

REPUBLICA DE COLOMBIA.

19

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLITICAS.

DECANO

Dr. Mario Alario Di-Filippo.

PRESIDENTE HONORARIO

Dr. Juan Ignacio Gómez Naar

PRESIDENTE DE TESIS

Dr. Ignacio Vélez Martínez.

EXAMINADORES

Dr. Juan Pupo Villa
Dr. Efraín Aldana M.
Dr.

SECRETARIO DE LA FACULTAD

Dr. Carlos Wright Martínez

S. C. I. B.
00018899

22617

"Si las leyes Civiles deben inspirar la perfección en el hombre, no pueden exigirlo: Podrán dar mártires al heroísmo, como la religión los ha dado a la fé, pero no pueden, como la religión, castigar a los que no tengan el valor que exige semejante sacrificio."

Filangiere; Scienza della Legisl, 7,111,37

Artículo 83 del Reglamento de la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas.

" La Facultad no aprueba ni desaprueba las -
opiniones emitidas en las Tesis; tales opinio
nes deben considerarse propias de sus autores"

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

DEDICATORIA.

A mis padres, con toda veneración, amor y cariño que les profeso, en prueba de agradecimiento eterno.-

A mi esposa y a mi hija, como pequeña ofrenda de mi gran amor; y

A mis hermanos, fieles y leales compañeros de toda la vida.-

345.126
133

5

DE LA RESPONSABILIDAD

AÑO DE 1.954

Tesis de grado presentada por el
señor VLADIMIRO VELEZ DE LA LAS-
TRA. para optar el título de Ab
gado.

INTRODUCCION.

El trabajo que hoy presento a la consideración del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para optar el título de Abogado, - no puedo decir que es una obra original, pues son innumerables los autores del Derecho Criminal que han -
 traginado sobre esta materia, -Ella contiene solamente, un poco de esfuerzo personal, y los criterios que sobre el particular han estado a mi alcance emitir.-

Deseo al despedirme de la Facultad, en donde pasaron los mejores años de mi vida, ratificar una vez más el aprecio que siempre he profesado hacia mis profesores, y de una manera especial al doctor Ignacio Vélez Martínez, quien a lo largo del camino que recorrí por las aulas, fué incansable consejero y rector moral en mi -
 formación espiritual.-

Puede estar segura la Facultad de Derecho, que en la - nueva etapa que hoy voy a emprender, sabré poner en alto los ideales y enseñanzas que en ella aprendí; y que las clases de ética profesional aprendidas empíricamente en la conducta de mis profesores; serán siempre la luz que me iluminará en el sendero de la vida.-

Quiero también exhortar a mis compañeros y a los que hoy cursan estudios en tan digno plantel, que no olviden jamás los deberes que hemos adquirido para con ella al haber estado en su regazo.-

7

Por último, quiero también manifestarle al personal subalterno de la Facultad, y en especial al gran Serafin mis grandes sentimientos de aprecio hacia -- ellos.-

DE LA RESPONSABILIDAD.

La comisión redactora del Código Penal, en lo referente a la Responsabilidad (Capítulo 21), tuvo como única guía, el proyecto de Enrico Ferri del año de 1,921, pero siempre variando un poco su técnica; así tenemos que:

Dice el artículo 18 del proyecto de Ferri, "Los autores y coparticipes de un delito son siempre legalmente responsables, excepto en los casos, de justificación del hecho".

En cambio, nuestro Código se inicia, en lo referente a este capítulo, de esta manera: " No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete".

Como se puede apreciar, la diferencia es poca, pues - mientras aquel consagra la responsabilidad legal de los autores y coparticipes de un delito, y luego las causas por las cuales se puede justificar; el nuestro consagra la irresponsabilidad y las causas o motivos que rebajan las penas en los casos de responsabilidad.- También tenemos, que mientras en el proyecto de Ferri se consagran cinco (5) causales de justificación del hecho: (Coacción, ignorancia, cumplimiento de la ley o de una orden superior, legítima defensa y estado de necesidad); el nuestro, establece seis (6), en la siguiente forma: Tres (3) en el artículo 23, y tres (3) en el artículo 25.-Indudablemente que el proyecto de Ferri es mucho mas científico y practico, puesto que conlleva tanto las manifestaciones positivas (Ignorancia, a

la ley, obediencia superior, estado de necesidad y legítima defensa); como las manifestaciones negativas, (Coacción e ignorancia); en tanto en nuestro Código penal existe una división que no se justifica y, hasta se le ha dado un significado diferente, a pesar de ser extraído del proyecto de Ferri.-

FUNDAMENTO CIENTIFICO DE LA JUSTIFICACION Y
DE LA EXCULPACION.-

Como es sabido, la escuela clásica tiene como uno de sus cimientos principales, el libre albedrío, de allí que para ella, el ser humano, es responsable cuando el acto le es moralmente imputable, • sea cuando el sujeto ha actuado con inteligencia y voluntad libres.-En esta forma cualquier cosa que obstruya la voluntad • la inteligencia,- acarrean la exclusión de la pena • disminución de la responsabilidad penal.-

Esta escuela diferencia entre las causas que afectan la inteligencia y las que perturban la voluntad: Las que afectan la inteligencia son de dos órdenes: Físicas • Morales.-Las primeras son: "El sueño, la edad, el sexo, el serdomedismo y la enfermedad mental".-Y la segunda • La ignorancia y el error.-

Las que perturban • afectan la voluntad son: " La coacción propia • impropia, el impetu de las pasiones y la embriaguez.-

Según los clásicos, todas estas causas, privan al ente de la facultad de discernir y de obrar, y en esas circunstancias no puede haber responsabilidad moral, y por lo tanto el hecho se justifica; como en el demente, que carece de la facultad de pensar, • del que actúa bajo coacción por carecer de libertad.-

Estas mismas causas, posteriormente fueron divididas por

M

ellos en tres categorías:

1°. Causas dirimentes o de disminución, que son aquellas que eliminan o atenúan la responsabilidad, según supriman o disminuyan en el agente la capacidad de entender o de querer.-

2°. Causas de justificación si eliminan en el agente la intención criminal, por haber procedido coaccionado por una fuerza moral superior que concede derecho para la ejecución del acto; y

3°. Causas de excusa, o sean aquellas que no consideran el acto como lícito, pero que eximen de la pena en atención a las circunstancias especiales en que se ejecutó el acto.-En último término, estas causas se reducen a la provocación.-

En cambio la escuela positiva hace caso omiso al libre albedrío y enseña, que para ser responsable de un acto sólo se necesita que se haya violado la ley penal.-Que el derecho penal se aplica en abstracto, a todo el que haya cometido un delito, y en concreto a todo aquel que constituya un peligro para la sociedad en donde vive.-Que en los casos de justificación negativa, el sujeto está exento de responsabilidad puesto que el resultado no es fruto de su actividad, y porque no actúa con intención.-En los de justificación positiva, igualmente es irresponsable, porque aún cuando actúa con intención, ésta se afianza en la ley y en el derecho.-

ARTICULO 23 DEL CODIGO PENAL.

" No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

1°. Per insuperable coacción ajena • en estado de sugestión hipnótica • patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo.-

2°. Con plena buena fé determinada por ignorancia invencible, • por error esencial de hecho • de derecho, no provenientes de negligencia.-

3°. Per ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones.-

LA COACCION.

Sobre la coacción trata el numeral 1° del artículo 23.-

Cuando se actúa bajo el peso de la coacción, el sujeto procede sin dolo ni culpa; y como dicen los artículos 11 y 12 del Código, que cuando no han mediado ninguno de esos dos elementos las infracciones no son punibles; luego el coaccionado está eximido de responsabilidad.-

Hay también que tener en cuenta, que el hecho se cometa "por insuperable coacción ajena", como dice el Código, pues si el coaccionado, pudiendo evitar la coacción no lo hace, debe entonces responder ante la ley de su acto, y ésta debe sancionarlo por no evitar la comisión del he

che pudiéndolo hacer.-Lacoeacción pues, debe ser absoluta en ningún caso relativa.-

LA COACCION PUEDE SER FISICA O MORAL.

Para que pueda decirse que la voluntad humana concurre en un acto es preciso, que, como voluntad libre, sea el principio eficiente de la acción, y siempre que el hombre no es la causa verdadera, sino más bien un instrumento sometido a una fuerza mayor, siempre que el hombre está subordinado a la violencia, no obra por sí, llegando a ser inconcebible aquel propósito criminoso en el que se haya toda la esencia del delito.-Sin embargo, como el hombre es una fuerza compuesta de dos elementos, una la fuerza orgánica corporea, otra la fuerza del espíritu, puede ser sometido a coacción, 1º cuando una fuerza mayor, dominando la fuerza orgánica del cuerpo, se sirve de ella como un instrumento para realizar un acto dado, y 2º cuando una fuerza mayor, venciendo la del espíritu, hace que este impulse a la fuerza corporea a alguna acción determinada.-El primer caso constituye la coacción física; el segundo la coacción moral.-

Ahora bien, si el coaccionado ha consentido en la sugestión hipnótica, se hace responsable del hecho cometido por él en tales circunstancias, puesto que debió prever los resultados, ya que tenía conciencia plena de lo que iba a hacer.-La coacción pues, debe ser insuperable.-

LA IGNORANCIA Y EL ERROR.

