quien lo ejecuta procede conforme al derecho (*facti ad juri facti*). Más lo cierto es que no resulta jurídico confundir la noción de inexistencia absoluta de delitos si el hecho tiene una justificación positiva, con la idea de una relativa inexistencia : cualquiera infracción a causa de prueba deficiente, era por que no hubo interpretación o estimación errónea que llevo a trocar el verdadero delito por uno diverso. Sin embargo, ocurre respecto de aquella noción de inexistencia absoluta, de cuerpo del delito de homicidio, aunque el hecho se halla perpetrado en legítima defensa. Y es porque quien defiendese legítimamente de muerte a alguien, comete una acción cuyos caracteres internos o subjetivos y externos u objetivos, se acomodan a una norma del C. P. y reúnen todos los elementos que constituyen el precepto legal; propósito de matar y muerte consiguiente.

A ello corresponde la teoría o doctrina del cuerpo del delito en la doble configuración abstracta de sus componentes físicos y jurídicos, sin relación a que no sea posible el homicidio. Y menos contradictoria con la justificación positiva de defensa legítima es la otra teoría de cuerpo del delito de homicidio, mirado bajo su naturaleza meramente material (el simple hecho de una herida violenta por obra ajena), teoría en que parecía inspirarse la fórmula primera del artículo 496 Ley 94 de 1931, porque entonces más se ajustan los caracteres del suceso, o sus elementos constitutivos, al precepto del Código Penal.

Para éste carácter de la defensa legítima algunos autores han esbozado la teoría sobre la voluntad o motivo de la legítima defensa y otros se pronuncian contrariamente. Para ilustración es menester se relacionen los conceptos de unos y otros.

La voluntad para la legítima defensa es el paso para que sea el motivo de la misma, pero puede concebirse sin la voluntad y sin el motivo. Voluntad y motivo pueden ser los mismos ?

En realidad una y otra son diferentes. Pues la una es el ánimo o intención de defenderse de un ataque, y el otro es lo que determina a la persona a defenderse de la agresión. Unos tratadistas los diferencian y otros los identifican.

La integridad física o corporal como segundo subelemento de la persona, pueda defenderse aún a costa de la existencia ajena. La persona es una totalidad y debe conservarse como es y como aparece. " Si alguien pretenda cortar el caballo de una mujer, empleando la fuerza, la reacción de la agredida se justifica ante la Ley, sin embargo, en ese caso, el agente no compromete la vida (16).

Si alguien ataca con un pequeño cortaplumas o navaja a otro diciéndole al mismo tiempo, defíndete porque te voy a cortar la cara, hay en ésta actitud de agresor un ataque injustificado contra el derecho de otra persona como es el de la integridad física. El atacado inerte no tiene otro recurso que defenderse. Agarra lo primero que encuentra a la mano y para quitarse la navaja de la cara dá con una silla en la cabeza del agresor a quien hiere mortalmente en la cabeza.

Podría hablarse de la legítima defensa ? Naturalmente, porque la defensa no implica un razonamiento sobre el objeto de la defensa, sino lo que interesa desde el primer momento es el repelar el ataque injusto. La legítima defensa no solo opera en los casos de peligro inminente de la vida del atacado, sino también en mi concepto, cuando la integridad física de la persona se ve en peligro, ya que el impulso natural del ser humano es defender su derecho de vida y su integridad física. Un hombre corpulento por el hecho de sentirse superior por su desarrollo físico, se enfrenta a otro de notoria inferioridad física



y le dice que no vale nada y que se defiende porque le va a romper los huesos de un abrazo o puñetazo. Hay desde el primer momento un ataque injusto que desde el mismo momento no se manifiesta como un peligro para la vida del atacado, pues solo se trata de romperle unos huesos o romperle la cara o el rostro. Pero el atacado arrinconado al sentir el fuerte abrazo y el crujiir de sus huesos, saca de su bolsillo una cuchilla de afeitar o navaja pequeña y hiere al agresor, quien se desangra mortalmente. Puede hablarse en este caso de legítima defensa? Había peligro en la vida del atacado? Concepto que si se pueda hablar de legítima defensa, pues aunque no había desde un principio peligro para la vida del atacado, ya que sólo era un ataque a la integridad corporal del que se defiende, es una corporal y por lo tanto, todo ser humano sin pensamiento previo, al ser atacado su física humanidad, rechaza inconscientemente todo ataque que trate de disminuir su condición corporal. El Código Penal nuestro contempla como delito aquellas acciones que atentan contra la vida de la persona, pero no solo esto, sino, cuando se produce desfiguración facial, perturbación síquica, perturbación funcional, o pérdida de un miembro u órgano inclusive sancionar el hecho de sobrevenir al aborto o el parto prematuro en una mujer embarazada como consecuencia de una agresión. Siendo ésto en nuestro derecho sustantivo, yo concluyo que si por ejemplo, una mujer en estado de gravidez, se encuentra en una situación inequívoca de que se le aplicará contra su voluntad una inyección que trata como consecuencia el aborto y en el

momento de aplicársela lesiones a quien la va a inyectar, causándole la muerte, considero procedente la legítima defensa alegada por ella como causal de justificación del hecho.

En cuant. a los bienes, especemos por explicar qué se entiende por bienes. En sentido general se puede entender aquellos que tienen un significado patrimonial para la persona, o en otras palabras, son todos aquellos que se encuentran haciendo parte del patrimonio de una persona.

El Código Civil divide los bienes en dos categorías: Corporales e Incorporales.

Defina los primeros, como los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, como una casa, un libro. A los segundos los defina como los que consisten en ciertos derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Al hablarse de la legítima defensa de los bienes, de cuáles de los establecidos por la Ley se trata? La Ley protege e ampara con la legítima defensa a los corporales, o sea aquellos bienes tangibles, físicos que entren en el patrimonio de una persona y que por lo mismo puedan ser defendibles en un momento dado cuando éstos se encuentren en peligro de salir del patrimonio de su dueño o poseedor,

ya que un crédito como puede defenderse físicamente, o cómo puede ser puesto en peligro la vida de alguien por- que otra persona, por ejemplo, le quita un crédito a otro?

Más toda defensa de los bienes para que sea legítima e amparada por la Ley exige un requisito que implica un peligro a la vida del propietario de los bienes.

La Legítima defensa contrario de lo que dicen algunos autores en cuanto a los bienes se refiere, éste debe realizarse cuando el atentado se produce contra el patrimonio, ni antes ni después, es decir, debe ser concomitante el ataque o atentado contra los bienes o patrimonio de alguien con el momento de la legítima defensa y más todavía cuando este ataque patrimonial ponga en serio la vida e integridad personal del dueño del objeto material de la agresión.

Es, pues natural que admitiendo la legítima defensa de los bienes, deben limitarse al solo momento de la flagrancia del hurto. Y, si bien, puede resultar en la práctica un tanto difícil el establecer con precisión cuándo empieza y cuándo cesa la flagrancia de tal delito, porque, como observa Cretio, en las ciencias naturales y en las morales, servirá de eficaz ayuda, para resolver las controversias que pudieran surgir a éste propósito, tener en cuenta el momento en el cual el propietario pierde de vista el objeto robado, cuando ha podido ver el acto de sustraer al ladrón que escapaba con el botín. Porque ciertamente no podría

decirse acto de legítima defensa la agresión a una persona que tiene el objeto robado, o bien el uso de algún medio de coacción para obligar al ladrón a la restitución.

Es necesario pues, que el hurto represente una pérdida sensible para el propietario. El ejemplo, tantas veces puesto como modelo, del hambriento que roba el trozo de pan es uno de los lugares comunes de la actual retórica filantrópica, pero no ofrece ninguna dificultad a nuestra doctrina, porque, así que en aquel caso ningún juez sabría condenar al infeliz hambriento, es también cierto que ningún juez sabría absolver a quien tiene tan gran propensión a la violencia que mata a un pobre para impedirle saciar su hambre. Distinción ésta que sólo puede hacerse por la escuela criminal positiva, que admite la legítima defensa contra el ladrón y no ya contra la sola figura abstracta del robo.

Lo mismo puede decirse para la defensa de la propiedad inmobiliaria. Sólo que en este caso la figura de la violencia del derecho de propiedad no puede asumir la de una apropiación injusta del terreno, porque, no existiendo nunca el peligro de la pérdida de la cosa, la autoridad social es siempre suficiente para restituirla a su propietario. Por tanto, debe excluirse absolutamente la facultad de dar un asalto para recobrar la posesión del fundo perdido por fuerza o dolo, cosa por demás muy difícil de acceder, no podría admitirse la doctrina romana del *recobramiento in continenti*. Por el contrario, bien podrá el propietario que casualmente se encuentra fuera de su fundo, emplear la fuerza contra quienes tratan de entrometerse en él con raptura, escalamiento o de otro modo ilícito. Del mismo modo no

podrá negársele el derecho de oponerse con la fuerza a quienes se prestan para dañar su propiedad. La práctica demuestra cuan inútil son las prohibiciones de las Leyes para los escopetazos disparados en el tiempo de la cosecha contra quienes se entrometen en los fundos con el fin de robar sus frutos. La propiedad rústica está mucho más expuesta al robo que la propiedad mobiliaria y urbana y precisa necesariamente conceder al propietario mayores derechos para la defensa de sus bienes.

Por otra parte, es preciso no olvidar lo dicho por Ihering. La Legítima defensa de los bienes patrimoniales no es cosa nueva y fué reconocida desde tiempos inmemoriales.

