

DERECHO PENAL COLOMBIANO

(Parte general)



Por el Dr.

Gustavo Rendón G.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Justificación Negativa

La imputabilidad penal, base y supuesto necesario de la responsabilidad de acuerdo con las diversas teorías que oportunamente estudiamos al respecto, admite, en general, dos interpretaciones fundamentales, a saber: la imputabilidad moral, que presupone el reconocimiento de la libertad humana o libre albedrío, y la imputabilidad psico-física, atribuible a todos los actos del hombre, en cuya ejecución se compromete psíquica y físicamente.

Conforme a la primera tesis es obvio que todos los hechos delictuosos solamente son imputables a quienes normalmente y con plena conciencia de ellos los han cometido, no así a aquellas personas que por sus condiciones mentales o psíquicas, o por causas ajenas a ellas, no pueden con libertad y conocimiento determinarse a obrar. Si se parte de los principios de la escuela clásica, que exige el libre albedrío para la existencia de la imputabilidad, hay que reconocer que son muchas las causas que obran sobre el elemento subjetivo del delito para eliminar la imputabilidad de la persona, puesto que es suficiente el que, por una u otra circunstancia, se afecte la inteligencia o la volición del individuo para hacer imposible atribuirle la causalidad del delito.

De esas causas, relacionadas con la idoneidad mental del agente, no admisibles sino dentro de un concepto clásico del derecho penal, pueden citarse las siguientes: la menor edad, la enfermedad mental, la sordomudez y la embriaguez. En nuestra legislación todos esos motivos son inadmisibles porque, adoptada la actividad psicofísica del individuo como base de la imputabilidad, la falta de idoneidad mental, por enfermedad o deficiencia psíquica, no la excluye. La normalidad o anormalidad del agente del

delito tiene importancia para distinguir las medidas de defensa aplicables, es decir, para saber si hay lugar a la imposición de penas comunes o de medidas de seguridad, ya que estas últimas sólo son aplicables a los enajenados mentales, a los anómalos psíquicos y a los intoxicados crónicos, como delincuentes anormales, y a los menores de diez y ocho años, conforme a los artículos 29 y 30.

Sin dejar de reconocer la importancia que ante el derecho penal asumen las condiciones íntimas de anormalidad o deficiencia de los delincuentes, tales como las enfermedades mentales, las anomalías psíquicas, y en particular la embriaguez, cuyos aspectos habremos de estudiar separadamente, analizaremos las causas de inimputabilidad o de justificación negativa, consagradas por el código en el artículo 23 como eximentes de responsabilidad.

Art. 23. "No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

1o. Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo.

2o. Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia.

3o. Por ignorancia de que el hecho está prohibido en la ley penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones".

Excluyen la imputabilidad, conforme a la disposición transcrita, las siguientes causas: fuerza o violencia, sugestión hipnótica, sugestión patológica, ignorancia invencible, error esencial de hecho, error esencial de derecho e ignorancia de la ley. Veamos qué significación tienen estas causales y cuál es su verdadero alcance.

Violencia o coacción

La violencia, cuando es ejercida sobre el agente para obligarlo a cometer un hecho delictuoso, necesariamente suprime la imputabilidad penal por cuanto que su acción no es propia sino

determinada por quien lo constriñe, física o moralmente a obrar.

La violencia puede ser física, significándose con ello el ejercicio material de la fuerza, o puede ser moral, o sea, la coacción psíquica mediante amenazas, que bien pueden recaer directamente sobre el constreñido, o sobre terceros vinculados a él.

La coacción, en opinión de Ferri, "quita a la acción u omisión cometida por el violentado materialmente toda intención delictiva y asimismo excluye el que tal acción u omisión sea la expresión dolosa o culposa de la personalidad del sujeto. Por ello, la responsabilidad no puede ser sino del que ha ejercido tal coacción si ésta es absoluta; pero en parte puede ser también del autor material si la coacción no produjo la insuperable anulación de su voluntad".

"Cuando el hecho punible —afirma Florián— es realizado debido a la fuerza de violencia física o moral directamente ejercitada por otros sobre el autor del delito, éste sabe bien que comete un hecho punible; pero el hecho al cual ha dado existencia no es la manifestación de su voluntad, es su causa puramente física y mecánica".

Para que pueda reconocerse la falta de imputabilidad por no participar psíquicamente el agente material en la comisión del delito, por causa de la coacción de otro, es absolutamente indispensable que la violencia sea de tal naturaleza que el agente no pueda superarla oponiéndose, dentro de las condiciones ordinarias, a la imposición física o moral. Cuando la violencia es en efecto insuperable es claro que el agente del delito es un simple instrumento de quien lo obliga a obrar, carente de toda vinculación al hecho criminal, que permita afirmar la imputabilidad.

El delito cumplido en las circunstancias anotadas sólo es atribuible, al autor mediato, cuya responsabilidad se rige por lo dispuesto en el artículo 26.

Se entiende que la causal de inimputabilidad fundada en la coacción ejercida sobre el agente material del ilícito opera respecto de los casos en que la violencia proviene de otra persona, que recurre a este medio, precisamente, para determinar la comisión del delito.

Sugestión hipnótica

La sugestión hipnótica o patológica corresponde en cierta forma a una coacción psicológica, pero por las especiales ca-

racterísticas que reviste la determinación al delito lograda por medio de la sugestión, resulta más propia y científica la individualización que la ley hace de ella, como vamos a verlo a continuación, examinando las dos especies de sugestión, o sea, la hipnótica y la patológica.

El hipnotismo ha sido materia de amplios y contradictorios estudios en el campo de la medicina y de la psiquiatría, atribuyéndosele por muchos científicos indudables méritos como medio de sugestión y de dominio mental sobre el sujeto pasivo por parte del hipnotizador, mientras otros autores lo consideran simple charlatanería o manifestación psicopática. Especialmente desde el punto de vista penal se da poco mérito al hipnotismo por quienes le niegan su valor científico, fundándose en que no es posible imponer al hipnotizado determinaciones opuestas a sus propios deseos o tendencias. Sin embargo no es posible desconocer el poder de sugestión por este medio, tanto sobre personas predisuestas a la sugestión como sobre personas normales, aunque en la práctica, especialmente entre nosotros, no se presenten hechos delictuosos en estado de hipnosis.

Con el propósito de ilustrar un poco esta materia, que en nuestro medio carece de antecedentes, inclusive judiciales, consideramos oportuno traer a estas conferencias algunos conceptos de psiquiatras muy conocidos, entre ellos los profesores Nerio Rojas y M. Ruiz Maya, de cuyas obras de Medicina Legal y Psiquiatría Penal y Civil, respectivamente, tomamos lo siguiente:

"Se denomina hipnotismo a un estado anormal provocado, que tiene vinculaciones, en su naturaleza psicológica, con el sueño, con el ensueño y con el sonambulismo espontáneo.

"Pero es fundamentalmente distinto de estos procesos, pues su aparición es provocada por otra persona, siendo la sugestión la única causa de su desarrollo. El criterio actual en esta materia es considerar al término hipnosis como sinónimo de estado de sugestibilidad, si bien en forma especial..."

"Los medios para producir el estado anormal de sueño son diversos. Al principio con Mesmer, la acción era por el tacto y la mirada del operador -(magnetismo). -Después con Braid todo se reduce al hipnotizado que fija su vista y su atención en un objeto brillante. Se emplean también pases por los ojos, presión en zonas hipnógenas. Desde Bernheim se sabe que todo eso es sólo sugestivo. El emplea la sugestión verbal rápida o lenta, según el

sujeto. Los procedimientos pueden combinarse o nó, pero todo depende del grado de pasividad, sugestibilidad del operado. Los hay también de orden motor, comprendiendo los movimientos y el lenguaje; por medio de la vista, oído o sentido kinestésico: repetición de palabras, órdenes de movimientos o de actitudes, parálisis y afasias. Estas sugerencias varían de intensidad según el grado de hipnosis, y algunas veces llegan a estados llamados "teatrales".

"... Desaparecida la hipnosis, sus sugerencias concluyen y el sujeto vuelve a su estado normal. Pero la influencia puede en algunos casos prolongarse todavía entonces, con distancia de tiempo más o menos larga. Es un estado de sugestión posthipnótica por una orden recibida durante el sueño. El sujeto la cumple en las condiciones indicadas, en un momento denominado de hipnosis parcial".

"Lo mismo que en el sonambulismo, pasado el momento hipnótico, el individuo no recuerda lo sucedido en él. En la vigilia hay amnesia de aquel estado. Esta regla no es absoluta, aunque es cierta en la mayoría de los casos".