El numeral segundo del artículo 23 contempla la ignorancia y el error como causas de justificación.-

La previsión de las consecuencias de nuestro obrar significa que, antes de producir un acto dado, conocemos cuales serán los efectos que ha de ocasionar, y en cuanto al hecho se ha visto en la conciencia del ser que obra, antes que venga a determinar al hecho de su movimiento orgánico; esta determinación nace del propósito.-El saber que un acto por nosotros producido originará un evento determinado que constituya una violación de los preceptos jurídicos supone dos conocimientos: uno, de derecho; otro, de hecho.-El primero, que nace de la comparación entre el evento previsto y el mandato de la ley, el segundo, derivado del vínculo causal que existe entre nuestro movimiento y aquel evento.-El primer conocimiento no debe faltar en los seres humanos, dotados de inteligencia y libertad, sino cuando estén en condiciones anormales, ya que la ley promulgada debe reputarse siempre conocida (ignorantia, vel error juris non excusat).-

Però el segundo, que es el conocimiento de hecho, referente a las consecuencias de nuestra determinación para realizar un acto cualquiera, no está sujeto a presunción de ninguna clase, y puede faltar; de aquí nace el principio según el cual pueden considerarse como negación del dolo la ignorancia y el error de hecho.-La ignorancia y el error -

difieren entre sí, pues la una expresa la carencia absoluta de todo conocimiento y toda opinión con relación a una materia determinada, y el otro significa que el hombre cree conocer, teniendo por verdadero lo que es falso; pero tanto la ignorancia como el error tienen de común el producir, como consecuencia, la involuntariedad del hecho en el que es causa física del mismo, porque el ser que obra no ha previsto el vínculo causal entre la acción que realizó y el evento contrario al derecho (ignorantia vel error juris non excusat).-

Esta doctrina fué formulada expresamente en el derecho Romano, donde se establecía como regla general que el desconocimiento de hecho por error o ignorancia anulaba el dolo. Así, no cometía plagio el que ignoraba que fuese libre el hombre a quien robaba.-El que llevaba consigo una cosa erróneamente creía que le pertenecía no cometía hurto ni rapiña, y el que ignoraba el parentesco no cometía incesto.-De todo lo cual se deduce, como criterio práctico, para distinguir de un modo indudable la voluntariedad del discernimiento, - que el evento imprevisto derivado de nuestro propio obrar nunca es voluntario, y, por lo tanto, no puede considerarse como dolo.-Pero si lo imprevisto es causa de exclusión del dolo, hay que hacer en este punto una distinción, pues lo imprevisto podía ser, o previsible, o imprevisible; en otros terminos, unas veces la ignorancia o el error son vencibles; otras, por el contrario, son invencibles para el ser que obra.-

La ignorancia es vencible cuando mediante cualquiera actividad del sujeto, puede él tener conocimiento de la cosa. -Es invencible, cuando aunque despliegue toda su actividad al respecto le es imposible obtener ese conocimiento.

El numeral 2º habla de "ignorancia invencible, y de error esencial"; es decir que deben estar completamente alejados de la negligencia pues de lo contrario el hecho es imputable.

El mismo numeral 2º al tratarse de "error esencial de derecho", se refiere únicamente a las leyes civiles y administrativas, pues si hubiese sido distinta la intención del legislador, se hubiese acabado en nuestro país, con todo el andamiaje jurídico en materia penal.

En cuanto al numeral 3º, no tenemos mas que decir, sino que rompió el principio de la ignorancia de la ley, afortunadamente sin ninguna consecuencia deplorable, puesto que solamente él se refiere a las contravenciones, que son ilícitos de menor importancia.

AH

ARTICULO 24 DEL CODIGO PENAL.

"Tampeco hay lugar a responsabilidad penal en los casos de justificación del hecho".-

Y dice el artículo 25 del Código penal "el hecho se justifica cuando se comete: 1

1° Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

2° Per la necesidad de defenderse e defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor e sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala e fractura las cercas, paredes, puertas e ventanas de su casa de habitación e de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, e el que encuentra 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 así mismo e 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".-

1° Per disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente".

A veces resulta de que un hecho, aparentemente previsto como delito se verifica en cumplimiento u obediencia de la ley, entonces tenemos que se ve a todas luces los motivos de su justificación, -Y es obvio porque, aún cuando el agente conlleve la intención en su proceder, esta se encuentra totalmente respaldada por la ley.-

OBEDIENCIA JERAQUICA.

El hecho de que la ley considera delito, aunque mandado por el superior jerarquico es siempre tal delito considerado en si mismo: lo único que es preciso examinar en este lugar es si de este delito puede responder, y dentro de qué límites; el que lo ha cometido obedeciendo a una orden dada por un superior.-Cuando la ley impone a un individuo la obligación de hacer la voluntad de otro hombre que se le ha dado como superior, la propia voluntad, la libertad de su querer se haya limitada por aquel precepto; y el sujeto no puede abstenerse de obedecer sin incurrir en cierta responsabilidad, por haber violado la obligación de la obediencia jerarquica.-Las legislaciones han considerado la eficacia de este principio según las varias formas de subordinación de un hombre a otro que se han presentado en la historia.-El derecho Romano fundó una doctrina en la que, por mucho que cambien las formas de la obediencia jerarquica, se señala un límite muy razonable al principio de la necessitas obediendi.-

Es verdad que, por regla general, determina la responsabilidad del que manda, sin que incurra en culpa alguna - el que está obligado a obedecer; pero no siempre el derecho Romano exime de pena a los que por obediencia se han determinado a violar la ley, porque cuando el contenido de la orden presenta ya las apariencias de un delito grave, no hay autoridad alguna que pueda hacerse superior a la autoridad de la ley.-

Esta justa distinción no existe en las leyes barbaras, - donde se estableció que cualquier hecho cometido por el ciervo debía ser indemnizado por el dueño; y el mandato del Rey o del Duque libraba al ejecutor de toda responsabilidad. Sin embargo, hay entre aquellas leyes una disposición importante del derecho ánglo-sajón; tal es la de que cuando alguno lleve a casa objetos robados, no es responsable su consorte, a consecuencia de lo cual se ha establecido en el derecho Inglés que las mujeres no son culpables si por instigación de su marido cometen algún hurto, estafa o atentado a las costumbres; doctrina que no se aplica a los hechos de alta tradición o de homicidio.- En el derecho Canónico se halla el germen de la doctrina moderna que exige en el inferior una mayor libertad, al determinar el principio de que no hay obligación de obedecer el mandato que contenga alguna infracción de la ley divina.-

En lo relacionado en nuestro derecho hay que hacer una dis

tinción de conformidad con el artículo 17 de la Constitución Nacional, pues por una parte ella dice que en caso de una infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta; en tences tenemos que la obediencia del inferior en ningún caso puede pugnar con los preceptos legales.-Este claro está que dentro del orden civil, pues dentro del fuero castrense la misma constitución, y en el mismo Artículo 17 dice lo siguiente; "los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición.-Respecto de ellos la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que dá la orden".-

En conclusión tenemos que para que haya justificación cuando la orden emana de una autoridad superior se hace necesario que afloren estos tres elementos:

- 1° Que la orden provenga de autoridad competente;
- 2° Que la autoridad esté facultada para darla; y
- 3° Que hay la obligación de ejecutarla por parte del sujeto.-

LEGITIMA DEFENSA.

Se encuentra contemplada en el numeral segundo (2º) del artículo 25 del Código penal.-

GENERALIDADES.

Se ha propagado en demasía, el concepto de ciertos tratadistas de derecho penal, los cuales, afirman que la legítima defensa no tiene historia.-Pero es un hecho innegable que a lo largo de la vida social, el ser humano está sujeto desde mucho antes del imperio de la ley positiva, a un conjunto de normas que determinan su conducta.-Es así, como inicialmente el hombre en la lucha por la vida fué apropiándose de los frutos y animales bravíos para lograr su mantención; ocupó las tierras para vivir en ellas construyendo habitaciones y dedicándose al laboreo de las mismas; hizo uso a su antojo de las aguas que encontraba; y se movía para donde le viniere en ganas.-

Todos esos actos verificados por el hombre en los principios de la humanidad, no son mas que el ejercicio de los derechos naturales; derechos que son inherentes al ser, y que hoy se encuentran traducidos en normas de derecho positivo; así tenemos, que la ocupación, modo originario de adquirir el dominio, se encuentra consagrada en las distintas legislaciones como uno de los medios que ampara la ley para adquirir el dominio, y que en nuestra legislación se encuentra consagrada en el Código civil; el derecho de proporcionarse lo necesario para la subsistencia mediante la aprehensión material de la cosa, también se encuentra in-

corporada como norma de derecho positivo en las distintas legislaciones mundiales, y en la nuestra en los artículos 430 y 431 del Código penal; el derecho al uso de las aguas, y el derecho de locomoción, son también normas del derecho moderno.-

Ahora cabe preguntar; como es posible que la legítima defensa no tenga historia?. Si ella nace y muere con el hombre, ya que es un derecho natural y por lo tanto inherente a su propia personalidad?. Trataremos de demostrarlo a un cuando sea sintéticamente; pongamos por casos los anteriormente citados; así cuando el hombre, se apropia de lo necesario para vivir, no hace mas que ejercitar el derecho de la legítima defensa de la vida; cuando hace uso de las aguas para beber, bañarse, etc, no ejercita otro derecho que el de la legítima defensa de la vida; cuando dá muerte a un animal salvaje que lo ataca, no ejercita otro derecho que el de legítima defensa de la vida; cuando huye a tierras mejores por razones de clima, ese derecho de locomoción lo realiza en legítima defensa de la vida; y así en todos los casos en donde se presente la escogencia, entre sobre vivir el ego, o perecer, siempre se hará uso del derecho de legítima defensa de la vida.-

Veamos ahora las distintas concepciones de la legítima defensa a lo largo de la historia.-

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO ROMANO.