Trebutien, fué quien propuso en Francia el amparo de la Ley para los que defienden violentamente su propiedad atacada, considerando incluso en repelar la agresión con la muerte del atacante. Así dice: " Se trata, por ejemplo, de un comerciante cuya fortuna entera consiste en títulos al portador y en billetes de Banco; un ladrón los sustrae y hulle llevándoselos si no puede detener al ladrón, que ni siquiera ha reconocido, al día siguiente se producirá su quiebra, el deshonor para él, la ruina para los suyos; viendo que no puede alcanzarle, hace fuego y le mata.

Quién osará condenarle ? . Cómo se podrá sostener que no ha cedido a una violencia irresistible ?.

Bernardino Alimara, Conceptúa: " Los bienes patrimoniales, como todo bien jurídico, merecen ser tutelados por sí mismo ". No se podrá justificar un homicidio para

rechazar al ladrón de un poco de frutas, pero es lícito negar la defensa legítima contra el que roba un documento del que depende el porvenir de una familia, ó contra el que roba una parte importante de un patrimonio". He manifestado aquí, que la legítima defensa opera o tiene operancia o justificación en aquellos bienes corporales, patrimonio de una persona, y que se vean atacados injustamente.

Muchos tratadistas sobre este tema han asegurado ampliamente que la tutela, tratándose de legítima defensa es de todos los bienes, incluyendo en ésta acepción tan amplia, todos aquellos bienes jurídicos que son objeto de derechos subjetivos. El tratadista Joaquín Francisco Pacheco, inferma: "Es de advertir ante todo, que la Ley no ha limitado el derecho de defensa a los casos en que se intenta dañar nuestra persona, sino que ha comprendido también cuando se quiera perjudicar nuestro derecho. Ahora bien esta palabra es muy lata, y en su extensión comprende multitud de cosas, unas más, otras menos importantes. En nuestro derecho se designan los bienes más preciosos y los menos preciosos que poseamos; los fueros más respetables del decoro y de la honra, y las más fútiles prerrogativas de convencional distinción. Todo entra en nuestro derecho porque todos son derechos que nos pertenecen o nos asisten".

La Jurisprudencia Chilena, la Española en algunos casos y la Cubana, han defendido la Legítima defensa de los bienes patrimoniales.

Ahora bien, por qué se justifica la Legítima defensa de los

SANTIAGO

55

bienes ? y cuál es el bien jurídicamente tutelado ?  
 Desde tiempo de principio de la humanidad las cosas que  
 entrado en el patrimonio de una persona han sido consi-  
 deradas como objeto de un derecho al que se denomina  
 de propiedad y pertenencia con exclusión por tanto, a to-  
 dos los demás seres, lo que los romanos llamaron derecho  
 sobre las cosas. Entonces la propiedad considerada co-  
 mo un derecho, obvia, naturalmente, debe ser protegida  
 por la Ley, por el Estado, porque el Estado entre sus  
 finalidades está la de defender los derechos de los aso-  
 ciados, y así establecer la legítima defensa de los bienes  
 está protegiendo a grosso modo el derecho de las asociadas.

El apropiamiento por parte de una persona de un bien pa-  
 trimonial, entra desde el momento de la apropiación u  
 (se entienda lícitamente) este bien entra dentro del concepto  
 de patrimonio de esa persona y por tanto le pertenece y  
 sobre tal bien patrimonial esa persona puede derivar su  
 existencia o razón de la misma o de su familia o de seres  
 que le rodean. Hacen más, un todo con su personalidad,  
 y condicionandolo como excluyente a tal persona de un bien  
 que sale de la órbita de los bienes generales sin dueño,  
 para serolarse, catalogarse, dentro del marco de disponi-  
 bilidad de esa persona. Entra más a formar parte de las  
 pertenencias de la persona quien por tal activo se connatu-  
 raliza con ese bien, y función natural de esa persona es,  
 que cuando ve atacado el bien que le pertenece al cual está  
 connaturalizado, que salte a defender el bien, que quizá  
 con mucho trabajo lo costo hacerlo entrar dentro de su pa-  
 trimonio . Es lógico pensar que si está es la reacción

natural del ser humano, debe consecuentemente entrar a proteger estas reacciones y colocarlas entonces como justificativas de la acción violentamente defensiva a los bienes que le pertenecen.

Considerando el patrimonio como derecho los bienes en todas las legislaciones encuentran protección cuando estos se defienden de los ataques injustos.

Así establecen primariamente las constituciones o cartas magnas la propiedad privada como derecho y por lo tanto, sujeta a derechos, con justificación de su defensa.

El bien jurídico tutelado en la defensa de los bienes es el patrimonio personal o familiar. Constituye entonces el objetivo de la legítima defensa de los bienes, que estos bienes estén dentro de la órbita patrimonial de quien ejercita su defensa. Cabe entonces la siguiente pregunta: podría hablarse de una legítima defensa de los bienes, la persona que viendo a un sujeto pasar por su lado con un saco de objetos hurtados o robados saca su revólver y lo mata, amparándose en la legítima defensa de los bienes? la respuesta es negativa, pues aquí, aunque se está defendiendo el que los bienes regresen a su verdadero dueño, quien ejerce esta defensa no es el propietario de tales bienes y en tal circunstancia no existe la legítima defensa de los bienes, ya que es menester para justificarla, que los bienes pertenecieran a la persona misma que los defiende. La legítima defensa de bienes a terceros no es aplicable en este caso.

La Legítima defensa cubre, igualmente el patrimonio



moral de las personas. Según el Artículo 16 de la Constitución Colombiana, la persona tiene derecho de mantener intacto el patrimonio moral que consiste en la honra y el honor. Estos dos bienes, pues constituyen la integridad moral del individuo.

EL HONOR, es el sentimiento de la propia dignidad, en la autovaloración de las condiciones personales, y tiene por eso mismo un sentido subjetivo, más o menos acentuado y sensible, según la posición social de cada uno, su apreciación de las normas éticas y el contenido que la infunde a su vida. Este sentimiento no es, por consiguiente, indiferente, y se manifiesta de distintas maneras en el comerciante y el soldado, en el atleta y el artista.

La honra, en cambio, es la estimación social de que goza, la persona, es el buen juicio que sobre ella se ha formado en el grupo a que pertenece, y aún fuera de él. Es la valoración trascendental, exteriorizada y reconocida con mayor o menor amplitud, según las actividades de cada uno. La honra es, pues, el honor en sentido objetivo.

Siendo el honor un patrimonio interno que los individuos han trabajado como los otros patrimonios, y a veces con más esmero que estos, cambia con la situación. El trabajo, por ejemplo, se torna como una maldición cuando el sentimiento del cuerpo y de la mente, beneficia al dueño del capital. Pero es causa

A pesar de todo lo dicho, hay casos en que opera la justificación por defensa de honor; por ejemplo, cuando una mujer que soporta la agresión de ser violada, responde violentamente o hiere o mata. Aquí no solo defiende la libertad sexual, sino también el honor sexual. Así mismo, cuando se pretende escupir a alguien en el rostro, y el que ve a ser agredido en esta forma hiere o mata al agresor; cuando se trapide mediante la violencia que el que amenaza inmediatamente con una injuria privada la consume, siempre que no haya campo u oportunidad para recurrir a las autoridades. La injusta violencia se dirige contra el sentimiento de la propia estimación (honor), bien que en tales situaciones pueda y debe ser defendido legítimamente.

En cuanto concierne a la agresión capaz de vulnerar el aspecto objetivo del honor - la honra, dice Dávila, la simple observación de los sucesos humanos enseña cómo esta no se consume ni se agota en el mismo momento en que se produce, y ello es natural consecuencia de la naturaleza de ese bien. Si la honra resulta de un juicio lentamente elaborado por los demás sobre nuestra personalidad ética-social, es lógico apenas que no se deshucra sino en medida que el ataque de se ha sido víctima, vaya haciendo adversa cada una de las opiniones particulares que integran ese juicio común. Y esto no ocurre súbitamente, sino a medida que vaya propagándose la opinión desfavorable.

"Existe, pues, el factor de la actualidad de la agresión aún cumplida está", la cual significa que cualquier momento

es adecuado para ponerle fin.

El planteamiento inicial fué hecho por Gaitán, al explicar en un caso práctico la diferencia entre los requisitos de la legítima defensa del honor y otros justificantes, como la defensa de la vida y la propiedad. "En la legítima defensa personal dijo Gaitán: " Hay una relación entre dos sujetos: el agredido y el agresor. En la defensa del honor el fenómeno es diverso. Es por decirlo así, tripartita, porque entre un tercer elemento que radica con el concepto público e social. Y se actúa no tanto en relación con el agresor, como en relación con el tercer elemento.....lo que vulnera nuestro honor no es la calumnia; es la posibilidad de que nuestra actitud dé bases al juicio público para creerla, para que nuestra indiferencia represente una aceptación táctica".

Después Gaitán volvió sobre el tema, ampliándolo, pero dándole el desarrollo que merece. Sobre todo no estableció la diferencia entre el honor y la honra, aunque los puntos de vista expuestos por él, lo llevaban directamente a la posición correcta.

Los actos de la vida sexual racional son algo más que manifestación de una función fisiológica.

Su transcendencia los eleva, más allá del acto derecho individual, a la categoría de un hecho social, generador de un interés colectivo que impone la necesidad de su or-

ganización dentro de una civilización muy apartado de aquellos tiempos en que el Estado, como el campesino a que alude el sabio profesor Belga Ensch en su obra destinada a la defensa del valor humano, sabía lo que valía su vaca, pero ignoraba lo que valía su mujer.