"A un hipnotizado puede también sugerírsele y hacerle ejecutar un delito. Las experiencias de laboratorios hacen pensar así. Es la tesis de la escuela de Nancy (Liébeault, Liegeois, Bernheim). La opinión contraria es sostenida por la escuela de París (Brouardel, Gilles de la Tourette). En el Congreso de 1889 la escuela de Montpellier, por intermedio de Grasset, afirmaba la existencia de la sugestión criminal en el laboratorio y en el hospital. "Esto nos basta, decía aquél, a nosotros los médicos. Si no existen todavía en las causas criminales o en la policía correccional, tanto mejor: felicitémonos de ello". Esa es la opinión de otros autores". (MEDICINA LEGAL DE NERIO ROJAS).

Del Dr. Ruiz Maya son los siguientes conceptos sobre la sugestión hipnótica:

"El hipnotizado no realiza sino aquello que, en cierto modo, compadece con sus tendencias, sea consciente o extraconsciente el camino o senda a seguir esta coincidencia, por lo común de tonos afectivos, de deseos o apetencias. El hipnotismo, en realidad, es un modo de sugestión, y así como en la sugestión vigil sólo es sugerido aquello que compadece con nuestras tendencias, etc., aquello, podríamos decir, que ya existía plasmado en el espíritu del sujeto de sugestión, en el hipnotismo no se puede suge-

rir sino, por lo menos, lo que no choca o es contrario a las inspiraciones y deseos y orientaciones del hipnotizado.

"El hipnotizado no sólo no es un sujeto pasivo; no sólo no es su espíritu a modo de **tábula rasa** donde el hipnotizador puede ir imprimiendo a capricho órdenes, mandatos e inclinaciones que han de ser ejecutados, sino que interviene como factor activo en cuanto de él se solicita y ha de ejecutar; aunque esta cooperación o comandita se realice a expensas de los negocios del mundo de lo extraconsciente.

"El que fue hipnotizado porque se entregó al fenómeno, porque quiso serlo, puede ser sujeto de sugestión criminal, pero en la realización del hecho no hay violencia". (PSIQUIATRIA PENAL Y CIVIL. Dr. M. RUIZ MAYA).

No obstante opiniones tan autorizadas sobre la no existencia de una sugestión hipnótica plena que prive al sugestionado del dominio de sus facultades y lo convierta en una especie de cuerpo inerte a merced de la voluntad del hipnotizador, muchos hombres de ciencia e investigadores de los fenómenos de la hipnosis, aceptan la posibilidad del crimen por medio del hipnotismo, aunque reconociendo al mismo tiempo su dificultad en la práctica, en razón de la naturaleza de los delitos, las condiciones del sugestionado y otros factores semejantes.

Admitida la hipótesis de la sugestión criminal, por el hipnotismo, es claro que el derecho no puede atribuir al agente las condiciones propias de imputabilidad, porque la acción que se cometa en ese estado es solamente física, es decir, mecánica. En tal supuesto la responsabilidad recae en el hipnotizador, autor mediato y único del delito, salvo que el sugestionado hubiera previamente consentido en cometer el hecho porque entonces la responsabilidad recaería en ambos; el hipnotizador sería un instigador y el hipnotizado autor material.

Sugestión patológica

El estado de sugestión patológica, cuyo mérito como causa excluyente de la imputabilidad, es el mismo de la sugestión hipnótica, no es tan fácil de concretar en la práctica penal, dado que su origen, por lo común, depende de enfermedades mentales.

La sugestión patológica, entendida en su sentido más general, coincide con la hipnótica en cuanto ambas provienen de la

acción ejercida sobre el agente material del delito por otra persona, que logra dominar la voluntad de aquel y hacerlo obrar inconscientemente. Pero la sugestión patológica, como su nombre lo indica, se obtiene operando sobre sujetos que, por sus condiciones anormales de salud mental son aptos para la sugestión, o por el empleo de ciertos recursos, como narcóticos o medios semejantes.

Pero, aparte de esa forma de sugestión proveniente de la acción de un tercero, la psiquiatría estudia otros estados de inconsciencia, que por sus características peculiares bien podrían considerarse para negar la imputabilidad, en el mismo plano de la sugestión patológica o hipnótica, aunque no haya en absoluto, intervención de terceros. De esos estados, por la relación que tienen con el punto que estudiamos, queremos referirnos al sonambulismo y a la ebriedad del sueño, siguiendo la obra del Dr. Nerio Rojas, ya citada, no sin antes advertir que la presencia de un factor patológico determinante de la inconsciencia, podría hacer aceptable la imputabilidad en los términos que corresponden a la delincuencia anormal. Nuestro concepto, no obstante estar prevista por la ley penal la responsabilidad, de los enfermos mentales, se inclina a la negación de la imputabilidad en los casos de sonambulismo y ebriedad del sueño, por cuanto al estado de inconsciencia suprime necesariamente toda vinculación psicológica al hecho delictuoso, lo mismo que en la sugestión hipnótica.

Expresa el autor a que nos referimos:

"Otros procesos patológicos capaces de traer pérdida de la conciencia con conservación del automatismo y realización de actos delictuosos, tienen menos importancia por su carácter excepcional. Ellos son: El sonambulismo, la ebriedad del sueño, la manía transitoria.

"El sonambulismo tiene muchas analogías psicológicas con el sueño y el hipnotismo. Se llama así a un estado espontáneo de inconsciencia con actividad motriz continuación del sueño fisiológico. El sujeto pasa del reposo de su sueño a la actividad sonambúlica, ambulatoria, sin solución de continuidad. Se trata de un verdadero estado segundo de producción espontánea.

"El sonambulismo no es una manifestación posible en cualquier sujeto; es un trastorno nervioso, una enfermedad, o el síntoma de una neurosis, como la histeria o la epilepsia.

"... Es fácil suponer que, dada la actividad del sonámbu-

lo ha de serle posible la realización de actos delictuosos. La justicia, en efecto, ha debido intervenir en procesos de esa naturaleza. Sin embargo estos hechos son raros, tanto que Krafft Ebing, Du Saullé y Vladoff traen más o menos los mismos casos, que no pasan de media docena. Casi siempre se trata de sueños activos, con homicidio completo o frustrado. A veces el alcoholismo interviene; sonambulismo alcohólico de Magnan y Crothers”.

En cuanto a la ebriedad del sueño, otro estado de inconsciencia durante el cual son posibles hechos criminosos sin tener el agente consciencia de ellos, expone el nombrado autor:

“La ebriedad del sueño es la persistencia de la actividad onírica al despertarse, durando ello unos pocos minutos, en los cuales el sujeto está como semidormido y semidespierto a la vez.

“Favorecen la embriaguez del sueño, las fatigas prolongadas física y psíquica, las malas digestiones o digestiones laboriosas, las bebidas alcohólicas antes de dormir, la privación del sueño, todas las causas de autointoxicación. También se favorecen por un sueño demasiado profundo, como se observa en miembros de la misma familia, las pesadillas, el despertar bruscamente sobre todo en un ensueño .

“En estos estados anómalos, el sujeto se despierta soñando, las ideas del sueño persisten sin rectificación, son tomadas por realidad y conducen a la ejecución de actos más o menos graves. Este estado es pasajero, dura algunos minutos solamente, con una amnesia consecutiva a veces completa, aunque casi siempre la memoria es rudimentaria y contiene los recuerdos subjetivos del hecho, como si fuera un sueño, y no las circunstancias objetivas del mismo.

“Es una madre que sueña con un incendio, corre y arroja su hijo por la ventana para salvarlo. Es un hombre que sueña con fantasmas, toma un hacha para perseguirlos y mata a su mujer”.

Los estados de inconsciencia a que nos hemos referido y cuya descripción hemos tomado de la obra del Dr. Nerio Rojas, sobre medicina legal, aunque llevan envueltos el concepto de anormalidad, estimamos que, para efectos de la imputabilidad, cabe acomodarlos a lo que nuestro Código denomina sugestión patológica, pues no parece aceptable la exigencia de responsabilidad cuando el agente ha procedido inconscientemente y por lo tanto sin vinculación psicológica al delito.

En cuanto a la manía transitoria, enunciada por el autor de que tratamos entre los estados de inconsciencia, no parece aceptable atribuirle los mismos efectos en el campo penal, por cuanto se trata de una manifestación morbosa de orden diferente, que es descrita en los siguientes términos:

"... Es una forma que sobreviene bruscamente con fuerte excitación y suprime la voluntad y la responsabilidad del enfermo. Es un acceso único de media a seis horas de duración; estado confusional o de intenso furor con impulsos muy peligrosos, ideas terroríficas, supresión de sensorium y amnesia completa consecutiva.