A un cuando se afirme que es perder el tiempo, tratar de conseguir en el derecho Romano, una teoría sistemática sobre la legítima defensa, lo cierto es que se hallan - principios de mucha trascendencia.- Así tenemos que en la ley de las Doce Tablas se desenvuelve ya el concepto de legítima defensa, y según ella, se permitía darle muerte al ladrón que durante la noche se introdujera en las casas de habitación.- Igualmente, se admitía a la legítima defensa no solo para salvaguardar la vida y la integridad personal, sino quizá también para proteger el poder y los bienes, cuando el ataque contra ellos pusieran en inminente peligro la persona que lo recibía.-

En lo referente a la licitud de la defensa del honor - sexual, no queda ninguna duda, pues ella se encuentra - estipulada en forma taxativa en la Lex Corneliae.- No así en lo referente a los bienes, pues si por una parte se podía defender el bien inmueble contra los atacantes, por otra parte, se exigía que hubiera un grave peligro para la persona que lo sufría, o sea el dueño del bien.-

Contemplemos ahora, los requisitos que exigía el derecho Romano para que hubiese licitud en el ejercicio de la legítima defensa.- Primeramente, la agresión debería ser injusta; en segundo lugar, se hacía necesaria la existencia del peligro inminente.- Ahora bien, en lo referente a la agresión, si ella desaparecía, de hecho cesaba el derecho

de defensa, porque entonces la muerte del que agredió y desistió en su violencia, sería una venganza.-Igualmente se exigía la necesidad de no poder salvarse de otro modo; y finalmente, en cuanto a la proporción, las fuentes se guardan bien de establecer normas constantes y rigurosas, que en estos asuntos son inútiles o perjudiciales.-

EN EL DERECHO CANONICO Y GERMANICO.

Ahondando en las fuentes del derecho Germánico, encontramos que no existía una noción exacta en lo referente a la legítima defensa; lo cual no quiere decir que se le negara a la persona que fuera víctima de una agresión, el derecho a defenderse.-Sin embargo, se encuentran pasajes en dichas fuentes, en donde se dice que era permitido dar muerte a quien ilícitamente se introdujera en las casas, siempre y cuando que el dueño de la casa mostrara los signos dejados por la lesión o que comprobara haber retrocedido un número indeterminado de pasos.-

En el derecho canónico en un principio se dió por descartada la legítima defensa como causal de justificación, y esto es claro, por aquel ejemplo de Cristo nuestro Señor, cuando al ser abofeteado, en vez de responder a la agresión injusta, puso la otra mejilla.-Con el transcurrir del tiempo, este derecho ha ido evolucionando en una forma progresiva, hasta llegar a establecer una división; por un lado tenemos, la *necessitas evitabilis*, según la cual no

se concedía esa facultad cuando el ataque se pudiera evitar de otro modo; así por ejemplo, huyendo o empleando cualquier otro medio.-Posteriormente este sistema fué corregido, instituyéndose de que se podía emplear el sistema de la huida, siempre y cuando que esta no fuera deshonrosa.-

En lo relacionado con los inmuebles, el derecho canónico no acepta la legítima defensa como causal de justificación.

EN LA EDAD MEDIA.

Es de todos sabido, que durante la época de la edad media, se vivió a base de un derecho que tuvo como únicas fuentes los derechos Germano y Canónico.-

" Después de la recepción, imperan en el derecho común las fuentes romanas, para volver luego, y sobre todo en parte del siglo diez y ocho (XVIII) hasta la revolución Francesa, a regularse restrictivamente la legítima defensa".-

" En Italia, la legislación siciliana de Federico, dada el año de 1.321; así como el estatuto de Padua de 1.236, observían al que se defendía con la moderación que impusieran las fuentes canónicas: Si quis vulneraviret, se defendendo cum moderamine inculpatae tutelae, absolvetur.-Lo mismo dijo el estatuto de Turín del año de 1.360.-

LEGITIMA DEFENSA.

Artículo 25 del Código penal. - "El hecho se justifica cuando se comete:

1º Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente. -

2º 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 proporcionada 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 el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia. -

3º Por la necesidad de salvarse así 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".

Después de haber demostrado a un cuando fuere en una forma breve y sintética, la existencia de la legítima defensa como causal de justificación desde los tiempos mas remotos, pasemos ahora a examinarla en la forma como se le consagra en el derecho moderno, y en especial

en nuestra legislación.-

Sobre la legítima defensa existen tres teorías:

La primera, es la encabezada por el célebre jurista italiano, Carrara, la cual él ha denominado; "La defensa pública subsidiaria"; según la cual, cuando la defensa pública y las autoridades legítimamente constituidas para la protección del estado y de los asociados son insuficientes para la salva guardia de los últimamente mencionados, estos subsidiariamente, pueden repeler la agresión dirigida contra sus derechos.-

La segunda, ha sido propagada por los juristas alemanes, y la cual consiste en "la falta de antijuricidad del acto"; pues ellos consideran que para que un hecho constituya delito, se hace necesario que pugnen con el derecho; y si el acto de repeler un ataque injusto no puede constituir delito, luego ese acto constituye lo que se llama legítima defensa, y por lo tanto no puede constituir delito.-

Como puede verse los juristas alemanes han llegado a esta conclusión, teniendo al elemento objetivo como base de partidas; y

La tercera, denominada de "la justificación positiva"; según la cual la "justificación" del acto aparentemente delictivo es siempre la resultante de una condición jurídica (objetiva), y de una condición psicológica (subjetiva), que no pueden ser obligados en la valoración penal del acto mismo".

"La condición objetiva se encuentra en la colisión jurídica; esto es, en el conflicto entre dos derechos que surge de tal manera que uno de ellos debe ser sacrificado, • en el imperio de la ley • en la imposibilidad de remitir el conflicto a una solución jurisdiccional • de autoridad".-

"La condición psicológica se halla en los motivos determinantes que han de ser conforme al derecho y no antisociales".-

En nuestra legislación se encuentra tipificada la legítima defensa, en el numeral 2° del artículo 25 del Código penal, los siguientes términos;

"El hecho se justifica cuando se comete"

2°.-"Por la necesidad de defenderse • defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor • sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".-

"Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral el que durante la noche rechaza al que escala • fractura las cercas, paredes, puertas • ventanas, de su casa de habitación • de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, • el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia".-

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA LEGITIMA DEFENSA.

De conformidad con nuestro Código penal, para que la defensa sea legítima, es necesario que concurren en ella los siguientes elementos constitutivos, los cuales son indispensables, y que son a saber:

1°. - Que haya una violencia actual. -

2°. - Que la violencia sea injusta. -

3°. - Que haya un derecho, un bien o interés jurídico en peligro; y

4°. - Que exista correlatividad entre el ataque y la defensa. -

VIOLENCIA ACTUAL. -

Quiere decir esto, conforme lo afirma Ferri "inminente hasta el punto de no dar tiempo a recurrir a la protección de las autoridades. - Violencia actual quiere decir, inminente, presente, concreta, real y efectiva. - Si la violencia, deja de ser presente, porque ya ha pasado, entonces nos encontramos ya no en el caso de legítima defensa; sino en un caso de venganza, pues el motivo determinante que era la violencia ha desaparecido. -

Debe ser presente el ataque o agresión, pues si son futuros, no se justifica la legitimidad de la defensa, ya que el sujeto puede fácilmente acudir a las autoridades competentes e invocar su protección, y así, evitar la posibilidad de ese ataque o agresión;

sin embargo, hay casos en que se hace uso de la legítima defensa antes de iniciarse la acción, ofensiva, como en el caso de las personas que usan trampas en sus casas para atrapar ladrones; sistema éste muy empleado comúnmente en Europa.-

Respecto a este elemento ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

"Uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa es el de que haya una violencia actual, esto es, inminente, hasta el punto de no dar tiempo a recurrir a las autoridades.-Realizada la agresión injusta, ya el mal está hecho y no hay de que defenderse, sólo queda al ofendido recurrir a la justicia para que imponga la respectiva sanción y ordene las indemnizaciones necesarias a que haya lugar.-Y si el ofendido reacciona después contra el ataque injusto, su acción reviste entonces un carácter anti-jurídico y delictuoso, porque es el brote de la venganza, forma aguda del odio.-De ahí que la legítima defensa implique una situación de angustia, de necesidad y urgencia en el 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 • de la integridad personal, como respecto de los demás atributos • derechos subjetivos de la personalidad humana; la agresión injusta

no hay que dejarla realizar, porque de lo contrario solo obra por causa de provocación, en un estado de ira e intenso dolor.-De ahí nace cabalmente la diferencia entre la 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 concentran en un móvil eminentemente social y humano, como es el derecho de la conservación y el de la defensa de su derecho en trance de ser lesionado; en tanto que en la provocación se reacciona ante un mal ya consumado, sea de palabra e de hecho, y el espíritu que mina al que procede en esas condiciones es el de la venganza, es el del resentimiento, es el del orgullo ofendido".-(sentencia, 23 de Febrero de 1.945, LVIII, 703).-

VIOLENCIA INJUSTA.