Es reconocido por todo el mundo los ataques al honor sexual o pudor como objeto de legítima defensa. Esta defensa se reconoce en virtud de la irreparabilidad y para eso se remonta a la sentencia del derecho romano, motivo por el cual pueda repelarse un ataque al pudor o al honor sexual.

Chaveau y Heille, decían que ante la amenaza de una violencia se justifica la legítima defensa pero ante un posible ultraje al pudor sólo podría admitirse como una atenuante privilegiada.

Anto estos conceptos el expositor Bernardino Almena, hace reparos y anota sus diferencias diciendo : " Basta notar que esa distinción jamás puede tener valor práctico, porque no puede pensarse que una mujer abrazada y besada pueda leer en el corazón de quien la abraza y besa, para saber si aquel se detendrá o si querrá además violarla; ni se puede pretender que sufra una injuria que siempre empañara su reputación; por que en tanto las Leyas se hacen para los hombres que viven sobre la tierra y no para lo que pudieran vivir en el mundo de la luna, se debe reconocer que el pudor se puede perder irreparablemente ancluse antes de que se pierda

la virginidad física; ni se puede pretender que se deje abrazar y besar, esperando tranquilamente para iniciar su defensa, a que la intención del agresor se haga manifiesta, cuando para ella sería demasiado tarde.

Es evidente que no deben hacerse tales distinciones y que ha de proclamarse la legítima defensa en todos los casos en que haya ataque al pudor de la mujer o del hombre (contra quien trata de obligar a un varón contra natura, cabe la legítima defensa) pero si bien en los casos que cita Allinson, deliberadamente escogidos para demostrar la razón de su tesis, puede llevarse al máximo la reacción para impedir o repeler el ataque, no es menos exacto que habrá otros en que la mujer (o el hombre) no le cabe duda que al injusto agresor, le es imposible evadir más en sus propósitos deshonestos. Si en las aperturas de un tranvía o de un omnibus, una mujer siente la impudica mano de un hombre sobre su cuerpo y repela la acción mediante el insulto, el empujón, el alfilerazo o la bofetada (y lo mismo cabe decir del hombre a quien un invertido manosea en tales circunstancias), la legítima defensa es necesaria y perfecta; pero si a esos excesos manuales, que no pueden seguir adelante, se contesta con una cuchillada o un tiro, diríamos que quien así reacciona se defiende de manera necesaria? A nuestro juicio no falta la imprescindible necesidad, condición sin la que no existe defensa legítima, ni perfecta, ni excesiva. (1.).

La jurisprudencia de España reconocida la legítima defensa del pudor u honor proclama el derecho al empleo de medios violentos, por parte de la mujer que defiende su

honor, cuando el ataque haga racionalmente necesario el empleo de ellos en repulsa de la agresión para eludir de momento el peligro inminente de que la agresión se realice.

En algunas providencias hacen alusión a la afirmación de que la honra es un bien tan preciado como la vida.

La defensa de terceros es aceptada también por varias legislaciones, haciéndola más justificable cuando se trata de conyuge.

En sentencia de 8 de junio de 1901, reconoció esta clase de defensa en un caso en que el esposo al ver a una persona introducirse en su propia casa (la del esposo) y topar a su esposa entre los brazos con intenciones sexuales le dispara hiriénolo de muerte.

En Argentina igualmente los tribunales en distintas providencias aceptan la legítima defensa del honor o pudor y así lo reitera en multitud de fallos.

Jurisprudencias de Chile y de Cuba aceptan también la legítima defensa del honor tanto de la persona ofendida como de terceros, y así, en muchos fallos deciden exenta de responsabilidad a la mujer que da muerte a su ofensor para defender su honra. Defensa legítima de mujeres en protección de su honra, pues como dicen, "es también patrimonio y no al menos preciado de los hombres".

Establecen igualmente la defensa legitima del honor de terceros y se apracia en sentencias en donde el marido dá muerte a un tercero -al agresor-para defender la honestidad de su mujer en peligro de ser violada.

La ley al establecer como legitima defenza del honor está tutelando un bien legitimo de la persona, y está bien juridicamente tutelado es el de la libertad sexual. Se basa principalmente en el bien denominado libertad, ya que ésta como bien natural, que nace con la persona, es uno de los atributos de que goza el ser humano para gozar con plena autonomia de su derecho sin que persona o autoridad alguna la perturbe. Por eso la libertad sexual goza de la proteccion del Estado, porque está defendiendo un derecho de las personas en su libre voluntad sexual. Este bien se tutela porque cada persona es libre de usar y realizar con su cuerpo la función fisiológica y biológica como mejor le parezca y entregar su cuerpo y realizar con quien libremente le apetezca el acto sexual, sin que nadie pueda obligar a ser humano alguno a que éste se realice sin su voluntad. Es por eso por lo que la norma establece la legitima defenza del honor y el estado por esas consideraciones debe ampararla.

En estos delitos los que se producen contra la libertad sexual ha dicho la Corte, el bien tutelado por la Ley es la libertad sexual, que no se ofende separadamente de la libertad personal, ya que el empleo de la violencia vulnera los dos conceptos de libertad personal y libertad sexual. La indivisibilidad del delito en cuanto a la intan-

ción criminal y a su ejecución hace que los términos de jurisdicción y competencia sean inseparables por tanto, el conocimiento del hecho corresponde al juez o funcionario en cuyo distrito judicial se consuma la violencia no a aquel en donde hubo repetición del acto, hecho que podrá constituir otro delito de violencia, distinto e independiente del primero, siempre y cuando se configuren los elementos determinados.

La libertad sexual se encuentra tan claramente establecida y protegida, que la Ley sanciona como delito de violencia carnal quien realiza el acceso carnal con mujer raptada contra la voluntad de ésta. Por qué, si la rapta se acerca su cuerpo con todo el mundo? Por que la Ley la protege y ampara, es precisamente la libertad de la mujer de realizar la consumación carnal con quien voluntariamente quiera, la provoca o acerca libremente.

Así mismo, sobre el concepto del honor, vemos que éste se ve afectado con las ofensas a la dignidad e reputación de personas que ocupan dentro del conglomerado social una posición que cualquier ataque u ofensa contra su honor, o el de su familia, causa un impacto o, mal tanto personal, como familiar o social que significa la disminución de su patrimonio moral y hasta económico que se traduce, en las sociedades llenas de perfuturas sociales, hasta en quiebras en los negocios. Disminución moral que en algunas personas de



elevado sentido del honor, pueden llevarlas a la tumba por la depresión, decepción causada por la pérdida del honor, o sufrimiento que esto las causa.

El honor se confunde también con lo que se denomina honra. Estos conceptos son la buena fama, nombre que tiene o posea una persona o familia dentro de la sociedad. Estos conceptos que la Ley protege con la legítima defensa, se encuentran establecidos en todas las legislaciones del mundo, porque el honor o dignidad de las personas no debe ser ofendido ni vulnerado por acción, violación que induce necesariamente a su defensa.

En esta clase de honor el bien jurídico tutelado es la integridad moral, ya el buen nombre, la buena fama o reputación de alguien o de su familia que tienen dentro de la sociedad, no debe estar sujeto a la vulneración u ofensa por todo el que se crea con derecho a ello, sino que la persona tiene entre las cosas que hacen parte de su patrimonio moral el de su integridad moral, buen nombre o reputación. En consecuencia su violación impule a reaccionar inclusive violentamente contra quien trata de violar o viola este derecho, lo que se traduce en una legítima defensa de su reputación u honor.

El concepto del honor, fué tan elevado en el mundo antiguo, que la legislación estableció como legal lo que se denominó "El Duelo", que consistió en que una persona que había sido ofendida en su honor se batía en duelo con aquella

causante de la ofensa. Este medio significaba que después de realizado el duelo, el honor del ofendido quedaba "limpio o lavado" por la ofensa realizada.

Almeida dice: " si las ofensas al honor puedan ocasionar un mal irremparable cuando, por ejemplo, se revele un secreto terrible o se digan cosas que no pueden ser borradas en un proceso, es completamente lícita la defensa proporcionada, para impedir que se pronuncien ciertas palabras y que se les preste fe".

Cree también, que la violencia ejercida para la violencia pueda ser muy grave; pero cree que con el fin, que sería muy difícil rechazar como eximente el homicidio causado en legítima defensa del honor.

Tras como ejemplo el siguiente: " si un padre sabe que su adversario va a pronunciar una palabra que revelará la deshonra de su hijo, deshonra que se ha ocultado a todos, va tendrá derecho de impedir, hasta con el homicidio que se consume un hecho gravísimo e irreparable? Yo creo que sí. (12).

El siguiente ejemplo servirá igualmente de ilustración para abarcar sobre el concepto de legítima defensa del honor. Una persona honorable y distinguida encontrándose entre sus amigos y personas de elevada alcurnia, ante un interlocutor con quien no comparte punto de vista

distintos, el interlocutor en un momento lanza injurias a su contradictor y acto seguido le dá un escupitazo al rostro. El ofendido viéndose objeto de tal afrenta en un lugar público y delante de gente de su posición social ve ofendido su honor y acto seguido saca su revólver y dispara contra el autor del ataque hiriente mortalmente. Es objeto de legítima defensa el haberse repelido con un disparo al salivazo en la cara?, naturalmente que sí y los tribunales deben absolver por esta causa ya que quien disparó fué en ese momento del ataque en esa forma, ofendido en su honor, en su reputación y la reacción natural y obvia delante de las personas con quien se encontraba, proceder que justifica la legítima defensa.