"Se considera la manifestación delirante de excitación cerebral producida por una congestión violenta. Lengrand Du Saulle no acepta la entidad independiente de manía transitoria, pues opina que sólo se trata de una manifestación de la epilepsia".

Ignorancia Invencible

La ignorancia es causa de inimputabilidad en cuanto sea ella invencible para el agente y haya procedido éste con plena buena fe por falta de conocimiento en cuanto a la naturaleza del hecho ejecutado. La ignorancia es cosa distinta del error, pero para los efectos penales sus consecuencias son idénticas.

Para que la ignorancia constituya motivo de inimputabilidad es preciso que sea invencible, es decir, que al agente no le sea posible con la natural diligencia obtener el conocimiento del hecho ignorado o de sus consecuencias. Además, debe referirse la ignorancia al hecho mismo del delito en sus elementos esenciales y no a sus circunstancias o condiciones adjetivas, pues el desconocimiento de estas últimas no impide que surja la imputabilidad.

La persona que procede por ignorancia en cuanto a la naturaleza misma del hecho, actúa en forma tal que es imposible atribuirle dolo o culpa en cuanto al hecho cometido. Así, por ejemplo, si una mujer embarazada toma sustancias abortivas ignorando que lo son, no podría imputársele el delito de aborto: igual ocurriría si un hombre obtiene el acceso carnal de una mujer, ignorando que es su hija, o hermana, pues este desconocimiento no permitiría surgir el delito de incesto. En general en todos los delitos que requieren como elemento constitutivo el **a sabiendas**, la

ignorancia impide la imputación. En algunos casos la ignorancia no afecta la imputabilidad de una manera absoluta, por ser accidental, pero puede modificar el hecho cometido, lo que ocurre, por ejemplo, en el parricidio.

Es importante advertir que la ignorancia invencible como motivo de inimputabilidad no se refiere al desconocimiento de las normas legales porque en este particular domina la presunción del conocimiento de la ley, salvo el caso, en condiciones especiales, de las contravenciones.

Error esencial de hecho

El error de hecho puede ser esencial o accidental: se dice que es esencial cuando recae sobre los elementos mismos que constituyen la infracción, y accidental cuando se refiere a circunstancias accesorias, independientemente de las cuales el hecho punible subsiste. En el primer caso no existe la imputabilidad por cuanto el agente procede determinado por un concepto equivocado o un falso juicio que le hacen estimar el hecho en condiciones distintas a las que realmente tiene; en el segundo, la imputabilidad no desaparece porque las circunstancias accidentales erróneamente apreciadas dejan intactas la intención criminal y las condiciones de ilicitud del hecho.

El error esencial de hecho, lo mismo que la ignorancia, pueden ser vencible o invencible, según que provenga o no de negligencia del agente.

En el error accidental puede presentarse el dolo o la culpa, pero en todo caso hay responsabilidad. El error esencial, cuando proviene de negligencia del agente origina la culpa penal, dado caso que el delito admita dicha modalidad.

Error esencial de derecho

También el error de derecho puede ser causa de inimputabilidad cuando reúne iguales requisitos que el error esencial de hecho. Aunque reconocida esta causal por los códigos, entre ellos el nuestro, no es cuestión fácil establecer en qué consiste y cuál es su verdadero alcance frente a la ley penal. Por lo común el error esencial de derecho comporta un error de hecho de igual grado, por lo que, prácticamente uno y otro acaban por confundirse.

De las explicaciones que en materia de error de derecho hacen algunos penalistas, parece entenderse que el error de derecho equivale a la ignorancia de la ley, concepto que nos parece impropio frente a nuestro código que apenas reconoce la ignorancia de la ley como causal eximente de responsabilidad respecto de las contravenciones. Para que se vea la confusión que hay sobre el error de derecho, traemos los conceptos que sobre el particular expresa Ferri en su obra Principios Criminales:

“Más discutible es la influencia de la ignorancia o error substancial de Derecho, esto es, de la ley. Aquí aparecen en contraste dos normas fundamentales de la vida social y de la justicia punitiva: por un lado la ley penal que provee a las necesidades inmanentes de la defensa social, y que debe en virtud de la fuerza misma de las cosas, poseer un imperio absoluto e incondicionado, como vimos. Por otra parte, no es humanamente posible considerar delincuente al que ha procedido con plena buena fé, no sabiendo que una ley prohibía el hecho.

“Decir que todo ciudadano tiene el deber jurídico de conocer las leyes es una afirmación fantástica; porque en la moderna civilización ningún ciudadano —ni siquiera el jurisperito— tiene la posibilidad material de conocer o de tener noticia de todas las leyes y reglamentos; y ello, haciendo abstracción de que a veces los Jueces tienen que decidir sobre si una ley ha sido derogada o está aún en vigor, al menos parcialmente.

“El conocimiento de la ley no puede constituir, por tanto, una presunción legal absoluta, porque no se puede presumir lo imposible. Ni tampoco se elimina la dificultad, diciendo que ésta no es una “presunción”, sino una “ficción jurídica”, ya que lo imposible no puede admitirse ni siquiera como ficción”.

Si bien es cierto que la ignorancia de la ley es lo corriente y que lo extraordinario es su conocimiento, el ordenamiento jurídico de la sociedad impide fundar una causal de inimputabilidad penal en esa ignorancia de los estatutos legales. Pero cosa muy distinta es el error de derecho, en la forma como lo establece nuestro código, porque él atiende, no a la ignorancia de la ley, sino a las situaciones falsas, a los juicios errados relacionados con cuestiones esenciales de derecho.

Repetimos que es difícil —si no imposible— separar el error de derecho del error de hecho, porque éste supone ordinariamente el primero. Pero el error, de una u otra clase, en nin-

gún caso se identifica con la ignorancia, que sólo significa falta de conocimiento.

Ignorancia de la Ley

La ignorancia de la ley no sirve de excusa, según principio consagrado en nuestro derecho positivo, cuya justificación hay que hacer en defensa del propio ordenamiento jurídico de la sociedad aunque sea cierto el hecho de que pocas personas tengan el conocimiento, siquiera mediano de las disposiciones legales.

Sin embargo, el derecho penal considera como causal de inimputabilidad la ignorancia de la ley, dentro de ciertos límites y para hechos que siendo infracciones, no son constitutivos de delitos. De acuerdo con el ordinal 3o. del artículo 23 de nuestro código, no hay lugar a responsabilidad, cuando se procede ignorando que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre y cuando la ignorancia provenga o dependa de fuerza mayor. Pero esa ignorancia, establece la misma disposición, no puede alegarse sino tratándose de contravenciones.

Los requisitos que el texto legal exige para que no haya lugar a la imputabilidad, son los siguientes:

- a) Ignorancia de la prohibición legal sobre el hecho cometido;
- b) Que la ignorancia dependa de fuerza mayor, y
- c) Que el hecho no constituya delito sino simple contravención.

Hasta cierto punto parece inoperante la consagración de esta causal de inimputabilidad en el Código Penal puesto que las contravenciones no están comprendidas en él, siendo materia de leyes especiales, de ordenamientos y reglamentos de Policía. Sin embargo, tal disposición tiene ejercicio y su aplicación puede hacerse dentro de los sistemas de juicio correspondientes a las contravenciones.

La razón para admitir la ignorancia como motivo eximente de responsabilidad en las contravenciones, no así en los delitos, se funda en la naturaleza y características de aquellas, dado que son hechos que no representan una violación específica del derecho o de un determinado interés jurídico, como si ocurre con los delitos. Las contravenciones, de acuerdo con lo ya estudiado, constituyen el quebrantamiento de disposiciones o reglamentos de

prevención, destinados, precisamente, a evitar situaciones de peligro o de amenaza para los derechos de los asociados, y cuando más, violaciones del derecho de muy escasa significación en las relaciones jurídicas.