Violencia injusta, es aquella que se ejerce contra derecho, "sine jure"; cuando no tiene basamento legal el ejercicio de la misma.-No hay violencia injusta, por ejemplo, cuando un juez llega y practica un lanzamiento en cumplimiento de una providencia judicial anterior al hecho que se practica.-

Sobre este particular dice Carrara lo siguiente; -
"la defensa no cabe cuando el mal que amenaza es enteramente legítimo, como cuando se trata del cumpli

DEPARTAMENTO DE

BIBLIOTECA

DEPARTAMENTO DE CARTAGENA

miento de una ley, o cuando se procede contra el que se halla en legítima defensa".- La defensa pues, ha de ser legítima en su causa: no puede tenerse por inculpada tutela la del que se ha colocado con su acción ilegítima en condición de ser ofendido, o del que se resiste a una justa violencia.-

UN DERECHO, UN BIEN O UN INTERES JURIDICO EN PELIGRO

El Código penal anterior, solamente consagraba la defensa de la vida, y negaba a los demás derechos la causal de justificación de la legítima defensa para su protección; tal vez esto, obedecía, a la influencia del derecho canónico en el derecho común; pues es bien sabido, que el derecho canónico no admite la legítima defensa como medida de protección a los bienes; en consecuencia este tercer elemento se refiere al peligro que puede correr todo bien jurídicamente tutelado.- Como dice Ferri, "no existen derechos más o menos respetables y, por tanto en orden a todo derecho, personal o patrimonial, el individuo podrá ejercitar la legítima defensa al objeto de impedir la violación de aquel.- El ciudadano honrado debe poseer no solo la conciencia de sus derechos, sino también la energía volitiva para defenderlo de todo menoscabo injusto.- La lucha por el derecho, como dijo Von Ihering, es una conquista, pero es también un deber de la civilización moderna".- En consecuencia el Código penal vigente lo que ha hecho es consagrar la legítima de-

fensa de los bienes, lo cual no hacía el Código anterior.-

CORRELATIVIDAD ENTRE LA AGRESION Y LA DEFENSA.

El fin perseguido por el legislador, al consagrar este elemento como necesario e indispensable en la configuración de la legítima defensa no es otro, que el de establecer un freno a los asociados, y evitar que la legítima defensa degenerare en una vulgar venganza.-

La relación pues, debe obedecer a la necesidad de defenderse o defender a otro de un ataque injusto y actual.-

" La proporción existente consiste en los medios empleados por el agresor al verificar el ataque, y los medios de que disponen el que se defiende, y el grado de intensidad o de peligro que lo amenaza.-Esta correlatividad (moderamen inculpata tutela), debe estudiarse de modo especial, cuando se trata de la defensa de los bienes patrimoniales, pues no puede aceptarse que para repeler la agresión contra un bien material de ínfimo valor, - se reaccione sacrificando la vida del agresor"-

El examen de los medios empleados debe hacerse en concreto, esto es, teniendo en cuenta, no los medios que en abstracto hubiera podido usar el sujeto y los que en realidad ejerció, sino los medios de que disponía y aquellos de que se valió.-

Todo exceso pues, en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y por ende una infracción.-Por eso dice el artículo 27 del Código Penal, " el que al ejecu-

tar un hecho, en las circunstancias previstas en el artículo 25, exceden los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, incurrirá en una pena - no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción.- En caso especialmente favorables para el sindicato, podrá aplicarse la condena condicional".-

Entonces tenemos, que la ley se preocupa en demasía - de la vida de los asociados y por ello sanciona des - pués de un análisis riguroso al que se ha excedido en la defensa, al encontrarse en un trance de peligro; - esta es pues, la razón de ser del presente requisito que acabamos de ver,-

LA DEFENSA DEBE SER NECESARIA.

El inciso 2º del artículo 25 así lo exige, desde el - momento que dice " por la necesidad de defenderse o - defender a otro de una violencia actual e injusta, - etc.".-

Cuando se trató de la agresión injusta se dijo que - ella debía ser objetiva; ahora al tratar de la necesi - dad, diremos que ella ha de considerarse subjetivamen - te.-Dice Ferri, autor italiano sumamente autorizado - en esta materia, " para que la necesidad subjetiva se admita, es necesario que represente un estado tal de cosas, que constituya al menos el comienzo de una agre - sión y, por tanto, una creencia razonable y sincera - según la experiencia ordinaria, a no ser que resulte -

probado un acceso de loco terror en el que se defiende.....Pero cuando se dan las circunstancias plausibles del hecho y la sinceridad del fin de defensa en el agredido, la legitima defensa debe ser concedida con arreglo al criterio del estado psicologico de los contendientes".-

En consecuencia tenemos, que para que pueda existir • concebirse la legitima defensa debe haber siquiera un principio de un ataque injusto.-

En síntesis, para que haya legitima defensa de conformidad con el numeral segundo del artículo 25 se necesita que se reúnan los siguientes requisitos:

- 1°.-Una violencia actual
- 2°.-Que esa violencia sea injusta
- 3°.-Que esa violencia se verifique contra un derecho, un bien • un interés jurídico y
- 4°.-Que esa violencia sea contra arrestada por una fuerza semejante.-

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA.

El concepto de legítima defensa subjetiva, se difundió en el derecho criminal con el advenimiento de la escuela positiva; pues, con anterioridad a ella solamente existían ensayos, los cuales no habían sido aceptados en la conciencia de los juristas de la época.-

Según los tratadistas modernos, la legítima defensa subjetiva consiste, en la falsa apreciación de un peligro convertido en realidad psíquica.-

Como es sabido, por medio de la inteligencia y de los distintos órganos sensoriales, se nos transmiten los distintos fenómenos externos, haciéndonos conocer la realidad de ellos; hecho que se verifica mediante una serie de representaciones internas a modo de una cámara fotográfica.-

"La afectividad, en vez de reflejar los objetos y los acontecimientos de acuerdo con lo que ellos son, los señala a la conciencia de acuerdo con lo que ellos valen respecto de nosotros mismos, o sea por aquellos que nos proporcionan placer o por lo que nos cuentan como sufrimientos".-

También es sabido, que la psiquis humana es sumamente compleja; existiendo por ello, distintas clases de caracteres, que fluctúan, entre emotivos, y peremotivos, sensibles, y persensibles, etc.-

Vistas las cosas en esta forma, es imposible que exista una apreciación uniforme en los distintos seres humanos en la representación de los fenómenos externos, siendo por consiguiente diferentes las reacciones cuando se encuentran en casos semejantemente iguales.-

Es basado en esto, en lo que se funda la legítima defensa subjetiva, pues los resultados de las reacciones humanas, no pueden estar sometidas a guarismos, ni su intensidad enmarcadas como las medidas de capacidad; por lo tanto, en los casos de legítima defensa subjetiva, hay que tener en cuenta el móvil determinante; y el aspecto psicológico del agente, para determinar el resultado.-Es por ello, que dice Florian: " nosotros pensamos que también aquí, coherentemente con el método de la escuela criminal positiva, conviene buscar el motivo determinante en quien no tiene por fin defender a otro, sino antes conservarse así mismo.-El agente por tanto, está en condición de adelantarse a cualquier hecho temible. En efecto, un tal fin justificativo, ya que, como fué justamente observado, no puede pretenderse de hombres comunes la extraordinaria virtud del sacrificio.-En fin, por tanto, quita al acto, objetivamente antijurídico, y al mismo tiempo quita al agente, cualquier significado de peligrosidad social; -

per consiguiente: falta la temibilidad en razón de la calidad del motivo".-

Impallomeni conceptúa sobre este punto, expresándose en la siguiente forma: " cuando por la perturbación ocasionada por la agresión, no ha podido existir el discernimiento necesario para distinguir una reacción excesiva de una reacción necesaria, no hay dolo, porque falta la conciencia del exceso, ni en ningún caso hay culpa, porque el hecho tiene su causa, no en el acto propio, sino en el hecho ilícito de otro; por consiguiente, el error de cálculo en los medios defensivos ocasionados por la violencia ajena es accidental para quien sufre la violencia ".-

Jimenez de Asúa, en su tratado de derecho penal, dice así: " pero lo que importa más, en nuestro sentir es subrayar el elemento subjetivo en estos casos: el exceso ha de apreciarse, no solo de acuerdo con el hecho, sino en atención a las condiciones de ánimo de la gente.-Por esto cuando tal exceso se debe al temor, a la perturbación producida en el que se defiende por la agresión ajena, no podrá imputarse el exceso a título de dolo, ni aún en nombre de la culpa ".-

En lo relacionado con la legítima defensa subjetiva, existe un ejemplo sumamente socorrido por los autores,

pero el cual entraña una gran realidad; y es, el del individuo que hallándose amenazado de muerte por su enemigo, se encuentra con éste, quien hace ademán de sacar algo de un bolsillo; en esa circunstancia, el amenazado, desenfunda su pistola y da muerte a su enemigo y presunto agresor; registrado éste, se encuentra que no portaba arma de ninguna naturaleza; sino pañuelos, que son prendas indispensables en el bien vestir.-

Como se puede apreciar, en este ejemplo, el móvil determinante de la reacción producida en el agente, fué el hecho de haberse llevado la víctima la mano al bolsillo, el cual a su vez tuvo otro más remoto, el cual era la amenaza de muerte que pesaba sobre él; por eso el amenazado consideró que se encontraba ante un peligro inminente cuando su enemigo se llevó la mano hacia el bolsillo.-Tenemos pues, en este caso, que el fin social y jurídico, era el de poner a salvo un derecho, como lo es el de la vida. Ya desde los tiempos romanos decía Cicerón, " se ha de pensar el motivo más que el hecho; si la necesidad de la propia defensa obliga a defenderse de la espada, no puede imputarse a quien la desenvainó para salvarse, que proyectara un homicidio".-

Para concluir, en lo relacionado con este tema; me atrevo a afirmar que en lo referente a la legítima subjetiva, el juzgador debe ubicarse en una situa -

ción tal, que viva el momento de quien hizo uso de ella, para poder apreciar mejor si hubo exceso en su ejercicio, pues no creo se encuentre otra regla mas aconsejable para quienes tienen la difícil tarea de administrar justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.-

ESTADO DE NECESIDAD.

GENERALIDADES.