Jiménez de Asúa comparte esta tesis cuando afirma: para evitar o repelar una injuria, sería absurdo emplear un tiro de revólver, pero, quiere decir esto que si se emplea una violencia adecuada al mal que se trata de impedir o repelar, se niega la existencia de la legítima defensa? . Contra una injuria ya preferida es evidente que no cabe, pues se trataría de un acto de venganza; pero en el caso de una conducta injuriosa en perjuicio de un sujeto, difamada una y otra vez por la misma persona, no parece imaginable la posibilidad de emplear la violencia proporcionada para evitar la perseverancia en los actos injuriosos, inminentes y actuales.

En casos como lo afirma el expositor español, es muy difícil en un momento dado pensar cuál es en una ofensa al poder u honor, la proporcionalidad en la defensa.

Se justifica la legítima defensa al honor ofendido, siempre y cuando realmente aparezca plenamente agraviado este honor. Así, debe dársele legítima defensa cuando personas de conocida reputación, al menos aparente o visible ante la sociedad se quiera sacar a la luz pública algún hecho o acto de su vida pasada que pueda influir para degradar la posición social, económica y moral, su honor y el de su familia. En tal circunstancia hay legítima defensa del honor cuando al enfrentarse a la persona que quiere hacerla víctima de la afrenta se alige a evitar el escándalo, precediendo al ofendido o presunto ofendido a herir a quien esto pretenda para evitar su deshonor y el de su familia.

Procedo a tratar seguidamente otros casos donde se pretende justificar la legítima defensa del honor. Con frecuencia se observa que un marido o esposo o viceversa, pero el ejemplo común es el de el esposo o marido que trata a su mujer por encontrarla en brazos de otro en momento de realización del acto carnal, en defensa de su honor.

El honor es un concepto subjetivo que debe defender quien lo pierde y no tratar de justificar una ofensa de carácter completamente distinto para eliminar a la mujer, que es ésta quien pierde su honor de mujer honesta al entregarse en brazos de otro hombre o realizar actos carnales con otra mujer y no el marido, ya que su honor queda intacto y quien lo ha perdido es su mujer.

CC.

Pero se produce el expediente que el marido ha perdido el honor y que mata a su mujer a su conyuge en estado de ira e intenso dolor provocado por adúlterio.

Existe también la legitima defensa del honor, cuando un hermano o padre mata a quien desflora a su hermana o hija y luego se niega a contraer matrimonio ? Hay aquí una ofensa del honor de la victima y de su familia ? Se justifica la muerte del burlador para "lavar" el honor de la familia ?

No parece que no, a pesar de que comúnmente se va por doquier este proceder, y aparezcan absueltos los matadores, por legitima defensa del honor. En estos casos lo que hacen los matadores es sancionar al burlador con el estribillo de legitima defensa del honor, que nunca, en mi concepto dá margen o justifica la legitima defensa del honor, ya que de todas maneras la denuncia existe y continúa sin haber sido "lavada" pero se castiga por propia mano al burlador.

Trigo acolación lo dicho por Jiménez de Asúa, en su obra, que corrobora mi anterior opinión. Dice así el maestro penalista.

"Repudiamos radicalmente que pueda hablarse de legitima defensa del honor " CONYUGAL " en este caso. Curiosa forma de defender el honor de los conyuges suprimiendo uno de ellos. En primer término porque el honor del ma-

rido recibe en su proceder, en su dignidad, en su serena y noble actitud ante la vida y la familia; fijas en la conducta de su conyuge. En segundo lugar, si la legitima defensa consiste en impedir o repeler una agresión actual o inminente, y como se sabe y luego veremos nunca pueda alegarse cuando es pasada, el marido que se sabe engañado, que cede, que espía y el fin logra sorprendiendo a los amantes juntos para matarlos conforme a los más exigentes y clásicos cánones, no repela o impide una supuesta agresión contra el honor, que sabe se consume hace tiempo, sino que la venga al amparo de un precepto legal equívoco o de una falsa interpretación del Artículo en que se configura la Legítima defensa. No pretendemos, con estas alegatas declarar la responsabilidad legal del conyugado; cuando en verdad sorprendió la infiel conducta de su conyuge y el tremendo hecho le produjo violenta emoción, si los países en que figura la causa existen de inconciencia o de trastorno mental transitorio u otra forma similar, se la declarará insipiente y en último extremo, si el elemento fuese contagioso de unas virgencas Calderón de las y el sujeto no hubiese llegado ni a la inconciencia ni el trastorno mental pasajero, sería de invocar la no exigibilidad de otra conducta".

Considero indispensable hacer en el tesis, el tan controvertido tema del conyugal por infidelidad que con tanta frecuencia se relaciona equivocadamente con la legitima defensa del honor.

Quien sorprende las ilegítimas relaciones carnales de su conyuge con otra persona y trastornado por el fuerte choque

emocional dá muerte a cualquiera de los corparticipes, no actúa en legítima defensa del honor, esto es, no puede acogerse a la justificante del numeral 2 del artículo 25 del actual Código Penal, porque el acto está expresamente previsto en el Artículo 352 del Código Penal como lo vemos a propósito de este precepto.

Cuando concurren las circunstancias descritas en el Inc. 3º de dicho Artículo, puede aplicarse la excusa de responsabilidad, bien distinta de la justificación,

## 7.2. Legítima Defensa de Terceros.

Este fenómeno jurídico consiste en que una persona, extraño o tercero, acuda en defensa de alguien que se encuentra atacado o víctima de injusta agresión en la que no ha tomado parte inicial. Este tercero acude a la defensa de un extraño lo hace generalmente a impulsos de un noble y generoso sentimiento de humanidad y justicia al ver un ser humano injustamente atacado y en peligro de perder la vida o lesionar su integridad corporal.

Este sentimiento de humanidad y justicia, justo es reconocerlo, es lo que impulsa la mayoría de las veces desinteresadamente, para auxiliar y muchas veces poner en peligro su propia vida, a un extraño que sea víctima de una agresión.

Auxilio necesario llaman en Alemania a ésta figura jurídica, pues en realidad el tercero acude en auxilio de la víctima y es necesario pues su intervención aún, muchas veces, contra la voluntad del ofendido o agredido. El auxilio que hace el tercero para evitar un mal, constituye una legítima defensa de los derechos de ese tercero, que injustamente ve amenazada su vida y acude precisamente en ayuda de salvaguardar ese derecho a la vida de ese tercero y repeler el ataque del agresor, incluso violentamente.



Para que ésta defensa se considere legítima, es necesario que el tercero acceda al ver la existencia de un peligro actual o inminente y que no esté obligado a afrontar y que haya proporción entre el bien que se trata de salvar o auxiliar o el que se sacrifica. Cuando el bien que se trata de salvar no es la vida es necesario que el interés salvado sea de mayor importancia que el que se sacrifica dice el Código de Noruega. Es también conveniente anotar que el ataque o agresión del que se encuentra en peligro no sea el provocador.

El Código Alemán, admite la legítima defensa de terceros pero entre parientes.

El Código vigente en Rusia establece que el daño causado sea de menor importancia en comparación del mal impedido. El Italiano precisa que es necesario que el hecho sea proporcionado al peligro. El Código de Lituania, considera que la infracción debe ser considerada como de importancia relativamente secundaria.

En consecuencia es unánime el criterio de la mayoría de los autores y legislaciones, del establecimiento y aceptación de la legítima defensa de terceros, condicionada a que exista un peligro y para la mayoría, que éste debe ser grave, y que este peligro sea ajeno al tercer defensor, que el tercero no esté obligado a afrontar y que el acto sea necesario y proporcionado.

Al fijar la naturaleza del animus defendendi del tercero se establece como principio patrón que lo importante en quien ejercite la defensa no le guía un móvil ilegítimo, es decir, que al obrar lo haga sin ánimo de venganza o de recelo, como el caso de un enemigo nuestro que ataca a alguien y entonces el tercero obra en defensa de éste con ánimo de venganza del enemigo. Ejemplo de ello puede ser el que un vecino con quien se tenga grave enemistad sea visto por el primero en el momento que golpeaba fuertemente a un niño, poniendo en peligro su integridad física. El tercero, obrando con ánimo de venganza, procede violentamente contra el agresor del del niño. En tal caso el tercero sin medir si realmente existe el peligro inminente y grave procede más con el ánimo de venganza y maltrata a su enemigo, que el de ejercitar una verdadera defensa del tercero(niño) que pueda incluso ser su hijo. Esa circunstancia, ánimo de venganza, lleva muchas veces a imaginar un peligro real, actual e inminente en donde no lo hay, enfrentándose entonces a un posible exceso.

A continuación expongo algunos ejemplos, para aclarar conceptos sobre este punto. Un individuo marcha a su casa o de habitación de noche y encuentra de pronto que un hombre está dándole golpes a otro, tan fuertemente que no puede defenderse, y con peligro de su vida e integridad física. El tercero que acierta a pasar por allí en ese momento, se acerca con el agresor con ese espíritu de humanidad, solidaridad y justicia, para que deje en paz a su víctima. El agresor al verse descubierto trata

de resistir a su víctima y ataca al tercero defensor, quien desenfunda un cuchillo o revólver y hiere mortalmente al agresor. Puede hablarse aquí de legítima defensa de terceros. ? Naturalmente porque se dan los requisitos que está figura requiere y debe ser considerada.

Otro caso: Uno ó dos sujetos atacan a un individuo y cuando lo tienen al borde de la muerte, acierta a pasar allí un agente de policía, quien desenfunda su revólver y mata a los agresores. Existe aquí legítima defensa de terceros ? Aparentemente sí, pero el caso es que el tercero es un agente de policía, del orden cuyas funciones, cuyo oficio, es defender la vida y bienes de la colectividad de las personas, entonces está tercero no ha realizado en sí legítima defensa, no se le pueda aplicar aquí la figura analizada, puesto que dicho tercero está obligado a realizar lo que hizo, porque así es su oficio, la defensa de las personas; entonces, los actos realizados, los hizo en ejercicio de sus funciones.