En cambio, tratándose de delitos, no sería lógico poner en práctica y en función la misma causal porque ello desquiciaría totalmente la organización jurídica de la sociedad y daría al traste con los fines fundamentales del derecho penal. Nada más fácil que alegar ignorancia de la ley, así se tratara de los delitos más comunes y más contrarios a los sentimientos humanos. Hay, no obstante, un aspecto del problema cuyo examen penal debiera hacerse atendiendo a la interpretación sociológica del delito. Nos referimos concretamente a la situación especial de ciertos grupos étnicos, que viven al margen de la civilización del común de los asociados, que conservan su lengua, sus costumbres, sus creencias y sus hábitos salvajes. Tal ocurre entre nosotros con las poblaciones indígenas, cuya desvinculación más o menos completa de la vida civilizada debiera tenerse en cuenta para no someterlos a la ley penal en las mismas condiciones de las demás personas. Respecto de los indios se justificaría un régimen especial, un procedimiento distinto al ordinario y la adopción de medidas penales ajustadas a su idiosincracia. De esta falla adolece el derecho penal colombiano, lo que determina, como es claro, una situación verdaderamente anormal.

Hemos citado esta cuestión al hablar de la ignorancia de la ley, aunque ella corresponde con más propiedad a la sociología criminal, para poner de relieve la injusticia que entraña hacer general la presunción o ficción del conocimiento de la ley, cuando hay grupos humanos marginados de la civilización. De existir un régimen penal de excepción para ellos posiblemente la ignorancia podría influir de modo más completo como causal de inimputabilidad.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Las causas a que acabamos de referirnos exoneran de responsabilidad porque afectan las condiciones mínimas de imputa-

bilidad penal (actividad psico-física). Las que vamos a examinar ahora son causas de justificación, que igualmente suprimen la responsabilidad, pero en razón de motivos muy distintos a los que operan en las causales antes estudiadas.

Causas de justificación de los hechos penales son:

- 1o.—**Disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente, es decir, el deber legal y la obediencia jerárquica;**
- 2o.—**Legítima defensa, y**
- 3o.—**Estado de necesidad.**

Fuera de las causas de justificación existen las llamadas excusas absolutorias, que no lo son de inimputabilidad ni de justificación en un sentido estricto, porque a pesar de ellas, los hechos siempre constituyen delito y la punibilidad subsiste, excluyendo sólo la penalidad por motivos determinantes especiales o intereses sociales preponderantes.

En primer término nos ocuparemos de las causas de justificación, no sin antes enunciar los fundamentos generales que ellas tienen.

Los motivos de justificación presuponen siempre la concurrencia de los elementos propios a la imputabilidad, pero la responsabilidad no surge por la presencia de factores válidos para hacer lícito ante la ley el acto objetivamente delictuoso.

Los distintos motivos que hemos enunciado y que se hallan consagrados en las legislaciones penales son examinados de muy diversas maneras, según la orientación filosófica de cada escuela, y fundamentados, también, en armonía con los postulados correspondientes a cada doctrina. Como al analizar en particular las causas de justificación habremos de detenernos en el estudio de los fundamentos de cada una de ellas, nos limitamos, por ahora, a destacar las tesis más generales en relación con la materia a que nos referimos.

En la concepción clásica del derecho penal todas las causales de justificación descansan en un concepto de coacción moral atribuible a la persona que se ve obligada a obrar por fuerzas insuperables, en los casos de **deber legal, obediencia jerárquica, legítima defensa y estado de necesidad**. Como la responsabilidad penal lo mismo que la imputabilidad, son resultado del libre albedrío, es claro que los motivos de justificación eliminan la responsabilidad en la teoría clásica por falta de libertad del agente para determinarse en su actuación.

Otras teorías parten del examen de las condiciones objetivas del delito para concluir que los hechos cometidos en alguno de los casos de justificación no son punibles porque no son contrarios al derecho, es decir que la justificación supone la no antijuridicidad de los hechos reconocidos legalmente como justos.

Por último, guardando mejor concordancia con las condiciones de los hechos penales, las doctrinas positivistas consideran que la responsabilidad no existe, aunque estén completos los elementos constitutivos del delito, cuando se procede por alguna causa de justificación, por la legitimidad del móvil y del fin, lo que más exactamente concreta Florian en la "falta de peligrosidad en virtud de los motivos de justificación".

Disposición de la ley y orden obligatoria de autoridad competente

Esta causal de justificación que el Código Penal colombiano establece en el ordinal 1o. del artículo 25, comprende el **deber legal y la obediencia jerárquica**, conceptos estos que precisa analizar.

Deber Legal

Si la propia ley impone la ejecución de determinados actos o autoriza su comisión, es evidente que las condiciones de ilicitud que son propias al delito no podrían aparecer, puesto que implícitamente los hechos encuentran su autorización en el ordenamiento legal. Ahora bien; la justificación que la propia ley da a ciertos hechos y en especial con el ejercicio de algunas funciones oficiales o públicas, no es absoluta en ningún caso y aparece siempre limitada a las exigencias de la función en cuyo desempeño se faculta para la ejecución de actos determinados.

De esta manera puede haber lugar a la comisión de un delito cuando quien ejecuta el acto justificado por la ley no es el funcionario competente para ejecutarlo, o también, si con facultad para cumplirlo va más allá del ordenamiento legal.

El deber legal como causal de justificación obra en primer término para los funcionarios o empleados públicos respecto de los actos que en ejercicio de sus cargos deben ejecutar. Así, por ejemplo, no es responsable de homicidio la persona que como verdugo tiene que ejecutar a otra en cumplimiento de una sentencia de muerte; ni es responsable de violación de domicilio el

funcionario que con facultad para ello y con el lleno de las formalidades procedimentales allana una residencia para la práctica de una diligencia judicial. En cambio, esos mismos hechos, ejecutados por personas a quienes la ley no ha atribuido la facultad de cumplirlos, o llevados a término sin ceñimiento a las formalidades del caso, darían lugar a responsabilidad penal.

Pero aparte de los funcionarios públicos el **deber legal** puede ser común a todas las personas, lo que ocurre en aquellos casos en que la ley impone a los asociados deberes precisos en orden principalmente a mantener el imperio de la ley. Así, constitucional y legalmente todas las personas están facultadas para detener al delincuente que es sorprendido **in fraganti**, hecho este que por tal motivo no podría ser delito contra la libertad o la autonomía de la persona detenida.

En relación con la causal que se funda en el **deber legal** se presenta el problema relativo al ejercicio no del deber sino del derecho legalmente reconocido, en orden a saber si los actos que se ejecuten en este caso alcanzan igual justificación. Según algunos tratadistas, entre ellos Prinz, son justas las vías de hecho cuando no transpasan la facultad de defender el derecho negado. Así, cuando un acreedor queriendo obtener de su deudor la suma adeudada, lo golpea y le arrebatata el dinero, se justifica esto último (arrebatar el dinero), pero no las vías de hecho personales. En nuestra opinión el reconocimiento de los derechos cuando ellos han sido negados no justifican, en ningún caso las vías de hecho, porque ello contraviene, fundamentalmente el ordenamiento legal y entrañaría esa justificación el desconocimiento de normas institucionales que imponen a los asociados el deber de recurrir a las autoridades legítimas en demanda de sus derechos impidiéndoles hacerse justicia por propia mano. Otra cosa es cuando el derecho de la persona es puesto en crisis por un acto violento, porque lo que se presenta entonces es la legítima defensa.

Obediencia Jerárquica

La justificación por obediencia jerárquica es reconocida en materia penal dentro de los precisos límites de la subordinación obligatoria, razón por la cual no opera sino respecto de aquellas personas que en virtud de sus funciones están obligadas a cumplir órdenes superiores legítimas.

Aunque es cierto que en múltiples actividades y relacio-

nes humanas se impone la obediencia o subordinación de carácter espiritual, político o doméstico, la interdependencia no es propiamente jerárquica, única que permite integrar la causal de justificación que comentamos.

Porque exista la subordinación jerárquica no por este sólo hecho alcanza justificación el acto delictuoso que el subalterno ejecute por orden superior. Es preciso, aparte de esa dependencia que, por la naturaleza del servicio el subalterno esté en la obligación de acatar el mandato superior. En consecuencia son indispensables los siguientes requisitos para que pueda hablarse de justificación de un hecho por causa de la obediencia jerárquica: a). Que la orden emane de autoridad competente; b). Que se acomode a las funciones propias de la autoridad que la imparte; y, c). Que el agente o inferior esté en la obligación de cumplirla.

La validez de la obediencia jerárquica como causal justificativa se presenta principalmente en el campo militar, dada la propia organización de las fuerzas armadas y la disciplina que en ellas rige para el buen cumplimiento de sus funciones. En el terreno común de la administración pública, aunque existe la subordinación, la obediencia a órdenes superiores se cumple dentro de cierta órbita de racional deliberación, que en muchos casos permite al subordinado conocer la legalidad o ilegalidad del mandato y percatarse de las consecuencias del acto cuya ejecución se ordena.