El concepto de estado de necesidad, como causal de justificación de determinados hechos cometidos por el hombre en su constante desenvolvimiento de la vida en sociedad, data de tiempos muy antiguos; de esa Roma Imperial y majestuosa que aún hasta nuestros días irradia sabiduría en las distintas concepciones de las normas jurídicas.-

Así pues, encontramos consagrado este principio, - por vía de excepción en distintos preceptos de la Lex Aquilia, en la Lex Rhodia de Jactu, y en la - de Incendio, Ruina, Naufragio, Rate, Nave, Expugna ta.- Se establecía en ellas que no debe exigirseles responsabilidad al capitán de una nave que hiciera certar las cuerdas de otro buque, cuando la suya se hubiese enredado en ellas; ni al que demoliere la casa del vecino, en caso de incendio, para salvar la suya; ni a los que en caso de peligro del navío arrojasen al mar las mercancías, siempre que el daño se distribuyese proporcionalmente entre todos.-

La mujer que hubiese cometido adulterio quedaba excusada cuando se encontraba entre enemigos, y la - que por pudor no revelase al marido la afrenta sufrida.-

Se requería pues, en el derecho romano que el actor no hubiese tenido otro fin que evitar el mal; que no fuera su causa el temor, porque el temor no constituía causal de excusa; que el mal no hubiese podido evitarse de otro modo; y por último, la ausencia total del dolo en la comisión de esos hechos.

Pasando la vista por otras legislaciones, encontramos por ejemplo; la Indú, en donde las leyes de Manu, permitía a los asociados dar muerte a su prójimo para nutrirse con su carne y en esa forma satisfacer el hambre; la aceptación de presentes no constituía delito para un Brahamán-en caso de estar hambriento; el hecho de comer alimentos prohibidos, por quien tenía su vida en peligro - tampoco constituía delito; la sustracción de lo indispensable para verificar el sacrificio; el falso testimonio, siempre que la declaración de la verdad pudiera causarle la muerte a un Sudra, o a un Brahamán, si se trataba de un hecho cometido en un momento de extravío y no de un crimen premeditado; y, también el Hurto o Robo Familiar. En el derecho canónico, lo encontramos consagrado en los libros Penitenciales, en donde a cada instante se tropieza con la palabra "necessitas", - que constituye una verdadera excusa de los pecados

cometidos a excepción de la fornicación, pecado que siempre ha considerado la Iglesia como uno de los mas horrendos.-

Y así sucesivamente, lo van consagrande las distintas legislaciones; hasta llegar a ocupar el lugar preferencial que hoy le ha asignado el derecho moderno, gracias a la feliz intervención de los juristas Germanos.-

ESTADO DE NECESIDAD.

El Código Penal, tipifica el estado de necesidad como causal de justificación, en el ordinal 3º - del artículo 25, el cual dice textualmente: " Por la necesidad de salvarse así 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".-

En lo relacionado con este tema, existen varias teorías, de acuerdo con las distintas escuelas y de las distintas interpretaciones que le han dado los estudiosos del derecho; nosotros solamente nos ocuparemos de las que mas fuerzas han tenido en el campo jurídico, y que son a saber:

1º.-Cuando el acto es cometido por estado de necesidad, desaparece la imputabilidad del mismo. Se basa esta teoría, en que el origen de la justificación proviene de la coacción psicológica emanada del temor de un mal inevitable, de modo distinto a la actuación del agente,-

2º.-Cuando el acto es cometido por estado de necesidad, desaparece el carácter ilícito, pues - existiendo el conflicto de dos derechos o intereses jurídicos, debe forzosamente prevale-

cer uno de ellos; y es natural, pues el bien jurídico que debe prevalecer es el del actor, por la obligación que tiene de defender su propio derecho antes que otro; y

3a.-Cuando el acto se comete por estado de necesidad, se justifica su comisión por el instinto de conservación.-Dice Ferri, "de la misma manera que en la legítima defensa, en el estado de necesidad el acto que destruye u ofende un derecho ajeno es determinado por el instinto de conservación, y por tanto, por motivos legítimos, por la necesidad de salvarse así mismo o de salvar a otros; es decir que el acto no es inmeral ni delictuoso".-

Nuestro Código al consagrar el estado de necesidad, lo establece de conformidad con la tercera teoría que es la seguida en el proyecto de Ferri de 1.921.-

REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Los requisitos indispensables, para que pueda confi-
gurarse la existencia del estado de necesidad son
los siguientes:

- 1º.-Que el peligro sea grave e inminente.-
- 2º.-Que ese peligro constituya un daño contra la
persona y no contra los bienes.-
- 3º.-Que no se pueda evitar en otra forma.-
- 4º.-Que no haya sido causado por obra propia.-
- 5º.-Que no deba afrontarse por obligación profesional;
- 6º.-Que haya correlatividad entre el peligro y el acto.-

PELIGRO GRAVE E INMINENTE.

Ya dijimos al tratar de la legítima defensa, que el
primer elemento o requisito lo constituía la existen-
cia de una violencia actual, lo cual quiere decir, -
que es realizada por el hombre.-Por lo contrario, en
el estado de necesidad, el peligro se deriva de fuer-
zas naturales o no humanas (animales), o también,
de fuerzas humanas, no encaminadas a provocar esa co-
lisión concreta; por ejemplo, " en el caso de quien
mata o hiere a una persona, daña o destruye una casa
ajena para salvarse de un incendio provocado dolosa
o culposamente por un tercero, o para librarse de -
los efectos de un acto de otro que no constituye una
agresión efectiva y por ello no es legítima defensa".-
El peligro pues, ha de ser inminente, o sea, probable,

casí seguro; que constituya una realidad objetiva-
mente inmediata.-

También se diferencia la legítima defensa del esta-
do de necesidad, en que en la primera no se habla de
de la gravedad en la agresión, en cambio en el se-
gundo es condición indispensable.-

Indudablemente que, en la legítima defensa, es ne-
cesario que el ataque se verifique Sine Jure • Con-
tra Jure, en tanto, en el estado de necesidad como
acabamos de verlo, puede tener cualquier origen, y
lo único que interesa es la inminencia del peligro.

QUE EL PELIGRO CONSTITUYA UN DAÑO CONTRA LA PERSONA
Y NO CONTRA LOS BIENES.

Quiere decir esto, que se puede justificar el acto,
alegando el estado de necesidad exclusivamente cuan-
do se defiende la propia vida • la de un semejante,
pues, en tratándose de bienes morales • patrimonia-
les, no encaja esta causal de justificación.-

QUE EL PELIGRO NO SE PUELA EVITAR EN OTRA FORMA.

Como vimos, en el estado de necesidad, el peligro -
en que se encuentra el sujeto no tiene como causa
una agresión injusta; sino que obedece a fuerzas na-
turales por lo general; por lo tanto, al presentar-
se el conflicto entre dos derechos, debe tenerse mu-
cho cuidado al sacrificarse la vida de uno de ellos
que es inocente y ajena a lo que sucede, procediendo

a ello solamente en extremo; es decir, cuando no exista otro medio de defender la propia vida; por ejemplo, en el caso de un naufragio, una persona lanza al agua a su compañero para poder apropiarse de un bote o un madero para salvarse, o cuando lo lanza al agua por no haber sitio para ambos en el bote; -en caso de un movimiento sísmico, la persona en peligro mata, causa lesiones, atropella, para poder salvarse, y así en los distintos casos en donde tenga que escoger entre salvarse o perecer.-

También se encuentra otro caso, en que el sujeto actúa por estado de necesidad, y es el del padre de familia que se encuentra en apremiantes dificultades, y roba lo que puede para suministrarle a los hijos los alimentos suficientes para su subsistencia.-(art. 430).-

Claro está, que en todos estos casos el sujeto actúa por espíritu de conservación, pues se encuentra ante la disyuntiva de vivir o perecer.-

QUE NO HAYA SIDO CAUSADO POR OBRA PROPIA.-

Este elemento, es de una esencialidad tal, que sin él aflorar, no puede decirse que en realidad existe el estado de necesidad; y es por ello que tenemos, que el origen o causa del peligro, debe ser totalmente extraño al agente, pues si el momento de

angustia o de probable peligro es causado por él, no existe el estado de necesidad, aún cuando se hubiera obrado en forma accidental.-

QUE NO DEBA AFRONTARSE POR PELIGRO PROFESIONAL.

Esta consición se explica por sí misma, con la única aclaración de que al decir obligación profesional se debe comprender que no se trata solamente de las profesiones llamadas liberales, sino que se excluye el estado de necesidad para todo en que por razón de su oficio, de su empleo o servicio deba afrontar el peligro, como le sucede al agente de la autoridad que ejerza las funciones de tal permanente o transitoriamente a los bomberos en casos de incendio; a los marineros en caso de naufragio.-

QUE HAYA CORRELATIVIDAD ENTRE EL PELIGRO Y EL ACTO.

En tratándose de estado de necesidad, de salvar la vida propia o ajena, es lógico que no pueda encontrarse una medida mas o menos exacta, en los medios empleados por el agente, pues no sería fácil saber si él ha cometido excesos al vulnerar el derecho ajeno; todo depende del momento psicológico que vive el agente.-

En conclusión tenemos; que el estado de necesidad proviene de un peligro derivado de fuerzas naturales o no humanas, (animales); por lo general o por

50

el efecto de fuerzas humanas no dirigidas a preve
car una colisión determinada.-

La gravedad del peligro pues, es indispensable en
el estado de necesidad.-

Por último diremos que el estado de necesidad es
más, que el conflicto entre dos intereses o bienes
jurídicos entre los cuales debe forzosamente preva
lecer uno de ellos.-

ARTICULO 26.