Un último caso sobre lo estudiado. Dos personas proceden contra otra atacandola fuertemente. El ataque renuncia y contra-ataca fuertemente a su agresor que peca en peligro su vida. El compañero de éste al ver a su camarada que de atacante paso a sufrir el ataque, se abalanza y mata al primer sujeto atacado por ambos, alega haber procedido en legítima defensa de terceros, al salvar a su compañero. Se justifica en este caso

la aplicación de la figura jurídica de la legítima defensa de terceros ? Existió realmente ésta ? Por lo dicho en anteriores líneas, la legítima defensa no procede por haber precedido provocación por parte de terceros y tomando parte en ésta.

Manzini, plantea también el caso, respecto del tercero de previa provocación por parte del defendido y rechaza que en tal caso pueda tratarse de legítima defensa, y se hace esta pregunta, Será lícito, a un tercero extraño, defender con la fuerza a aquel que voluntariamente provocó la violencia por la cual actualmente se encuentra atacado ?

Potheco, escribió estas herosas palabras : " Cuando la defensa de terceros, de pasiones benevolentes y de afectos generosos, otro tanto es digno de estima y alabanzas, otro tanto es legítimo merecedor de completo acortamiento. Cuando nace de pasiones malévolas de afectos de enemistad, de odio, de rencor, otro tanto es ilegítimo y vicia el carácter de la defensa misma. Esto último llevará a dañar por dañar, lo primero solo llevará a dañar por defender.

## LA LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA O PUTATIVA.

Constata esta figura jurídica, en que una persona reacciona violentamente, incluso, contra otra persona u otras, para repelar un ataque o agresión que en su subconciencia cree de que es objeto o víctima.

Por eso se habla de legítima defensa subjetiva, porque la persona en un error de hecho cree circunstancia subjetiva de que es atacada, circunstancia que lo induce a defenderse o repelar el ataque de que psicológicamente está intimidado y que cree se está cometiendo contra sus derechos. La honorable Corte Colombiana, dice al respecto: "La Legítima defensa subjetiva consiste, según los comentaristas, en que el sujeto cree razonablemente hallarse en las condiciones de la Ley cuando éstas no se encuentran reunidas, sobre todo, la de actualidad o realidad de la violencia o peligro. Es por ejemplo, el caso del individuo que cree que va a ser atacado por otro en su persona, su honor o sus bienes, por ser su enemigo y por tomar éste alguna actitud que infunda aquella creencia, pero sin ser ellos verdadero. Obvio es que, entonces la causal de justificación no existe, porque los actos humanos hay que apreciarlos, no en abstracto, sino en concreto; no como hubieran podido ser, sino como los protagonistas ." (20).

En otro fallo dice la Corte Colombiana: "Para que exista la legítima defensa subjetiva, y ella tenga virtualidad

suficiente para excluir de responsabilidad a un procesado, no obstante la desproporción real entre el ataque y la defensa del derecho atacado; basta que proporción exista en la mente del procesado, es decir, que en su conciencia se haya presentado esa agresión como un peligro grave e inminente, y sea esa conciencia la que determine la necesidad ineludible de salir a la defensa de ese derecho, de tal suerte que la proporcionalidad exista entre ese peligro y el medio empleado para repelerlo".

Para mí, no es todo acertado esta tesis, pues el delito si se realiza, se comete, lo que pasa es que pasa es que la Ley considera el hecho como exento de pena por obrar en legítima defensa, aunque subjetiva o sea error mental del hecho.

El Tratadista colombiano Vicente Arenas, en su obra "Comentarios al Código Penal Colombiano" parte general, tras lo siguiente en relación con la defensa subjetiva o putativa; "suele hablarse de legítima defensa subjetiva (putativa) cuando la persona, por error, se defiende de una violencia injusta que realmente no existía. En el presente caso al tenor del supuesto ó presunto agresión debe ser razonable en atención a los antecedentes y a las circunstancias reales o personales que lo acompañan. En estricto derecho es un error esencial de hecho en la persona.

Hittler también manifiesta al decir " Cuando concurren objetivamente los requisitos de la legítima defensa, estamos

en presencia de éste y funciona como circunstancia objetiva de exención de la antijuricidad. Puede darse sin embargo, el caso de que en concreto falta un requisito objetivo de la legítima defensa, pero que el sujeto cree erróneamente en su existencia. Así por un error de hecho, un individuo puede creerse amenazado en uno de sus derechos, mientras que el peligro no exista realmente. Ejemplo: En la oscuridad de la noche Luis es agredido por broma con un revólver por José su amigo, sin reconocerlo en medio de las sombras. Si Luis cree estar en peligro y reacciona hiriéndolo o matando al presunto agresor, no podemos afirmar que está en presencia de un caso de legítima defensa. Y estamos, en cambio en el terreno de la legítima defensa putativa, que si bien no juicia de la antijuricidad el hecho perpetrado, ella desaparece de la pena por razones atinentes a la culpabilidad. Al creer Luis hallarse en una situación de defensa no ha actuado culpable." (21).

El concepto pues, de legítima defensa subjetiva o putativa es que en la imaginación del que defiende se cree que es objeto de un ataque y sin esté se realice realmente, pues la agresión no es presente pero sí inminente, ya que ésta no se realiza realmente, y ante esta imaginativa creencia de ataque se defiende de puesto que la agresión, no está comenzada amaga realmente.

Luis Carlos Pérez, doctrinante colombiano, al referirse a la defensa legítima subjetiva, dice en su obra "Derecho Penal Colombiano" lo siguiente: "Putativo viene del verbo latino putare, que significa pensar, creer, juzgar acerca de una

cosa o más propiamente se deriva de putativus, que quiere decir aparente.

Así la defensa putativa, en sentido lato, expresa el concepto de reacción violenta contra un ataque que se juzga como real, pero solo es aparente. El sujeto piensa honradamente que se defiende, en virtud del juicio, falso, que se forma sobre la agresión inexistente.

Jurídicamente la legítima defensa putativa, requiere algo más que la falsa creencia de hallarse ante una violencia peligro imaginario-provenida de circunstancias objetivas tales, que racionalmente determinen en el criterio perturbado del sujeto una convicción sincera de que es necesario defenderse. Por eso no podrá decirse que ejerce la legítima defensa putativa quien, a causa de su personalidad psicótica y durante un fenómeno de alucinación, se sienta víctima de un ataque, que ningún fundamento tiene en la realidad objetiva, y da muerte o hiero a alguien. En este caso, el hecho se considera producido por la enfermedad mental. La legítima defensa subjetiva tiene, por consiguiente, un elemento objetivo imprescindible y así instituye su esencia como la reacción necesaria determinada por la creencia razonable, fundada en hechos externos, de un peligro actual, grave e injusto que realmente no existe. La figura es igualmente aplicable al error sobre la legítima defensa de la agresión como en el caso del que se rebela contra su detención por un agente de la policía



que, con orden de arrestar a una persona, en el momento de hacerlo no acredita su calidad. Pues así reacciona lo hace legitimamente."

La jurisprudencia de Cuba, aceptó la legítima defensa subjetiva, se caracteriza por la ausencia de una agresión ilegítima material, ejecutada o intentada porque tal requisito tiene vida en una representación mental que se hace al agente que se defiende basada en hechos concretos, anteriores o concurrentes, capaces, lógicamente de producir una idea que revista los caracteres vivos de una acción real que se espera.

## 9. LA LEGÍTIMA DEFENSA RECÍPROCA.

Esta figura jurídica se denomina también correlativa y consiste en que dos, o más personas en igualdad de circunstancias de enemistad o ataque, crean al mismo tiempo que son atacadas y simultáneamente proceden a defenderse. Es requisito indispensable a este fenómeno que existan dos partes y que ambas crean que sufren y se defienden al mismo tiempo de agresión injusta.

Florian más jurista que sus compañeros italianos, dice en su obra "parte general", hay defensa recíproca, cuando para uno de los contendientes había precisamente una defensa legítima putativa.

Esta figura dió coñeñzo en la vida jurídica, en un caso ocurrido en Italia, defendido por Enrico Ferri. El expositor italiano, agregó ante el Tribunal la existencia de legítima defensa recíproca siendo acogida por los jueces como valedera. Esta colisión de interés, en que intervino el profesor y que se da como el clásico ejemplo de este fenómeno jurídico ocurrió así:

Dos grupos de jóvenes adversarios políticos, se encontraron una tarde en la explanada delante de una taberna. De repente comenzó la pelea, que cesó cuando intervinieron los carabineros, con resultados de varios cuartos y heridos. Ferri alegó ante el Tribunal que el conflicto surgió porque estando los sujetos en tensión y receló, alguno de esos muchachos

creyó ver iniciarse el ataque de la otra parte y de esa modo provocó la reacción defensiva de sus compañeros, mientras que los otros atacados, se defendieron a su vez.

Otro ejemplo un poco más común, es el de dos personas que existían y uno de ellos le dice al otro en tono iracundo "ármate", porque donde te vea te mato. Quien oye estas palabras procede a armarse y después de pasado algún tiempo se encuentra frente a frente ambos enemigos por lo que instintivamente, quien profirió aquellas palabras para que el otro se armara, al ver a su enemigo llevarse la mano al cinto y desfundar su revólver, éste a su vez, saca su arma y dispara matando uno y resultando herido al otro, o hiriénndose ambos o resultando ambos muertos.