Cuando en cumplimiento de orden superior obligatoria para el agente subalterno este comete un hecho constitutivo de infracción penal, la responsabilidad recae en el superior que impartió la orden, según opinión unánime de los tratadistas. El que ha obedecido la orden no carga con responsabilidad alguna si la interdependencia es tal que no podía sustraerse al mandato superior. En todo otro caso la acción del inferior no se justifica y penalmente comparte la responsabilidad con el superior. En concepto de Rossi la responsabilidad del que manda está en razón directa de su facultad de mandar, y la del que obedece en razón inversa de su dependencia del superior.

La Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal Colombiano

De acuerdo con el artículo 25 hay justificación del hecho por "orden obligatoria de autoridad competente", lo que supone la exigencia de dos requisitos indispensables para que la causal

se presente, a saber: obligatoriedad de la orden y competencia del funcionario que la expide.

Fuera de estas condiciones que se desprenden de lo dispuesto en el ordinal 1o. de la acotada disposición, el mérito del motivo justificativo está subordinado en ciertas infracciones a una disposición constitucional (artículo 21), que establece:

“En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”.

Igual norma consagra el artículo 2o. del Código de Procedimiento Penal, aunque este texto amplía la excepción, excediendo a los términos constitucionales, a los miembros de los cuerpos armados en servicio.

Lo consagrado por nuestra Constitución se refiere sólo a las infracciones manifiestas de los preceptos de la misma, no a las demás violaciones de carácter legal. Por tanto la justificación en razón de la obediencia jerárquica puede presentarse en todos los casos en que exista la subordinación y en cuanto se trate de órdenes de autoridad competente, obligatorias para el agente.

Por último, debe tenerse presente para el reconocimiento de la justificación, que el subordinado al cumplir la orden ha de proceder en el supuesto de que el hecho no constituya infracción penal, pues si obedece a sabiendas de la ilicitud del acto, hay lugar a responsabilidad.

La responsabilidad del que ordena se rige en nuestra ley penal por el artículo 19 (inciso 2o.), que coloca en la condición de autor del delito al “que determine a otro a cometerlo”.

Legítima defensa

La legítima defensa es motivo de justificación reconocido por todas las legislaciones, que el Código Penal Colombiano concreta así en el ordinal 2o. del artículo 25:

“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”.

Concepto de la Legítima Defensa

Son muchas las definiciones que se han dado de la legítima defensa, como muchos son los fundamentos que los tratadistas formulan para esta causal de justificación. De esas definiciones podemos destacar, entre otras, las de Kohlr y Liszt. Para el primero, la legítima defensa es “la repulsa de una agresión anti-jurídica y actual, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, cuando no traspase la medida necesaria para la protección”; para el segundo, es “la defensa que se estima necesaria para repeler una agresión actual contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor”.

En el concepto general de la legítima defensa la justificación de los hechos lesivos a cuya ejecución se ve obligada la persona, emana de la crisis que para un derecho legítimo legalmente tutelado provoca el agresor con actos violentos e injustos. Por ello, en todas las definiciones de esta causal de justificación entran como elementos esenciales la violencia o agresión, el peligro o daño para el agredido y la reacción o repulsa contra la agresión.

Son, por tanto, elementos de la legítima defensa:

- a).—Violencia o agresión;
- b).—Actualidad de la violencia;
- c).—Injusticia;
- d).—Peligro de daño derivado de la agresión; y
- e).—Reacción o rechazo de la agresión.

Naturaleza de la violencia

Este elemento comprende los actos de agresión capaces de lesionar intereses jurídicamente protegidos, según criterio de Mezger o, como dice Liszt, “todo hecho de poner en peligro, por medio de un acto positivo, una situación existente, jurídicamente protegida”.

La violencia puede ser material o moral y representar su ejercicio por parte del agresor una amenaza o peligro para dere-

chos del agredido o de un tercero. Aunque muchos tratadistas opinan que la agresión puede provenir de cualquier individuo, racional o irracional, imputable o no imputable, entendemos que requiriendo el elemento violencia la nota de injusticia, la legítima defensa sólo se presenta para repeler agresiones que provienen de otra persona, pues toda repulsa ante una situación de peligro creada por un ser viviente distinto del hombre, daría lugar a un estado de necesidad y no a la causal justificativa que analizamos.

La agresión, para los efectos de la legítima defensa, puede ser contra **la persona, el honor o sus bienes**, y no es preciso que la amenaza de daño atente contra quien ejerce el derecho, pues legítimamente cabe defender a terceros.

En cuanto a la gravedad de la violencia las opiniones de los tratadistas no están muy acordes. Algunos, por ejemplo, sostienen que la legítima defensa sólo cabe ejercerla contra las agresiones que representan un grave mal para la vida, (atentados contra la integridad personal o la vida) o el pudor, pero niegan la legítima defensa de la propiedad y el honor (reputación). Otros admiten el derecho para repeler toda amenaza de daño a la vida, el honor o los bienes, aunque respecto de estos últimos, que se refieren a la propiedad, atienden para la justificación a la magnitud de los daños. Tal es el concepto de Liszt, Garraud y Meyer, entre otros.

Actualidad de la Violencia

La violencia tiene que ser actual, lo que quiere decir que debe preceder la reacción defensiva y motivarla de inmediato, porque, de lo contrario, si el mal ya se ha sufrido, la reacción de la víctima sería inoperante para conjurar la crisis de su derecho, convirtiéndose en una venganza; o si apenas se teme el daño como simple amenaza futura, toda defensa sería prematura y contraria a derecho. Así, la actualidad significa que hay una agresión presente que determina la reacción defensiva, o una agresión inminente, que impide a la víctima recurrir a todo medio legítimo para evitar el daño. Es importante considerar que la actualidad de la agresión no tiene que suponer igualmente la actualidad del peligro o del daño. Dado que la legítima defensa es precisamente un medio para evitar que se consuma una lesión a intereses jurídicos legítimos, quien la ejerce no tiene que esperar para que su defensa sea justa a sufrir la lesión.

Injusticia

La injusticia en la lesión entraña el ataque contra derecho. Comprende este elemento la antijuridicidad de la violencia para que pueda haber lugar a la legítima defensa. Si la agresión es justa o ha sido provocada por la persona, no hay lugar a la causal de justificación, aunque puede ocurrir que exista mediando la provocación del ofendido, cuando tal provocación no guarde proporción con la violencia del atacante. Están acordes casi todos los tratadistas en el concepto de que la injusticia debe apreciarse objetivamente, no por su cualidad delictuosa. De esta suerte, es indiferente que se rechace la violencia de una persona normal, de un ebrio, de un menor o de un loco. Ya vimos como para algunos la agresión puede provenir de un ser racional o irracional, tesis que no encontramos aceptable en atención a que sería absurdo, o cuando menos impropio, atribuir condiciones de injusticia al ataque proveniente de un animal. En casos como este habría justificación por estado de necesidad, pero no por legítima defensa.

Peligro de daño

El peligro grave e inminente, que impone racionalmente la necesidad de defensa, entraña el daño posible e inmediato para la persona, pudiendo corresponder dicho elemento a un concepto objetivo, o en contrario, subjetivo. En el primer caso la amenaza de todos modos cierta, contra la cual reacciona el individuo en defensa del derecho amenazado, tiene una existencia real. En el segundo, el daño o peligro para la víctima es estimado íntimamente por la persona en su gravedad e inminencia, ya por causa de antecedentes por ella conocidos, bien por circunstancias atañederas a las condiciones psicológicas del sujeto, por lo que en la realidad puede no corresponder la reacción a una amenaza cierta o a un peligro real, determinándose en ese supuesto una legítima defensa subjetiva.

En la apreciación de la violencia, para fijar su injusticia, su gravedad y la inminencia del daño, es imposible sentar una norma fija o atender a la sola valoración objetiva porque en la estimación de los hechos precisa siempre considerar todas las circunstancias dentro de las cuales la persona reacciona. Esto ocurre lo mismo cuando se trata de repeler las agresiones que amenazan la

vida o la integridad personal, que cuando la repulsa se ejerce contra agresiones que son lesivas del honor, del pudor y del patrimonio moral en general, que toda persona aprecia en diferente grado y con mayor celo en determinados aspectos.

Por la misma causa no es fácil encontrar los términos propios de la proporcionalidad entre la agresión y la repulsa, cuya equivalencia es también elemento de la legítima defensa. De allí por qué la llamada **figura del exceso en la defensa**, que acarrea responsabilidad penal respecto de hechos inicial y fundamentalmente lícitos, resulta en la práctica imposible de justipreciar, pues no es posible buscar la equipotencialidad del acto-agresión y el acto repulsa. Ya veremos al estudiar el **exceso en la defensa** los problemas que esta figura provoca.