" En los casos del numeral 1º del artículo 23 y del numeral 1º del artículo 25, será responsable el que determinó a otro a obrar".-

Al contemplar el tenor del presente artículo, de inmediato surge a nuestra imaginación, cuan innecesario es su contenido, desde el momento que no hace mas que repetir el criterio establecido en el artículo 19, y en especial, en el inciso 2º; el cual dice:

" En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo".-

Como se ve, este artículo 26 al igual que el 19, lo que sancionan, es la complicidad necesaria, o sea el concurso suficiente para la comisión del delito, con condición Sine Quanun, no hubiera podido realizarse el ilícito; no obstante el partícipe, no sea el autor principal de dicho acto.-

Entonces tenemos; " que quien determine a otro a cometer un delito queda sometido a la sanción correspondiente del autor principal de él"; principio este que prima tanto en el artículo 19 como en el que estamos examinando (artículo 26); y este es así, porque quien verifica en el sujeto, una coacción lo suficientemente necesaria de la cual no puede resistirse; o quien mediante el hipnotismo u otro medio igual, somete al sujeto al imperio de su voluntad; sin previo -

consentimiento del hipnotizado, adquiere de hecho la condición de causa mediata pero eficiente del acto ilícito.-Igualmente puede decirse de quien impartiendo una orden en su calidad de autoridad competente, cuyo cumplimiento es obligatorio para quien ejecuta el acto.-

En síntesis: lo que este artículo estatuye y sanciona es la complicidad necesaria, la cual se encuentra tipificada en el artículo 19; luego se deduce que el presente artículo está demás en el Código Penal.-

Para aclarar en una forma mejor los conceptos emitidos, me permite transcribir los siguientes apartes de jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia.-

" El consurso recíproco no implica necesariamente la existencia de pacto, convención, acuerdo anterior.- Puede haberlo y puede no existir.-En el primer caso es consecuencia de la premeditación; en el segundo caso es una resultante de circunstancias variables, determinadas por ofensas, agresiones, ultrajes, peligros u otras causas anímicas, en que dos o más personas, sin acuerdo previo pero si por un consurso fortuito, surgen en el momento mismo en que se desarrolla los hechos, inherentes a ese momento, ejecutan actos de cooperación que concluyen en la consumación de un delito.-Acontece esto generalmente -

en los delitos de sangre. -No es lo mismo codelincuen
cia y complicidad. -Juridicamente son dos modalidades
distintas de la responsabilidad. -La complicidad pre-
supone un autor principal, un motor, una voluntad di-
rigente que es cooperada, a sabiendas, por otro u -
otros en la ejecución del delito. -

En la codelincuencia ambos autores proceden con volun-
tad propia, no dirigidas o impulsada por otro. -Y como
queda dicho, esta determinación en la acción puede -
surgir sin pacto anterior, por circunstancias ocasio
nales en que solo la unidad de tiempo crea el lazo -
de responsabilidad inherente del concurso recíproco".
(casación, 28 de julio de 1.936, XLIII, 667). -

" El Código Penal de 1.936 asume caracteres de mayor
severidad que el de 1.890, cuando se trata de perse-
nas que mediaron como instigadoras en el crimen, los
cuales pueden ser castigados con la misma pena del -
autor, según el artículo 19, inciso 2º del Código vi-
gente". -(casación, 23 de octubre de 1.939, XLIX, 640).

ARTICULO 27.

" El que al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas en el artículo 25, exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción.-

" En casos especialmente favorables para el sindicato; podrá aplicarse la condena condicional".-

De conformidad con el pensamiento de Ferri, el exceso solo puede darse cuando se trata de manifestaciones positivas, o sean, aquellas en la que el actor, obra con toda intención de cometer el hecho, pero a pesar de todo ésta se encuentra respaldada en el Derecho.- Cuando se trata de la legítima defensa, del estado de necesidad, o de disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente, el agente ejecuta un hecho que no es antijurídico, o sea, que veladamente tiene todas las características de delictuoso, pero que basados en la realidad, y en la cosa en sí; es un hecho completamente lícito, por encontrarse apoyado en el Derecho.-

Puede también suceder, que el agente al ejecutar la ley o la orden, al repeler la agresión, o al salvarse del peligro por estado de necesidad, incurre en exceso en los medios empleados para tal fin.-Entonces tenemos, que ese exceso no puede tener lugar dentro -

de las causales de justificación sino por dos motivos: " • por un error fortuito • insuperable, • por un error proveniente de la negligencia ".-Se deduce de esto, que en el primer caso, el exceso queda cobijado en la causal de justificación, por no existir ni el dolo ni la culpa; en el segundo, existe la culpa, debiendo por tanto el agente responder penalmente ante las autoridades competentes.-

Con lo anteriormente expuesto, se puede afirmar, que en los casos de exceso en las causales de justificación contempladas en el artículo 25 de nuestro Código Penal, cuando el agente actúa dolosamente no existe el error, y por tanto el agente comete un delito común, ya que los terminos error y dolo por ser antagónicos se excluyen; además, si existe el dolo no encaja la figura del exceso.-

Ahora bien: en lo referente a la configuración del exceso, tal como se encuentra contemplado en nuestro Código Penal, es indudable que no deja de presentar grandes dudas a los funcionarios encargados de administrar justicia; por el hecho de que al contemplarse esta figura del exceso, no establece a título de qué, se imponen las sanciones; si es basado en la culpa, • si tiene como base el dolo.-

Nuestro concepto el legislador al establecer esta figura del exceso, tuvo en cuenta principalmente -

la reeprensión dolosa y no la culposa como pretenden algunos.-

También tenemos que en esta figura del exceso, el autor de él (exceso), está en la obligación de indemnizar los perjuicios cometidos a la víctima, perjuicios estos, que no se encuentran contemplados en nuestro Código Penal, para quienes actúan en las circunstancias establecidas en los artículos 23 y 25 respectivamente.-

Para clarar mejor lo aquí dicho, y antes de concluir en lo relacionado con este tema, me permito transcribir por una parte el pensamiento del profesor Ferri, y por la otra distintos apartes de doctrinas establecidas con nuestro máximo Tribunal de Justicia.-

Dice Ferri: " Diferente es la conclusión cuando aquellos actos se hayan realizado excediendo los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad; en estos casos el sujeto aparte de la responsabilidad Civil, estará sometido también a una sanción penal, si bien muy atenuada, ya que demuestra una menor peligrosidad en comparación con el que realiza un acto delictuoso por propia iniciativa.-

Pero como quiera que también en los casos de exceso se trata de hombres honrados a quienes arrastra el deber, la perversidad de otros o la fatalidad a cometer actos no del todo conformes con el Derecho, -

resulta indudable que la aplicación de una responsabilidad penal (y civil) debe restringirse mucho llegando al perdón en el exceso culposo, sobre todo tomando en cuenta la personalidad de los profesados. -En cambio en el exceso doloso indica una mayor peligrosidad, aunque de ordinario también inferior a la de quien delinque por iniciativa propia y no como consecuencia de una colisión jurídica derivada de otra parte. -Naturalmente, el exceso doloso no se puede distinguir del meramente culposo sino por razón de los motivos determinantes que no son de defensa, aunque excesiva, sino mas bien de venganza, odio, afán de lucro etc." -

Dice la Corte: " Según el texto del artículo 27 del Código Penal, en el exceso en la legítima defensa son indispensable los mismos elementos que en la defensa común 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 del peligro, sino mas bien a la elección de los medios, casi siempre determinada por el temor. -La defensa no es legítima, por tanto, cuando falta alguno de los elementos que la constituyen; pero si uno de ellos concurre, mas en

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

forma irregular o viciosa, surge entonces la figura del exceso en la legítima defensa.-

" Así, pues, la figura del exceso, como la naturaleza de las cosas lo indica, es accesoria de la defensa; y, además, iconsecuencialmente, si la causal falla en alguno de sus elementos constitutivos, falla también la figura accesoria del exceso en el mismo elemento faltante " (sentencias 25 de agosto de 1.950, LXVII, 806; 28 de Noviembre de 1.950, LXVIII, 648).

" El exceso en la defensa no se reprime en nuestra legislación a título de culpa; únicamente consagra una atenuante especial de la responsabilidad y de la sanción que corresponde a la infracción en caso de no haberse realizado en tales circunstancias.-Es decir, que en esos casos, la disposición penal aplicable se determina con prescindencia de los supuestos de la legítima defensa y se relaciona con la norma que consagra la atenuación de la responsabilidad, para deducir de ellas la pena básica aplicable. Y este es así, porque en tales eventos el hecho se ejecuta por persona normal, que tiene el propósito de obtener el resultado que se produce y obra voluntariamente en su producción, o sea, con concurrencia de las condiciones que caracteriza los hechos delosos.-

" En nuestra legislación, la interpretación que corresponde dar al artículo 27 del Código Penal, es diametralmente distinta a la que ocurre en otras legislaciones, en las que el artículo que consagra las circunstancias atenuante del exceso en la legítima defensa está concebido en términos distintos, que dan fundamento para que el hecho realizado en esa circunstancia se le dé el carácter de culpable. Entre esas legislaciones están la Argentina y la Italiana " (casación, 29 de Septiembre de 1.950, LXVIII, 265).-

En síntesis tenemos, que en los casos de exceso a que se refiere el presente artículo (27), cuando existe el delito; se comete un delito común.-

Cuando hay culpa la pena se rebaja y puede llegar se hasta el perdón judicial.-

Y por último existe la obligación de indemnizar a la persona que haya sido víctima del exceso por otra.-

ARTICULO 28.

" Cuando se comete el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción."