Algunos autores manifiestan que la riña, el duelo callejero, la pelea, conllevan necesariamente a la legítima defensa recíproca, pero hoy la mayoría de los autores modernos rechazan la legítima defensa recíproca, porque impara el principio entre los doctrinistas de que no existe legítima defensa contra legítima defensa.

Lorenzo Carnale, en la Argentina, ha sostenido la posibilidad de la legítima defensa contra la legítima defensa. Igual cosa creen el brasileño Pedro Vergara y el colombiano Carlos Arturo Acosta.

1.

En algunas jurisprudencias se establece que no hay legítima defensa recíproca, cuando antecede la riña, desafío, duelo criollo, pero la doctrina española excluye en un principio de legítima defensa cuando exista la riña, pero se ha reconocido también que la lucha aunque sea riña, se preceda de la agresión no puede invalidar esta causa justificante y sobre todo cuando hubo o hay dos episodios, al de la lucha primero y luego, cada aquella, aconteciendo por parte del más vigoroso de los dos contendientes.

## 10. LEGÍTIMA DEFENSA PRESENTIVA O PRIVILEGIADA.

La presunción sobre el ejercicio de la legítima defensa, establecida en el numeral 2, inciso 2 del Artículo 25 del Código Penal vigente y en el 2° inciso del Artículo 23 numeral 40 del nuevo proyecto del Código Penal.

En el derecho sustantivo colombiano de hoy, son dos las presunciones de legítima defensa.

1. El rechazo violento del que durante la noche escala o fractura ciertas, paredes, puertas o ventanas de una casa de habitación o de sus dependencias ; y
2. El rechazo violento del que es encontrado dentro del hogar ajeno, siempre que se reúnan estas dos condiciones:
  - a) Que no se justifique la presencia del extraño ; y
  - b) Que éste oponga resistencia.

La primera presunción requiere una circunstancia de tiempo y otra de lugar. En cuanto al tiempo, es indispensable que el escalamiento o la fractura se ejecuten de noche; respecto al lugar, es necesario que sean atacadas las casas de habitación o cualquiera de sus dependencias.

El segundo caso de defensa privilegiada no requiere la circunstancia de tiempo; el extraño puede ser repelido violentamente del hogar ajeno, cualquiera que fuere la hora

en que se le encuentre; de día o de noche.

La Ley pretende tutelar especialmente la tranquilidad de las viviendas contra los ataques criminales. Así, las siete de la noche, por ejemplo, no implican el mismo castigo en los campos, que en las ciudades de clima caliente, donde las actividades de las personas se prolonga hasta más tarde.

descalar las cercas o paredes es subir por ellas valiéndose de escaleras, etc... En general, estruendo el acceso por cualquier otro medio, como cuando el agente se apoya en los hombros del participo, o traspasa lasos, cuerdas, o cables, ganchos o parapetos dispuestos para esa fin, o para cualquier otro. Así, ese escalamiento servir de los alambres levantados para hacer una construcción vecina o para reparar la vivienda; encaramarse sobre un montón de objetos destinados ocasionalmente como los materiales con que se va hacer la obra; aprovechar la capota de un vehículo para saltar del otro lado, subirse a un árbol con el objeto de facilitarse en el interior de un patio o jardín.

Al que escala o fractura. Dice la norma, queriendo significar que el rechazo debe ser contemporáneo del escalamiento o de la ruptura. Si es posterior, como ocurre con el que se lleva a cabo contra quien ya pasó las cercas o puertas y penetró en un patio, no existe la presunción por este aspecto sino por el de rechazar al agresor que se encuentra ya adentro, y esto si se reúnen las exigencias establecidas.

Fracturar es romper las cercas, paredes o puertas. La acción denota violencia física sobre las cosas que delimitan o custodian una heredad. Quién emplea una llave falsa no fractura; pero si con ayuda de ese instrumento logra entrar en la casa, el habitante puede rechazarlo y su acto queda privilegiadamente defendido como dispone la segunda parte del inciso.

El rechazo puede tener cualquier consecuencia: la muerte o lesión del invasor. Y es apenas natural que así sea, pues el que defiende su casa o heredad del atacante nocturno no está capacitado para calcular exactamente las dimensiones del peligro, ni los grados en la necesidad de repeler el ataque. Precisamente, para evitar que la justicia haga cálculos aventurados sobre la equiparación entre la ofensa y defensa, es por lo que la Ley presume la justificante, bastando que el ataque sea nocturno y que sea evidenciado con la rotura de puertas, ventanas, cercas o muros de un lugar habitado.

Naturalmente, quien sostenga lo contrario debe probarlo. Y lo contrario es; que no hubo evasión nocturna; que no se está haciendo ruptura ni suculamiento que el contra-ataque fue extemporáneo.

Investigación del numeral 3 del artículo 204, que agrava al robo cuando se comete aplicando violentamente a un lugar habitado o a su dependencia inmediata, el inciso 2º del numeral que estamos comentando

no exige sino que la fuerza recaiga sobre las cercas, paredes, puertas o ventanas " de su casa de habitación o de sus dependencias." Tiene, pues mayor amplitud esta última disposición. Dependencia no inmediata de una casa habitada es, por lo tanto, el solar contiguo, la manga o petre donde pastan los animales, las pesebreras, la huerta, y desde luego, las instalaciones inmediatas como son el lugar donde duermen los criados, las bodegas, almacenas, viveras, pajareras, palomeras, baños, lugares para tomar el sol.

Al decir su casa de habitación, el artículo no se refiere al dominio que el atacado tenga sobre la vivienda. Es suficiente que lo ocupe él solo o con su familia o allegados. La justificante presuntiva existe aún en el caso de que solamente habite una dependencia, dejando las demás como depósitos, bodegas o instalaciones para el trabajo.

El encastre de un extraño dentro del hogar, que forma parte del inciso 2º del Artículo 25 del actual Código Penal, justifica presuntiva o privilegiadamente como defensa legítima, la actuación del que rechaza al extraño que se encuentra dentro de su hogar, a cualquier hora del día o de la noche, siempre que se reúnan las circunstancias que el mismo precepto exige, y que exanimados subseguida.



Explicase la justificación por la necesidad de defender otros bienes jurídicos referentes a la persona; al hogar. El rechazo del invasor nocturno exige que éste ejerza violencia sobre las cosas que protegen la casa de habitación o sus dependencias.

En cambio, el hallazgo del extraño que ya se ha introducido al hogar, no requiere violencia. El ingreso puede hacerse por la puerta que otros han dejado abierta, o empleando maniobras fraudulentas, como las llaves falsas; son falsas inclusive las legítimas que emplea quien carece de derecho para hacerlo.

Extraño al hogar es toda persona ajena, es decir, que no forma parte de él, aunque sea conocido por los dueños y ocupantes de la casa. El autor no espera que por su cuenta pase los umbrales de la habitación, es un extraño. Puede que la existencia le sirva para justificarse, esto es, para demostrar que su presencia es debida o que está dentro de los límites permisibles. Pero si reacciona ante la interrogatoria del dueño, se sale conclusivo de toda excusa y queda en un terreno anti-jurídico.

El privilegio defensivo opera en favor del habitante de la casa, si el extraño no justifica su ingreso y opone resistencia.

La justificación es la demostración, o al menos la insinuación, de algún derecho para estar allí; pueda tratarse

de un invitado del hijo a quien reconozcan los demás miembros de la familia; de un huésped del conyuge, etc. o de un agente de la autoridad que ha entrado a practicar una requisita; de un bombero que necesita tomar medidas para evitar la propagación de un incendio, o que ofrece protección a los habitantes de la casa, antes que estos se hayan paralizado del almidoro. El agente del conyuge no tiene derecho para entrar, sin el permiso del otro conyuge. Su presencia a título de tal, es injustificable siempre.

La justificación de la presencia del extraño en el interior del hogar, no importa una simple apreciación subjetiva del dueño o jefe de la familia. Los términos que emplea la Ley son impersonales y, por lo tanto, más amplios. Sin pro que no se justifique su presencia allí", es decir, cuando a juicio de cualquiera no haya derecho para que el extraño está en ese sitio. Si hubiera querido dejar la apreciación al habitante de la casa, habría dicho: "siempre que no justifique su presencia allí", o siempre que el dueño u ocupante no declare su presencia allí.

No opera la justificante cuando el dueño o inquilino actúa violente y desechando todas las razones que le dé el pretendido invasor. Esto puede ser un invitado de otro miembro de la familia; puede haberse introducido a causa de un error, o por un trastorno momentáneo como el estado de embriaguez u el somnambulismo; o puede haber penetrado buscando refugio contra una persecución o disgusto.

21

Finalmente se requiere que el extraño oponga resistencia. Resistir es la demostración de la ilegitimidad del ingreso. Si tranquilamente se apresura a salir el intruso, bien por haber caído en la cuenta del error, bien por la sorpresa misma de la flicitud cometida (violación de domicilio), y aprovechando ese estado el dueño de la casa ataca y lo hiera, no obra la causal presuntiva en favor de éste.

La resistencia a que se refiere el Artículo es física y no moral.

Finalmente la Ley exige que el extraño esté dentro del hogar ajeno, esto es, exige que haya traspasado el umbral y se encuentre en los pasillos, corredores o habitaciones; o que haya abierto indebidamente una puerta, o escalado un muro, o violentado una pared o cerca, y se encuentre en el patio, en la cocina o en cualquiera de las dependencias pertenecientes a la habitación.