Reacción de rechazo de la agresión

Contra la violencia que amenaza o pone en peligro el derecho legítimo de la persona, la repulsa del acto violento es el modo lícito que el derecho penal establece para evitar que se consume el daño a la persona agredida. Pero esa facultad de defensa es legítima, conforme a la doctrina y a la ley en cuanto sea apenas en el grado eficaz para conjurar el daño. Esto quiere decir que, además de tratarse de una violencia actual e injusta, contra la cual se opone la víctima, los actos para repelerla deben ajustarse a la naturaleza de la agresión y a la cualidad del interés jurídico amenazado. La violencia, por lo tanto, ha de rechazarse con la reacción indispensable para evitar el mal, pero es claro que en este particular, como lo observamos atrás, no es factible dictar reglas definitivas porque en cada caso particular y con criterio esencialmente subjetivo, corresponde al Juez examinar las circunstancias del hecho. No se podría, por ejemplo, afirmar a priori la eficacia de la fuga como medio para evitar una agresión contra la vida o la integridad personal, porque no siempre es posible para el agredido semejante solución, ni es frecuente que a ella puede recurrirse cuando se trata de poner a salvo la existencia o la integridad corporal.

Lo que importa de manera principal para que se integre la legítima defensa es que la reacción de la víctima pretenda poner a salvo el derecho amenazado. La naturaleza de los medios a que se recurre para repeler la agresión no siempre está en manos

de la persona escogerlos, por lo que no es propio construir rígidamente y con criterio objetivo la estructura jurídica de la defensa legítima, sino apreciar racionalmente y en cada caso particular la justificación posible del hecho.

Exceso en la defensa

El exceso es una figura penal que se presenta en relación con la legítima defensa, el estado de necesidad, el deber legal y la obediencia jerárquica, es decir, con todas las causales de justificación. En virtud de ella se deduce responsabilidad cuando los actos ejecutados por el agente, inicialmente lícitos, van más allá de los límites reconocidos por la misma ley.

Surge el **exceso** en la legítima defensa por exigir ésta que haya proporcionalidad entre la agresión y la reacción, proporcionalidad que se refiere principalmente a los medios empleados por la persona para repeler al atacante. Como es lo normal que en caso de una agresión injusta, capaz de poner en peligro la vida, la integridad personal, el honor, o los bienes, el ofendido, en orden a tutelar su derecho, recurra a los medios de que puede disponer en el momento de producirse el ataque, es muy difícil precisar si ha habido exceso o nó en la reacción defensiva. Esa dificultad que en la práctica ofrece la determinación jurídica del **exceso** sirve a muchos tratadistas para abogar por su eliminación de los códigos, como que la exigencia de responsabilidad en ese supuesto sirve únicamente para provocar errores judiciales y dificultar la correcta evaluación de la legítima defensa.

Otro problema resultante de la admisión del **exceso** como una figura penal es la relativa a la fijación del carácter ilícito atribuible al hecho excedido. Mientras algunos sostienen que se trata de un hecho doloso, fundan otros la responsabilidad en la culpa. Esta cuestión es en efecto bastante compleja: en primer término, hay que admitir que si la legítima defensa es motivo de justificación ante la ley penal, lo que se reprime en el **exceso**, lo mismo para la defensa legítima que para las otras causales positivas de justificación, es un hecho inicialmente lícito, por lo que resulta, en cierta forma, impropio hablar de dolo; y, de otra parte, los actos constitutivos de una defensa legítima son siempre intencionales, por lo cual, también, no es muy lógico fundar en la culpa la responsabilidad penal del **exceso**.

El Código Penal Colombiano contempla la responsabilidad por exceso en la legítima defensa, en el estado de necesidad, la obediencia jerárquica y el mandato legal. A este respecto dispone el artículo 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 sindicado, podrá aplicarse la condena condicional”.

Legítima defensa putativa

La legítima defensa ofrece dos formas: la primera corresponde a una situación real de violencia que amenaza de manera inminente a la persona, su honor o sus bienes; en la segunda las condiciones de la legítima defensa no están objetivamente satisfechas y la persona procede, por error o temor, en el supuesto de la inminencia del peligro o del daño. Esta forma se denomina legítima defensa putativa, reconocida como válida para la justificación.

Como lo característico en la legítima defensa putativa es el error determinado en la conciencia del agente, por circunstancias especiales o antecedentes conocidos, la justificación opera en las mismas condiciones que en el caso de la legítima defensa propiamente dicha. No obstante, para algunos expositores, entre ellos el Dr. Jiménez de Asúa, la defensa putativa exonera de responsabilidad, no por justificación, sino por error esencial de hecho, motivo este que corresponde a una de las causales negativas que eliminan la responsabilidad penal.

Habida consideración de que en la defensa putativa la persona procede en el supuesto de la violencia y de la inminencia de daño o de peligro, es evidente que desde el punto de vista subjetivo y en relación con el agente se cumplen todas las condiciones que son propias a la defensa legítima, y en tal ánimo procede el que ejercita la defensa. Por esta razón es más jurídico asimilar la defensa putativa a la defensa legítima que considerarla como error esencial de hecho, cuyas características y requisitos son bien distintos.

Legítima defensa presuntiva

La legítima defensa presuntiva es consagrada en los códigos penales de una manera especial, no por tratarse de una forma distinta de la causal de justificación que examinamos, sino con el objeto de amparar, mediante la presunción, situaciones de repulsa impuestas por circunstancias de carácter imperativo, que no siempre entrañan la ejecución de actos violentos destinados a crear el peligro inminente para el agredido.

El artículo 25 de nuestro Código en la parte final del ordinal 2o. concreta así la presunción:

“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”.

De acuerdo con la disposición transcrita son dos casos de legítima defensa presuntiva:

a). El primero se refiere al rechazo violento que se hace del asaltante nocturno de una habitación o de sus dependencias, cuando éste recurre a medios de escalamiento o fractura. Aquí la presunción de la legítima defensa se consagra para el dueño o morador por cuanto cabe suponer que en tal caso se trata de un atentado manifiesto contra la propiedad y contra fundamentales derechos de la persona y de su domicilio. Bien puede ocurrir que el asaltante no pretenda robar o llevar a término otro delito, pero tal hipótesis, la más improbable, es inadmisibles desde el punto de vista del que rechaza la agresión. Por ello el Código ampara en forma completa los derechos del dueño o morador y la repulsa puede consistir en cualquier acto, sin que sea posible hablar del exceso en la defensa, puesto que, de acuerdo con la disposición, se faculta para el rechazo “cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor”.

b). Para el que encuentra un extraño dentro de su hogar existe igualmente la defensa presuntiva, respecto de los actos e-

jecutados para rechazar al que de manera arbitraria o clandestina se ha introducido en domicilio ajeno. Pero la presunción no obra con la misma amplitud consagrada para el caso anterior. Son precisas dos circunstancias para hacer valedera la presunción: que no se justifique la presencia del extraño y que éste oponga resistencia.

Se trata, como es claro, de una situación muy diferente de la anterior y sería exagerado facultar la ley a la persona para rechazar violentamente a quien se encuentra en domicilio ajeno. Si el extraño justifica su presencia en el lugar y no opone resistencia para abandonarlo, el sólo hecho de haber penetrado clandestina o arbitrariamente no podría justificar la repulsa violenta, como por ejemplo, la muerte del individuo.

Si en el primer caso la justificación ofrece una mayor amplitud ella se debe a circunstancias que afianzan la presunción de peligro o de daño para el dueño o morador, lo que no ocurre en el segundo, porque dentro de condiciones normales es muy factible la presencia de un extraño en el hogar de otra persona con justa causa o, al menos, sin que de ese hecho se derive un peligro inmediato en cuanto a la vida, el honor o los bienes de las personas moradoras.

Fundamentos de la Legítima Defensa.

Universalmente se acepta la legítima defensa como causal de justificación en el Derecho Penal, y su reconocimiento aparece formulado en el derecho antiguo, especialmente en el romano, el canónico y el germánico. Pero si su aceptación es universal, lo mismo que sus condiciones o elementos constitutivos, las distintas escuelas y doctrinas difieren al tratar de darle fundamentos a la justificación.