Es un hecho pretuberante, que fué la Escuela Clásica, la que en primer lugar predominó en el campo Jurídico-Penal; y es debido a ello, que en donde primero encontramos establecido el factor pasional entre las causas de atenuación de la responsabilidad y de la disminución de la pena.-Fué en verdad Carrara, quien primero logró establecer una norma en lo referente a las pasiones, pues él las catalogó en ciegas y razonaderas.- Las primeras, son aquellas que actúan en tal forma sobre la voluntad, que van mas allá de la razón, dejando a la inteligencia en un estado de letargo, en el cual es sumamente difícil refleccionar.-La segundas, por el contrario, actúan en forma de motores e impulsan la inteligencia hacia el raciocinio, obrando el sujeto con plena conciencia y libertad.-Las ciegas, pueden admitirse como causas atenuantes de la responsabilidad, porque el sujeto, ejecuta el acto avasallado por la fuerza de una obnubilación súbita e imprevista.-Las razonaderas en cambio, no deben aceptarse como causas atenuantes de la responsabilidad, porque el sujeto, en

vez de perturbarse, raciocinio y calcula, y por ello es natural que debe recordar, las distintas prohibiciones establecidas en las leyes, al igual que sus inmediatas consecuencias. -Ahora bien; en ambas las pasiones pueden ser las mismas, pero se diferencian en el modo como ellas operan en el ánimo del sujeto. - Posteriormente, con el advenimiento de la Escuela Positiva, escuela ésta que se funda de manera especial, en las ciencias experimentales y en la psicología; la clasificación de Carrara, rodó por tierra, dando paso a la nueva corriente, pues, en el constante desenvolvimiento de la sociedad, esa teoría de Carrara era totalmente inoperante e inductente. -

Y este es así, porque como dije al tratar de la legítima defensa subjetiva; los resultados de las pasiones humanas, no pueden estar sometidas a guarismos, ni su intensidad enmarcadas como las medidas de capacidad, ya que la psiquis del hombre es sumamente variada, y lo que en unos puede causar una grave impresión, en otros por el contrario, la impresión es muy leve o mediana. -

De todo este deducimos, que en lo concerniente a la provocación, hay que tener siempre en consideración las condiciones anímicas del provocado, para poder determinar en una forma apróximada y aceptable, la reacción que la provocación puede producir en él. -

El profesor Filirian, en un acertado e inteligente -
escrito sobre este punto, se manifiesta en la siguien
te forma:

" Fué siempre cuestión de no leve disputa el fijar
el límite de tiempo dentro del cual la reacción, de-
biera manifestarse, para que la excusa fuera eficaz;
actualmente la doctrina tiende siempre cada vez más
a alejarse de las fórmulas aritméticas y cronológi-
cas tan estimadas por los viejos criminalistas, sus-
tituyendo en su lugar al criterio psicológico, que
parte del examen de las condiciones reales del espí-
ritu humano. -A este propósito es de notarse que se-
gún una interpretación, la cual descansa sobre todo
en los trabajos preparatorios, en la excusa del im-
petu de colera, la reacción debe ser inmediata y se-
guir continuamente a la ofensa, mientras que en la
excusa del ímpetu de intenso dolor, basta que el he-
cho se produzca en el estado de inesperada perturba-
ción, a consecuencia de una ofensa grave aunque fue-
re de lejana data ".-

Para presentar, una mejor información acerca del fe-
nómeno de la ira y del intenso dolor, que contempla
el artículo que estamos analizando (art. 28); me per-
mite transcribir, tomado del libro del doctor Gutie-
rrez Anzola, la presente información, sobre los - -

antecedentes de dicha disposición.-

" La incorporación en nuestro Estatuto Penal de estados emocionales o pasionales (ira y dolor) creados en virtud de injusta y grave provocación, como modificadores de la responsabilidad penal, fué ya sugerida inicialmente por el doctor José Vicente Concha en su proyecto de Código Penal que como miembro del Senado, presenté a esta corporación en el mes de Julio del año de 1.912.-

" Se reducirá la pena en una tercera parte de la señalada por la Ley-dice el artículo 88 del proyecto, tomado del artículo 51 del Código Penal Italiano de 1.890. Cuando el autor de la violación se hace responsable de ello en el momento de un arrebato de ira o resentimiento causados por un ultraje, provocación injusta.-

" El Consejo de Estado en el estudio que le encomendó la Cámara, propuso, en agosto de 1.916, la siguiente fórmula sustituta:

" Se deducirá la pena en una tercera parte de la señalada por la Ley, cuando el autor de una violación se hace responsable de ello en el momento de un arrebato de ira causado por un ultraje o provocación injustas provenientes de otra parte.-

" La Ley 109 de 27 de diciembre de 1.922, que fué proyecto Concha con las modificaciones que el Congreso -

64

de aquel año le introdujo, adoptó la fórmula siguiente:

" Cuando el autor de una violación de la Ley se hace responsable de ella en el momento de un arrebato de ira causado por un ultraje o provocación injustas, - la pena se reducirá de una tercera parte a la mitad, según la gravedad del ultraje o la provocación.- (Art.49).

" La comisión revisora de la ley 109-creada por la Ley 81 de 1.923, modificó el artículo 49 de aquella, modificación que, a su vez, adoptó la misma misión penal italiana, así:

" Cuando se cometa el hecho en el estado de ímpetu de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impone una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo señalado para la infracción.-

" Finalmente la comisión de asuntos penales y penitenciarias, creada por la Ley 20 de 1.933, adoptó la anterior fórmula, pero con la supresión del vocablo " ímpetu " en referencia a la ira, fórmula en vigencia".-

Vistas las consideraciones anteriores y para finalizar en lo relacionado con este tema, diremos, que en este artículo 28 del Código Penal se contemplan dos situaciones diferentes; por un lado tenemos el fenó-

meno de la ira, y por el otro el fenómeno del intenso dolor.-

El fenómeno de la ira, es un estado emocional fugaz, agudo y de poca duración; en cambio el fenómeno del intenso dolor es un estado pasional que va minando - lenta y paulatinamente hasta llegar un momento en que se desborda haciendo explosión en un momento inesperado.-

Entonces tenemos que cuando el sujeto obra bajo el imperio de la ira, actúa en un estado completamente emocional; y cuando el sujeto obra avasallado por una pasión o sea por intenso dolor, su actuación - obedece a un estado pasional.-

Claro está, que se justifica la atenuación en los casos de la ira o el intenso dolor (emocional y pasional), porque los agentes que obra en estas circunstancias demuestran una menor peligrosidad social.-

Ha dicho la Corte: " La ira, admirablemente definida como una locura breve, no excusa el delito o le merma intensidad, sino cuando es justa; como la defensa no es legítima sino cuando hay ataque a quien por defenderle mata o hiera.-De otro modo, bastaría reconocer uno solo de los términos de la proposición de la norma que señala los requisitos para conceder tan especial atenuación.-Y se llegaría entonces a extremos inaceptables, cuyo solo enunciado invitaría al fran-

ce rechaze.-Maté, porque me dió rabia, sería razón suficiente para restar del hecho una considerable cantidad punible.- (sentencia, 19 de Septiembre de 1.945, LIX, 978).-

" No basta experimentar ira para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento.-Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito y que tal ofensa sea grave e injusta.-Solo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado psicológico de quien lo consuma.-En otros términos, que el acto surja como una reacción y no de modo espontáneo e inmotivado " (sentencia, 24 de Octubre de 1.945, LIX, 1.002).-

" El estado de ira o de intenso dolor de que habla el artículo 28 del Código Penal no puede equipararse al mero resentimiento, que es el pesar o enojo por una cosa, pero no de gran intensidad.-Eso lo explica el otro significado de la palabra que trae el diccionario del idioma: " Empezar a flaquear o sentirse una cosa ".-Tan trivial es esta cuestión, que nadie dirá de quien ha realizado un delito al impulso de un violento estado afectivo de ira o de dolor, como lo requiere el precepto del Código que estaba resentido, si no que obró iracundo, indignado, herido, ultrajado, -

adolorido, e empleará cualquier otra expresión distinta de aquella " (sentencia, 15 de mayo de 1.946, LX, 539).-

"En varias ocasiones ha repetido la Corte que la gravedad y la injusticia son requisitos esenciales para que la pena se atenúe por provocación, porque lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. -Si así no fuera, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisibile. -Además, ha agregado la sala que un veredicto que no hable de esas calidades de la gravedad e injusticia de la provocación no puede autorizar la disminución de la pena de que habla el artículo 28 del Código Penal. -Por mandato expreso de la ley, quien debe calificar los hechos es el Tribunal Popular y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto (art.480, C de P. P.).-

Si el Juez de derecho encuentra el fallo de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo; pero en ningún caso puede completar el pensamiento del jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en meras suposiciones o conje

turas no está autorizada por la ley, al contrario, debe considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto" (sentencia, 16 de julio de - 1.947, LXIII, 405).-

En resumen de todo lo expuesto, y vistas las consideraciones de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia sobre el particular, no nos queda más que decir que, para que la ira o el intenso dolor sirvan de excusa en la atenuación de la responsabilidad, se hace necesario de que quien actúa en esas condiciones, -- obedezca su acción a una grave o injusta provocación.

ARTICULO 29.

" Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental • de intoxicación crónica producida por el alcohol • por cualquiera otra sustancia, • padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo 21 del Título 11 de este libro ".-

Al contemplar el tenor del presente artículo, francamente no nos explicamos, como los miembros de la comisión redactora de nuestro Código Penal, lo ubicó en el Capítulo de la Responsabilidad, cuando él se refiere a las penas que se deben imponer a los desviados mentales, a los anómalos psíquicos, y a los que actúan por intoxicación de cualquier naturaleza; no encajando su tenor dentro del concepto de responsabilidad social; la cual consiste, en el producto de la actividad psico-física del agente.-

En lo relacionado con el elemento psíquico, ya nos hemos ocupado en distintas oportunidades, y sobre ello, no nos queda más que repetir, que él es sumamente variable; que el producto de sus reacciones, obedece unas veces a inmadurez, otras a un estado de anormalidad, y otras a un estado de normalidad.-Esta última, sumamente difícil de establecer según el concepto del profesor Lombroso, quien afirma no existir

el hombre normal.-

Sobre el presente artículo, hay algunos comentaristas que creen y afirman, de que el legislador al incluir en el artículo 29 de nuestro Código Penal, la frase " grave anomalía ", incurrió en una redundancia, que solo iba a obstaculizar la aplicación de la justicia en el campo penal.-En verdad, no creo que existan conceptos más alejados de la verdad, desde el momento que dice el doctor Uribe Cualla en su obra Medicina Legal y Psiquiatría Forense; que en la grave "anomalía psíquica ", se comprenden muchas psicosis y muchas perturbaciones mentales que están muy lejos de ser, verdaderas locuras o demencias "; despejando en esa forma la discusión existente en lo tocante a este tema.-

Dice el artículo 29: " se hallare el agente en estado de enagenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia ".-

Vamos a contemplar la actuación del agente, cuando se encuentra en estado de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia.-Tenemos entonces que establecer, la diferencia entre las distintas clases de intoxicación:

Según enseñan los profesores de Medicina Legal y -

Psiquitria Florence, que la intoxicación puede ser crónica, aguda e pasajera.-En la intoxicación aguda, las manifestaciones que presenta el agente, son transitorias y temporales, mientras dura el efecto del ingrediente toxico; por lo contrario, en la intoxicación crónica las manifestaciones que se presentan en el agente, son mas o menos permanentes; resultado del abuso descomedido del ingrediente tóxico; manifestaciones éstas, que pueden permanecer durante un largo tiempo, aún después de haber dejado de ingerir el ingrediente tóxico.-Y este es así, pues el organismo humano al encontrarse saturado de toxina, paulatinamente y mediante los órganos encargados de ello, va eliminando esas toxinas hasta quedar totalmente eliminadas; y es entonces cuando vienen a desaparecer las manifestaciones que dá el elemento tóxico.-Aún más, se dan casos en que los intoxicados crónicos se constituyen en verdaderos peligros, después de haber dejado durante un largo tiempo, de ingerir el ingrediente tóxico acostumbrado; que en los momentos de alteración producida por tal elemento.-La intoxicación pasajera, e embriaguez accidental, es un estado de alteración al cual es arrastrado el abstemio, por no conocer ni preveer las consecuencias del tóxico, demostrando por tanto una menor peligrosidad en su actuación.-

De todo lo anteriormente expuesto, inferimos que en los casos de intoxicación crónica, el agente, es un verdadero enfermo, no pudiendosele sancionar con pena, sino que hay la necesidad de aplicarle las medidas de seguridad; en tanto, que los que obran por intoxicación aguda, si se hacen responsables a las penas estipuladas en el Código Penal, porque actúan a sabiendas.-

Es basado en todo esto, por lo que consideré al iniciar el análisis del presente artículo, que no me explicaba, porque había sido situado en el capítulo de la responsabilidad, las sanciones correspondientes a los enfermos mentales, a los anómalos psíquicos y a los toxicómanos.-

Para una mejor ilustración, transcribo el concepto de nuestra Corte Suprema de Justicia en lo que al presente artículo (art.29) hace referencia.-

1º) " El artículo 29 del Código Penal, comprende e cataloga tres estados de enfermedades de la mente: enajenación mental propiamente dicha; intoxicación crónica producida por el alcohol e cualquiera otra sustancia; y grave anomalía psíquica, que abarca la zona de estados intermedios e fronterizos entre la enajenación mental-lecura-y la normalidad absoluta, estados que se caracterizan por deficiencias mentales e psíquicas.-

" b). -Al hablar de grave anomalía psíquica el legislador emitió hacer una clasificación de categorías e en permanentes e transitorias, de manera que no existiendo disposición legal que sirva de base para hacer una distinción cuando en un proceso se reconozca e declare la existencia de una grave anomalía psíquica, no debe hacerse distinción, para con ese criterio rechazar la una y aceptar la otra, sino que interpretando en forma amplia (no extensiva) el contenido del artículo 29 del Código Penal, debe admitirse el estado de la grave anomalía psíquica con el fin de individualizar la sanción correspondiente.-

" 1º). -La embriaguez común y ordinaria se caracteriza por tres grados diferentes : período de excitación, en que predomina el estado eufórico, con exuberancia de alegría y jocosidad; período de depresión que se determina por una especie de ataxia física e intelectual, depresión, tristeza, decaimiento, temblor y títubeo, expresión lenta, difusa, e ideas confusas; y período de sueño comatoso que sigue a la depresión - que se manifiesta por un sueño largo y profundo acompañado de sudores profusos y el -coma- e sea cuando el alcohol ha dominado al individuo completamente.-

"2º). -La embriaguez patológica se produce en individuos tarados e debilitados por el ancestro patológico

ca, y en sus reacciones se manifiesta con toda la brutalidad porque su mente no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior.-La embriaguez patológica no se presenta sino en los tarados, temperamentos enfermos y nerviosos.-No se emborracha patológicamente el que quiere sino el que puede.

"3º).-Establecida la diferencia entre la embriaguez que se produce en individuos normales y la embriaguez patológica que opera en personas taradas, en las cuales el alcohol, en pequeñas o grandes cantidades, no es sino un medio o vehículo para que explote una individualidad enferma y se revele la peligrosidad del delincuente; no parece aceptado darle más importancia a la circunstancia referente a la embriaguez aguda, que a las causas biológicas y constitucionales que actuaron principalmente en la dinámica criminal del delincuente " (casación, 9 de septiembre de 1.947, LXIII, 749).-

" A los menores de diez y ocho años que incurran en algunas de las infracciones previstas en la Ley Penal, se aplicarán las medidas de seguridad de que trata el Capítulo II del Título II de este libro ". En este artículo 30, cabe hacer la misma observación que se hizo sobre el artículo 29; y es, que no encaja dentro del capítulo de la responsabilidad.- El sistema seguido por el Código; en el presente artículo, es el de sancionar con penas a las personas normales, que sean mayores de 18 años, y aplicar las medidas de seguridad, a aquellos que tengan una edad menor de 18.-

En realidad de verdad, este artículo no hay porqué comentarlo, pues, sería perder el tiempo, ya que los asuntos penales de los menores de 18 años se rigen hoy en día por la Ley 83 de 1.946.-

CONCLUSIONES.

ARTICULO 23.-1º.-La ignorancia invencible y el error, deben estar completamente alejados de la negligencia pues de lo contrario el hecho es imputable.-

2º.-El error esencial de Derecho, se refiere unicamente a las leyes civiles y administrativas, pues de lo contrario se hubiese acabado en nuestro pais con todo el andamiaje jurídico, en materia Penal.-

3º.-El numeral 3º, rompió el principio de la ignorancia de la ley, afortunadamente sin ninguna consecuencia deplorable, puesto que él, solamente se refiere a las contravenciones que son ilícitas de menor importancia.-

ARTICULO 24.-Para que haya justificación cuando la orden emana de una autoridad superior, se hace necesario que afleren estos tres elementos.-

1º.-Que la orden provenga de autoridad competente.-

2º.-Que la autoridad esté facultada para darle; y

3º.-Que haya la obligación de ejecutarla por parte del sujeto.-

ARTICULO 25.-1º.-Para que haya legítima defensa, de conformidad con el numeral 2º del artículo 25, se necesita que se reúnan los siguientes requisitos:

1º.-Una violencia actual.-

2º.-Que esa violencia sea injusta.-

3º.-Que esa violencia se verifique contra un derecho,

27

un bien o un interés jurídico; y

4^o.-Que esa violencia sea contrarrestada por una fuerza semejante.-

2^o.-En lo referente a legítima defensa subjetiva; el juzgador debe ubicarse en una situación tal, que viva el momento de quien hizo uso de ella.-

3^o.-El estado de necesidad, no es más, que el conflicto entre dos intereses o bienes jurídicos entre los cuales debe forzosamente prevalecer uno de ellos.-

ARTICULO 26.-Este artículo lo que estatuye y sanciona, es la complicidad necesaria, la cual se encuentra tipificada en el artículo 19.-

Este artículo 26 está demás en el Código Penal.-

ARTICULO 27.-Los casos de exceso a que se refiere el artículo 27, cuando existe el dolo, se comete un delito común; cuando hay culpa la pena se rebaja y puede llegarse hasta el perdón judicial.-

ARTICULO 28.-Cuando se actúa por ira, el producto obedece a un estado emocional; y cuando se actúa por intente dolo, el producto obedece a un estado pasional. Se justifica la atenuación cuando se obra en uno de estos dos estados cuando la provocación es injusta o grave; demostrando por tanto el agente una menor peligrosidad social.-

ARTICULO 29.-No se justifica la ubicación del artículo 29 en el capítulo de la responsabilidad, porque sola -

mente él se refiere a los casos de dementes, anómalos psíquicos y tóxicomanos; sujetos éstos que solamente merecen sancionarse con medidas de seguridad.-

En la intoxicación aguda, el sujeto se hace merecedor a la pena porque actúa a sabiendas.-

ARTICULO 30.- No merece comentario, pues en asuntos penales, los menores de 18 años se rigen por la Ley 83 de 1.946.-

- 77 -

79

BIBLIOGRAFIA.

Jorge E. Gutierrez Anzola.-

Delitos contra la vida y la integridad personal.

Delitos contra la propiedad.-

Luis Jimenez de Asúa.-

Tratado de Derecho Penal.-

Crónica del crimen.-

Jorge Ortega Torres.-

Código Penal y Código de Procedimiento Penal.-

Alfonso Meluk.-

El factor Económico en la Delincuencia.-

Antonio Canale Rosas.-

Código Penal Anotado.-

Flerian.-

Tratado de Derecho Penal.-

Carrara.-

Programa del Curso de Derecho Criminal.-

Impayementi.-

El Homicidio en el Derecho Penal.-

Enrique Ferri.-

Principios de Derecho Criminal.-

80

Enrique Pessina.-

Derecho Penal.

Guillermo Uribe Cuaña.-

Medicina Legal y Psiquiatría Forense.-