Por lo mismo no merece la justificación quien agrede al que se encuentra dentro del edificio de varios hogares, pero fuera del que es propio. Tampoco la merece quien se lanza contra el ocupante de una zona común a varios hogares, como el vestíbulo de un edificio de apartamentos, regulado o no por las normas sobre propiedad horizontal; ni en los ascensores, básculas, garajes y demás lugares comunes a dos o más familias.

Finalmente deja de ser jurídica la conducta de quien ataca al extraño que pasa o permanece en el jardín o antejardín, en el portico, en las gradas, antes de

haber rebasado el umbral.

El concepto de hogar acogido por el Artículo, es el conjunto de familia, legítima o ilegítima, de ascendientes, descendientes o colaterales que viven bajo un mismo techo.

Asimismo a miembros del hogar los citados y demás personas que, sin pertenecer al grupo familiar o amistoso, habitan la misma casa y sirven en ella, a los que aún sin servir permanecen como invitados o huéspedes. Como está visto estos no son extraños.

El inciso 2º del Numeral 4 del Artículo 20 de la reforma del C. P., sobre la defensa preventiva e privilegiada dice: "Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indolentemente, le intenta penetrar o haya penetrado en su habitación o dependencia inmediata, cualquiera sea el daño que le ocasiona,

Tomamos los comentarios de este inciso que el respectivo ha hecho el doctor Pedro Vargas Vargas, en "El Espectador", periódico de amplia circulación.

Este numeral es idéntica copia del 2º del Artículo 25 del C. Penal que aún no se rige. La diferencia de éste en lo siguiente:

a) La expresión "A su habitación" es, por el incorrecto empleo del posesivo su, ambigua. No se sabe si el dicho su se refiere a la habitación del extraño o a

la del que lo rechaza.

b) La frase : "cualquiera que sea el caso que le ocasione" también es ambigüa. Plantea la duda sobre si el que causa el delito es el morador de la habitación, o el que en ella intenta penetrar o haya penetrado.

c) A partir de la vigencia del "moderno" estatuto, no será necesaria la simulación de la HUELGA de la violencia (agresión según los "modernos") y la ACTUALIDAD de la misma. Esto porque el proyecto mediante la confesión suprativa, implica la coexistencia de las circunstancias indicadas por los montados vocales.

d) Según los "modernos", el interés que se protege con este numeral no es la vida, bienes, integridad física y moral de las personas. Son todos los derechos de las mismas. De tal manera que, con la vigencia del "moderno", ninguna persona podrá por ejemplo; disparar con arma de fuego letales; incluso la muerte contra el pobre que ha buido después de haberse hurtado por hambre una ración.

e) Los "modernos" no exigen violencia; sino agresión. AGRESIÓN según la real Academia, significa: "acción y efecto de agredir; Agredir, quiere decir: "Acostar a alguno para matarlo, herirlo o hacerlo cualquier daño". Entrecogido advertido se contradicen, porque la agresión sobre el significado de esta palabra, jamás puede realizarse contra animales, cosas o derechos.

Únicamente contra personas, lo correcto, pues es, como dice el vigente estatuto : "Defenderse o defender a otro." Lo que no puede haber legítima defensa en quien dispara, por ejemplo, contra el carterista que hoye llevándose la cartera que arrebató minutos antes.

Cuando el proyecto y el Código Penal vigente: "Siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión", se refieren, aunque los modernos, pugnan por no entenderla a la vida y a la integridad física de los asociados.

Es porque ningún derecho puede, jamás ni nunca, ser superior a la vida humana, en este caso la proporción se contrae a los medios empleados por las partes, los que, como sabido es, deben ser examinados por el juez, objetiva y subjetivamente.

Si siendo que el Honor no es un derecho, sino el concepto que uno tiene de sí mismo (honor propiamente dicho) y ese concepto que la gente de uno tiene (honor u honor objetivo), los "modernos" dejaron esta causal sin base, significa esto que, a partir de la vigencia del proyecto, quien proceda en legítima defensa de su honor será responsable, porque repetimos, el honor no es un derecho, sino una simple opinión.

Es peligrosísimo el general que analizamos, porque servirá a los antisociales y mafiosos, de hábil in-

trumento para encajar a sus denominadas "culebras" ejemplo: el mafioso Juan, no quiere pagar \$20.000.000.00 a Diego por concepto de drogas. Para engañarlo le dice: Ven a mi residencia para pagarte en efectivo. Al llegar Diego, ingénuamente a la puerta de Juan. esta, en presencia de testigos, le dispara el corazón y lo mata. Después en su injurada, Juan dice: intenté penetrar arbitrariamente a mi residencia y por eso lo mate. Aquí terminó todo! Qué horror! Dios anhela que la primera "culebra" no sea un miembro de la comisión redactora del "moderno proyecto". Y cuidado, en Colombia, con las visitas, cuando los visitados no se encuentran en casa. Las visitas deberían hacerse con testigos, y si no nos habren la puerta para mandarnos a pasar, no entremos, porque lo indebido de la penetración de la habitación ajena, es para el morador, cosa subjetiva. Siendo así, está puede considerarse como indebido el que una persona se encuentre en la sala de su casa, esperándole. En este caso podrá sacar el revólver y darle un tiro, sin consecuencias penales para él. ¡Cuanta barbaridad!

(22).

## II. EXCESO DE DEFENSA.

Está figura representada por defecto o por carencia de algunos de los requisitos esenciales de la legítima defensa y radica principalmente entre la desproporción entre el ataque y la defensa. Se habla pues de ausencia de esta causa eximente, cuando faltare otra de las condiciones que se exigen como la injusticia de la agresión, etc., hay exceso cuando los medios reactivos que el agredido tenía a su disposición están en desacuerdo proporcionalmente como los medios adoptados, tanto que hay exceso porque son mayores los medios empleados que la agresión misma.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho sobre el exceso: "El exceso, la ligereza o la culpa pueden buscarse en la falta proporción entre el peligro y el medio empleado para repelerlo, más no cuando falta el elemento de la injusticia en la amenaza, pues entonces no podrá haber exceso, sencillamente porque la legitimidad está ausente. Tampoco cabe con propiedad el exceso de defensa cuando el matador, por obrar de su voluntad y de su entendiente cierto del peligro, lo busca sin embargo, mediante agresiones graves que harían reaccionar quizás al más tímido de los hombres. Y es porque en la precipitación, error de cálculos, ligereza u otra culpa, no hay el debido conocimiento ni verdadera voluntad, de modo que pueda caber el exceso como culpa; no así cuando el peligro amenaza como consecuencia casi obligada de un hecho voluntario del matador pues aparece el dolo". (23). El exceso de la defensa legítima es distinto de la



legítima defensa subjetiva o putativa, puesto en el primero hay extralimitaciones en los medios empleados en la defensa al repelar un ataque real ya iniciado, en la subjetiva este ataque no se ha iniciado y sólo el peligro de la agresión está en estado amenazante y que por error al que se defiende existe el peligro inminente.

La jurisprudencia de Colombia ha dicho sobre esto: "El exceso en la legítima defensa es distinto (del de la subjetiva) no hay entonces error fundado sobre la actitud del presunto atacante, sino que existe un verdadero peligro inminente, una violencia que amenaza, y de ella se defiende la presunta víctima, pero excediendo los límites de lo necesario, esta es, sin guardar la proporcionalidad entre la violencia y la reacción, o como dicen los clásicos, sin guardar el moderamen inculpatae tutelae".

Según el texto del Artículo 27 del C. P., (dice la Corte colombiana), en el exceso en la legítima defensa son indispensables los mismos elementos que en la defensa propia para que sea legítima, con la única diferencia de que no hay proporcionalidad entre la violencia que amenaza y la reacción, esto es, de que no se guarda el moderamen inculpatae tutelae de que hablan los clásicos. El exceso se refiere no a la situación objetiva de peligro, sino más bien a la elección de los medios casi siempre determinada por el terror. La defensa no es legítima, por tanto, cuando faltare alguno de los elementos que

B.

la constituyen; pero si uno de ellos concurre, más en forma irregular o viciosa, surge entonces la figura del exceso en la legítima defensa. Así, pues, la figura del exceso como en la naturaleza de las cosas lo indica, es accesoria de la defensa y, además, consecuentemente si la causal falla en alguno de sus elementos constitutivos, falla también la figura accesoria del exceso en el mismo elemento faltante.

Algunos autores tratan el exceso de la legítima como dolo, o culpa, incertidumbre, temor o miedo.

En Colombia no se reprime el exceso de defensa a título de culpa, u otra causa, sino la trata como eximente o atenuante especial de la responsabilidad y la sanción se disminuye según la señalada para la infracción.

La interpretación que corresponde al artículo del exceso de la legítima defensa en nuestro C. P., es distinta a la que ocurre en otras legislaciones, en las que el artículo que consagra la circunstancia atenuante del exceso en la legítima defensa está concebido en términos distintos, que dan fundamento para que al hecho realizado en esas circunstancias se le dé el carácter de culposos. Entre esas legislaciones están la Argentina y la Italiana.

Soler, tratadista argentino, dice en cita traída por Luis Carlos Pérez; la condición esencial para que se configure el exceso es la preexistencia de una condición ob-

jétiva de justificación, una agresión ilegítima, una situación de necesidad, un deber de obediencia, un derecho en ejercicio, según el caso, de modo que el exceso se refiera a los límites de la acción, no a su inicial licitud. Por eso, más llamaso exceso a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada.

El Artículo 30 del "moderno" estatuto dice:

Artículo 30. ACCESO. El que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de justificación procedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada por el hecho punible.