En forma sintética trataremos de enunciar los criterios de mayor interés al respecto:

Teoría de la Impunidad

Para Kant y Feuerbach la defensa privada no es legítima sino sólo impune. En su concepto la repulsa que se ejecuta para repeler el acto de agresión es siempre injusta porque la necesidad no puede tornar justo lo que en sí es injusto. La impunidad ante

la ley, no su justificación, surge de la ineficacia de la misma ley para dar protección al agredido, ante la inminencia del ataque.

Teoría de la violencia moral

Funda la justificación, o mejor, la excusa en la violencia moral o perturbación del ánimo del agredido, teoría esta que coloca la legítima defensa en una de las causales negativas de justificación, como lo es la coacción moral. Sostienen esta tesis Puffendorf y Carmingnani, principalmente.

Teoría de la retribución

El fundamento de la legítima defensa, según esta interpretación formulada por Geyer, es la retribución del mal con el mal, teoría que en sí misma nada resuelve sobre el problema de la justificación. En el mismo plano podría colocarse la tesis de que la defensa legítima consiste en una ejecución anterior a la condena, que viene a darle a los actos de repulsa el valor de una pena impuesta por el agredido al agresor.

Teoría de la colisión de intereses

Como una verdadera tesis de justificación puede considerarse la que legitima la defensa privada con fundamento en la colisión de intereses que no pueden coexistir y ante los cuales el Estado sacrifica el menos importante o más precario, como lo es el del agresor, para sostener el de la persona agredida. Formula esta tesis Buri Stammler.

Teoría de Hegel

Para Hegel el fundamento de la legítima defensa es la nulidad de la injusticia. Su tesis es enunciada así: la agresión injusta es la negación y la defensa la afirmación del derecho. Por tanto esta niega la negación y la defensa es la afirmación del derecho.

Teoría de la defensa pública subsidiaria

En concepto de Carrara la defensa pública no es siempre eficaz para mantener el imperio del derecho, e impotente en mu-

chos casos ante la agresión. Por tal motivo cuando el Estado no puede ejercer la debida tutela, la defensa privada se impone, sin que haya lugar a sancionar a quien repele una agresión, pues la pena sólo se justifica para suplir la deficiencia de la defensa privada o cuando opera como fuerza moderadora.

En armonía con esta misma tesis la legítima defensa es un derecho y un deber, porque el sujeto existe para sí mismo y para el mundo, según opinión de Ihering.

Teoría de la juridicidad

Esta tesis que atiende a la objetividad y que ha sido sostenida por algunos penalistas alemanes, funda la justificación de la defensa privada en la falta de condiciones antijurídicas del hecho defensivo, con el cual apenas se cumple una reacción contra la lesión inminente al derecho. No hay, de acuerdo con este criterio, delito cuando se obra en legítima defensa, porque objetivamente no se integra el hecho ilícito.

Teoría de la Escuela Positiva

La Escuela Positiva justifica los hechos cumplidos en legítima defensa atendiendo al carácter jurídico y social de los motivos determinantes y a la calidad del fin propuesto por el agente. Quien se defiende no es temible, de acuerdo con el criterio que en la evaluación de los motivos determinantes hace la Escuela Positiva, y en particular, Ferri y Florián, como exponentes de esta orientación. La agresión, en cambio, sí es reveladora de temibilidad y por tanto, quien rechaza al agresor, a más de un fin privado cumple un fin social.

Resumen

De todas las doctrinas expuestas puede decirse que la legítima defensa encuentra su fundamento en la necesidad, la no temibilidad del agente, la falta de defensa pública y los motivos determinantes, factores estos que se conjugan y armonizan.

ESTADO DE NECESIDAD

La justificación por estado de necesidad ofrece cierta similitud con la legítima defensa, pero en el fondo son situaciones completamente diferentes, desde el punto de vista jurídico, las que se ofrecen en estas dos causales. Así, mientras en la legítima defensa se presenta la oposición entre el derecho del agredido y la violencia del provocador, en el estado de necesidad surge un conflicto de derechos jurídicamente tutelados, que obliga al sacrificio de los intereses de otra persona, en beneficio propio o de un tercero.

Muchas definiciones se han dado del estado de necesidad, destacándose entre ellas las siguientes, dadas por Garraud, Manzini y Liszt, en su orden:

“El delito se comete en estado de necesidad cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión delictiva para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo”.

“El estado de necesidad se presenta como una situación individual jurídicamente reconocida, por la cual el que se encuentra en ella se halla determinado, sin estar coartado absolutamente, a violar un mandato penal en propia o ajena salvaguarda, y que tiene como efecto hacer impune o menos punible el delito, cuando la causa de aquella situación no puede atribuirse a la voluntad del agente”.

“El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos; es por consiguiente un caso de colisión de intereses”.

Diferencia con la legítima defensa.

Fundamentalmente la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad depende del origen del peligro que determina la acción del agente. En la primera la persona se ve forzada a obrar por causa de una agresión injusta proveniente de otra persona; en la segunda, la reacción se produce ante un peligro “derivado de fuerzas naturales o no humanas (animales), o

también de fuerzas humanas no dirigidas a provocar aquel conflicto concreto”.

Ferri, a quien corresponde la distinción anotada concreta en la siguiente forma el estado de necesidad frente a la legítima defensa:

“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 instinto de conservación, y por tanto, por motivos legítimos, por la necesidad de salvarse así mismo o de salvar a otro; es decir, que el acto no es inmoral ni delictivo”.

“Pero mientras en la legítima defensa la colisión es provocada por la agresión injusta que un hombre realiza, en el estado de necesidad lo es por un peligro derivado de fuerzas naturales o no humanas (animales), o también de fuerzas humanas no dirigidas a provocar aquel conflicto concreto; por ejemplo, en el caso de quien mata o hiere a una persona, daña o destruye una cosa 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”.

“Tal es el caso —contemplado también por el derecho canónico— de quien para no morir de hambre sustrae, no una suma de dinero o jayas sino alimentos en una pequeña cantidad; y el que para no morir de frío corta leña en el bosque propiedad de otro y la quema”.

“Mientras en la legítima defensa el que reacciona ofende a su agresor, esto es, al responsable de la colisión producida, en el estado de necesidad —como en caso clásico del naufrago que desposesiona a otro de un madero— el que se salva sacrifica el derecho personal o patrimonial de terceros inocentes que no han hecho nada o no han pensado (si es que fueron causa involuntaria del conflicto) provocar aquel peligro contra el que se defiende”.

Elementos del estado de necesidad.

El ordinal tercero del artículo 25 del Código Penal Colombiano al formular la justificación por el estado de necesidad fija igualmente los elementos que éste requiere y cuyo examen vamos a hacer siguiendo el texto de la disposición:

- 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".

Los elementos son:

a). **Peligro grave e inminente.**—Comprende la posibilidad de un daño inmediato, que debe presentarse en toda su gravedad, no sólo como posible sino inminente para la persona. El peligro no hay que interpretarlo en su concepto objetivo, pues como en la legítima defensa, prima la apreciación subjetiva del agente. A este respecto expresa Ferri que la "condición, relativa a que el peligro sea grave e inminente, va ligada a la de la fuerza producida por la necesidad y ha de entenderse, por tanto, en el sentido subjetivo, como hace un momento dijimos en orden a la legítima defensa; y, por ende, también con el criterio inseparable de las circunstancias objetivas, y no con arreglo a la sola creencia o impresión del que, no razonablemente, se cree en peligro".

b). **Origen del peligro.**—Es indispensable que el peligro no haya sido provocado por obra propia de la persona que alega el estado de necesidad. En este aspecto no podría exagerarse el concepto porque salvo que el peligro haya sido creado voluntariamente por el agente, es admisible el estado de necesidad, lo que ocurre, por ejemplo, cuando proviene de una culpa del agente. En este caso es admisible la justificación penal en opinión de muchos tratadistas, pero afirman la responsabilidad civil.

Si el peligro ha sido provocado por la persona a quien se quiere salvar el estado de necesidad subsiste por cuanto el agente procede no para resolver una situación personal sino en beneficio de un tercero.

c). **Bienes jurídicos protegibles.**—De acuerdo con lo que dispone el ordinal 3o. del artículo 25, el estado de necesidad comprende los casos de peligro grave e inminente para la persona, pareciendo entenderse la sola comprensión del peligro directo para la vida o la integridad personal, lo que no ocurre en la legítima defensa, para la que expresamente la ley se refiere a la vida, el honor o los bienes.