Esta disposición como las anteriores, no hace más que reproducir, con desgravada vestimenta, el contenido del Artículo 27 del actual Código Penal que la letra ordena:

"El que al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas en el artículo 23, exceda los límites impuestos por la Ley, la autoridad o la necesidad incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada por la I N F R A C C I O N

La expresión "incurrirá en una pena", que incluida ésta en el mencionado Artículo 33, ofrece, jubilosamente, un adjetivo indefinido calificado: Una este adjetivo, llamado

también artículo, es calificado porque sobra, es ríspido. En consecuencia la correcta redacción de dicha expresión es : "incurrirá en pena".

Y nuevamente repitan los modernistas "hecho punible", locución traída por los cabellos a Colombia, por el semi-alemán Alfonso Reyes Echandía.

Esta locución o repelente frase sustantiva, significa: "Hecho que merezca castigo". Pero los modernos, cuando en el proyecto hablan de penas y de medidas de asistencia y protección, no admiten que las penas jamás son castigos, y que mucho menos pueden serlo las mencionadas medidas. Que la vamos a hacer !

Los "modernos" sostienen que ellos no son peligrositas; sin embargo, propendieron a la vigencia del inciso segundo del Artículo, que comentamos, propio de la escuela positiva. El dicho inciso, que no figura en el Artículo 30 de lo que, a la ligera, aprobó, según decires de "El Tiempo" del jueves 24 del pasado mes (febrero de 1930) El Gobierno Nacional dice:

"En casos especialmente favorables podrá otorgarse la condena condicional".

Obsérvese que, con afán astuto de mostrar algo nuevo en lo que laboraron, suprimieron la fórmula: " para el sindicado", con la que el inciso segundo del Artículo

27, del actual Código Penal brinda mucho mayor claridad y mucha más precisión.

El Artículo 32, del "moderno" proyecto, por otra parte, no traza límites dentro de los cuales debe actuar quien proceda en legítima defensa o en estado de necesidad.

Por esto no entendemos dicho artículo cuando leamos: "El que se exceda en los límites propios de cualquiera de las causas de justificación... Correcto es, y también más claro y preciso como escrito está en el 27 del Código vigente, este es: " el que excede los límites impuestos por la Ley, la autoridad o la necesidad"

El Artículo 32, del proyecto que hace tiempo veníamos comentando, figura en lo que, según "El Tiempo", ha aprobado a priori el Gobierno Nacional, como 29. Ha que en realidad lo único nuevo de lo publicado por "El Tiempo", que dentro del año próximo habrá de iniciar su conflictivo vigencia, es el legít cambio de números de los artículos, ejemplo, y como ya lo hemos expuesto el 33 del proyecto, equivale al 30 de lo ya aprobado. Esto parentéticamente no exige la obligación de continuar, en nuestras próximas críticas, el orden de las disposiciones del proyecto, indicándole al lector su equivalente en el "moderno" estatuto penal.

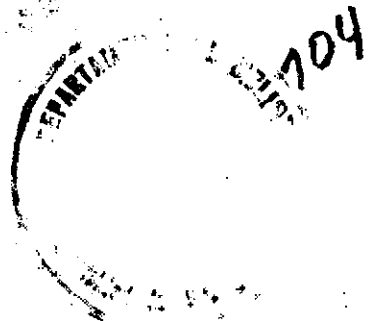
Finalmente, cuando el actual Código Penal, dice "Incurrirá en una sanción", en esta norma incluye: LAS PENAS, LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS

DE PROTECCION, pero cuando el "moderado" dice: "Incurrirá en una pena", sus redactores inadvertidamente, excluyen las medidas de asistencia y de protección, no obstante que de ellas también hablan, sin que hayamos podido entender, por la intrusa conjunción copulativa (y) con que las ligan, si las dichas MEDIDAS son una misma cosa, o diferente. (29).

(Pedro Vargas Vargas, El Espectador, febrero 16/40)

## 12. CITAS

- (1) Leyes de 1905, Lo India, T. VIII Pag. 349 a 350
- (2) Criminalrecht der Romer Edición 1944 citada por Florett y Zerboglio.
- (3) Francisco Carrara, Programa T.I. Pag. 300
- (4) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, T. IV. Pag. 26.
- (5) Floretti y Zerboglio, sobre la legítima defensa, Pag. 139.
- (6) Casación, Junio 11 de 1946.
- (7) Sentencia, Marzo 1º de 1949
- (8) Luis Carlos Pérez, tratado de Derecho Penal. T. II. Pag. 165.
- (9) Carrara Programa, Parágrafo 2997
- (10) Casación, Marzo 3 de 1934 "C.J". T. All III, Pag. 316.
- (11) Sentencia, Marzo 1º de 1949, "O.J"



- (12) Fallo, de junio 14 de 1955, "O.J".
- (13) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal T IV. Pag. 173.
- (14) Manzini, Tratado T. III . Pag. 195
- (15) Fioretti y Zerbito, sobre la Legítima Defensa Pag. 224.
- (16) Luis Carlos Pérez. Tratado de Derecho Penal, TII. Pag. 17..
- (17) Jorge Dávila Hernández. Legítima Defensa del Honor. . Pag. 74.
- (18) Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal Pag. 291.
- (19) Alimena, Limites . Tomo III. Pag. 51.
- (20) Casación, Julio de 1950 . "O. J". Pag. 576.
- (21) Antonio V. Arenas, Comentarios al Código Penal Pag. 230.
- (22) Pedro Vargas Vargas. El Espectador, febrero 27 de 1950



(23) Casación, Marzo 3 de 1934, "G.J" Pag. 10

(24) Pedro Vargas Vargas, El Espectador, febrero  
16 de 1930.

### 13. CONCLUSION

Del contenido de esta tesis, podemos sacar las siguientes conclusiones:

**PRIMERA:** Se ha demostrado que la Legítima Defensa es un derecho, que se ha establecido para proteger la vida, honra y bienes de una persona o de un tercero, que se ven gravemente amenazados por una violencia o peligro actual contra el cual no hay alternativa sino repeler el ataque de que es víctima contra-atacando a su vez al autor del ataque, violentamente si es necesario, hasta hacer perder la vida, incluso del violador de nuestros derechos.

Este derecho de defensa ha sido conocido e instituido desde tiempos muy remotos, porque se basa en un derecho propio de la persona para proteger su vida e integridad corporal, que se extiende por humanidad y espíritu de solidaridad hacia terceras personas y por tal circunstancia es causal de justificación del hecho.

**SEGUNDA:** Considero jurídicamente lógico que la Ley justifique la conducta del que legítimamente repela un ataque injusto, porque precisamente la injusticia de l ataque y el peligro grave en que se pone la vida de la persona, impulsa a ésta con su natural instinto de protección a que reaccione inmediatamente contra el autor de los actos aten-

tores. Pero así como es de importante dentro del marco jurídico y legal la Legítima defensa, es necesario igualmente que ésta sea completamente repressiva de la lesión de nuestro derecho vital. Esta lesión debe quedar plenamente establecida ante la Ley, para que ésta pueda considerarla como justificativa de la conducta del defendido y protegerla amparándola con la eximentas de la sanción respectiva. Los Abogados defensores, pues, deben preparar sus defensas con todos los elementos probatorios necesarios para que no le quede duda al Juez, ni al Jurado sobre el particular.

**TERCERA:** En las normas que establecen la Legítima defensa en Colombia, se encuentra la presunción de ésta cuando se encuentra a un sujeto dentro del hogar sin que motive su presencia allí y oponga resistencia. La Legítima defensa en este caso es tan delicada cuando se debe presentar, que se debe tener mucho cuidado, ya que se presta al abuso del derecho, pues el hecho se realiza en la mayoría de las veces sin testigos y el agresor si resulta cierto no puede hacer relato alguno de la forma, tiempo y lugar de concurrencia de los mismos. Los jueces deben tener esto muy presente y agotar todos los medios a su alcance para establecer la verdad. Para ellos se dificulta aún más, la situación cuando se trata de la legítima defensa putativa o subjetiva, puesto que el elemento psicológico es muy difícil de probar, muchas veces tan

sutil es, que debe atenderse al dicho de quien se defiende y como el caso explicado anteriormente, se presta a un abuso del derecho, pues si resulta muerta la persona, no hay quien desvirtue las afirmaciones de quien sufrió el error de hecho y procedió a defenderse. En ambos casos de legítima defensa, es conveniente que el investigador a quien le corresponda averiguar la ocurrencia de los hechos, proceda con mucho cuidado y agote todos los recursos investigativos a fin, de que como dije anteriormente, pretendiendo una legítima defensa, lo que ocurra sea un abuso del derecho.

Finalmente concluyo que la defensa, para que sea legítima debe ser tan clara, objetiva, y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apartencia favorable a quien alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió. De otra manera toda ríñia imprevista, todo acto de ira injustamente provocado, etc., se convertiría en acción excusable.

14. ETIMOLOGIA

- Tratado de Derecho Penal..... Luis Carlos Pérez
- Defensas Penales..... Luis Jiménez de Asúa
- Sobre La Legítima Defensa..... Fioretti y Zerboglio
- Programa..... Francisco Carrara
- Doctrinas Penales de la Procuraduría ...J. Zafra
- Jurisprudencia Colombiana..... Gaceta Judicial
- Elementos de Derecho Penal..... Lozano y Lozano
- Derecho Penal.. ..... B. Cuello Colón
- Comentarios al Código Penal Colombiano  
Antonio Vicenté Arenas
- Derecho Penal..... G. Maggiore
- Principios..... Eduardo Almagro
- Tratado ..... Manzini
- Derecho Penal..... Sebastian Coler
- El Espectador..... Pedro Vargas Vargas.