No obstante, en opinión de Ferri "el que el peligro sea para la persona" debe entenderse en sentido favorable para el que de buena fe actúa para salvarse. Y comprende a más del peligro

directo (de la vida y de la integridad personal), el **indirecto**, relativo a un derecho de la persona; por ejemplo el honor (como en el caso de quien destruye un documento para él calumnioso que su adversario se disponía a leer públicamente) o la propiedad (como el que emplea violencia contra su deudor que pretende lanzar al fuego la obligación escrita (única prueba) al mostrársela el acreedor al reclamar su crédito)".

En esta materia y con relación a nuestro derecho positivo puede afirmarse que el estado de necesidad ampara únicamente conflictos primordiales en los que el peligro amenaza la vida o la integridad personal. Tratándose de un conflicto de derechos en el que la persona que trata de poner a salvo el suyo lo hace sacrificando el de otro, es evidente que la justificación procede únicamente cuando hay equivalencia entre los derechos en conflicto o es mayor el derecho que se pretende salvar al que se sacrifica.

Por esta razón el Código Penal Colombiano apenas atenúa la responsabilidad penal en ciertos hechos en que existiendo un estado de necesidad evidente resulta mayor o más respetable jurídica y socialmente el derecho sacrificado. Por ejemplo el infanticidio **honoris causa**, que constituye un estado de necesidad en el que entran en conflicto el derecho a la vida de la criatura y el honor de la madre, no alcanza justificación penal. Tampoco el abandono o exposición de niños por la misma causa, o el aborto. Y en cuanto al hurto famélico o robo indigente, figuras éstas en las que universalmente se acepta el estado de necesidad, la justificación es materia de disposición especial, dentro de ciertos límites y con lleno de especiales condiciones, como acontece en nuestro derecho penal. Un caso especial de estado de necesidad que en la anterior legislación tenía disposición expresa, es el aborto terapéutico, o sea aquel que se comete para salvar la vida de la embarazada. La ausencia de una disposición en el actual código al respecto no tiene importancia alguna como que en el aborto terapéutico se reúnen todos los requisitos propios al estado de necesidad. Su justificación la analizaremos detalladamente al estudiar el delito de aborto, que es materia de la parte especial del derecho penal.

d). Otro requisito para el estado de necesidad es el de que exista cierta proporción o fuerza de equivalencia entre la naturaleza del peligro y el medio a que se recurre para conjurarlo.

Según la disposición, el hecho cometido en estado de necesidad debe guardar proporción con el peligro mismo, es decir, no ser evitable de otra manera. De esta suerte, el empleo de medios inadecuados o exagerados en relación con el daño que amenaza, elimina el estado de necesidad o determina el exceso en él, sancionable en los mismos términos que el exceso en la legítima defensa. En este aspecto no puede perderse de vista la influencia de ciertos factores de orden afectivo para una correcta evaluación del estado de necesidad. Así, por ejemplo, el miedo o el terror, fácilmente conducen a reacciones excesivas, cuya apreciación hay que hacer teniendo en consideración dichos factores.

e). **Obligación profesional.**—No existe el estado de necesidad cuando hay obligación profesional de afrontar el peligro. Por ejemplo, los bomberos en caso de incendio, los agentes de policía en cuestiones del servicio, los marineros en caso de naufragio, etc.

Exceso en el estado de necesidad.

El exceso en el estado de necesidad ofrece las mismas características que para esta figura anotamos respecto de la legítima defensa y en consecuencia les son atribuibles las mismas fallas que para ésta formulamos en oportunidad.

Surge el exceso por el empleo de medios inadecuados para conjurar el peligro o por ser exagerada la reacción del agente en relación con el daño que pretende evitar. Hay que observar aquí que la influencia del miedo o del terror puede llevar a la persona a soluciones extremas e innecesarias por lo que la apreciación subjetiva del estado de necesidad se impone para una correcta evaluación de la causal justificativa.

En todo caso es siempre indispensable saber hasta qué punto la persona que ejecuta un hecho penal en estado de necesidad estuvo en condiciones de elegir otros medios distintos al empleado y hasta qué punto, también, las circunstancias le permitían una elección más racional. Estas son, precisamente, las dificultades con que tropieza en la práctica la figura del **exceso** y su improcedencia en la realidad de los hechos.

Fundamentos del estado de necesidad.

Tan antiguo como el de la legítima defensa es el recono-

cimiento legal del estado de necesidad, como que se lo encuentra en las leyes de Manú, en el Derecho griego, en el Derecho romano, y en el Derecho canónico. Pero los fundamentos de la justificación son apreciados de diversa manera por los expositores del Derecho Penal.

Las explicaciones que se han dado sobre el estado de necesidad comprenden varias orientaciones filosóficas y doctrinarias. Así, Grocio lo considera como una vuelta al estado de la naturaleza, tesis que es admisible en cuanto entraña el reconocimiento de las fuerzas instintivas del hombre. Para otros, en el estado de necesidad hay una violencia moral que determina la acción, criterio éste con el que los clásicos interpretan las causales de justificación. En cambio, algunos autores separándose de la tesis absoluta de la coacción moral, colocan el estado de necesidad como una acción mixta, semiforzada y semivoluntaria para el agente. Se invocan también, como fundamentos del estado de necesidad, la debilidad humana, el instinto de conservación, la falta de temibilidad, la ausencia de condiciones antijurídicas, la supremacía del derecho a la vida, la prevalencia del derecho propio sobre el ajeno, entre otros muchos fundamentos.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Antes de entrar en el estudio de los motivos de atenuación de la responsabilidad penal queremos enunciar las llamadas **excusas absolutorias** que, sin ser causas de inimputabilidad ni de justificación, eximen de responsabilidad penal.

En estas causas que para varios hechos delictuosos consagra nuestra legislación penal operan factores de orden personal, relativos al agente, los motivos determinantes o fundamentales de orden social (intereses sociales preponderantes).

Dichos motivos pueden catalogarse así:

a). La presencia de móviles afectivos revelados, que determinan la conducta del agente a la ejecución de hechos que respecto de otras personas serían delictuosos. Así, por ejemplo, el encubrimiento de familiares dentro de cierto grado de consanguinidad o afinidad, está exento de responsabilidad. De igual ma-

nera la ley exonera de la obligación de denunciar y de rendir testimonio por razones de parentesco. Véanse artículos 202 del Código Penal y 13 y 227 del Código de Procedimiento Penal.

El Derecho Penal en estos casos tiene que admitir la significación moral y afectiva de las relaciones familiares, y en guarda de la integridad misma de la familia excusar la conducta de quien procede por móviles afectivos de esa naturaleza.

b). La copropiedad familiar con respecto a los delitos contra la propiedad. Aunque la ley penal protege el patrimonio sancionando todos los delitos que contra él se cometen, la comunidad de intereses en razón de la organización de la familia sirve de excusa para ciertos delitos cometidos naturalmente dentro de especiales circunstancias. En este particular dispone nuestro Código lo siguiente:

Art. 431. **“Tampoco será responsable, sin perjuicio de las acciones civiles respectivas, el que cometa alguno de los hechos de que trata este título en perjuicio del cónyuge no separado legalmente, de un ascendiente o descendiente o de un afín en línea directa, o de un hermano o hermana, siempre que se haya limitado a tomar lo indispensable para sus necesidades y las de su familia”.**

Fijar el alcance de esta disposición como el de las que anteriormente citamos es cuestión que corresponde a la parte especial y que haremos al estudiar concretamente las infracciones penales.

c). En razón de los derechos que surgen del ejercicio de la patria potestad, de la tutela y de otras formas de subordinación encuentran excusa desde el punto de vista penal hechos que serían delitos si se cometieran por personas ajenas a una de esas relaciones. Por ejemplo, el derecho de castigar, que es ejercido por los padres no acarrea responsabilidad penal.

d). Una causa de excusa vinculada directamente al delito de aborto es la que surge de la tesis de la maternidad como una función consciente, de acuerdo con la cual no hay responsabilidad en el aborto causado por culpa de la mujer o cuando pro-

viene el embarazo de una violación. Del mérito de esta causal nos ocuparemos al estudiar el aborto.

e). Los intereses preponderantes son también reconocidos por el Derecho Penal para exonerar de responsabilidad. Entre ellos pueden citarse: el secreto profesional, la libertad de opinión de los miembros del Parlamento, el derecho de defensa, etc., que tienen que ver con los delitos de encubrimiento, calumnia, injuria y otros.

f). La temibilidad mínima, reconocida como causa de excusa en varios casos, como las injurias recíprocas, el homicidio padoso, el conyugicidio por adulterio, entre otros.

g). Por último, cabe considerar entre estas causales la retractación que obra en los delitos contra la integridad moral, y el matrimonio que exonera de responsabilidad en algunos de los delitos contra la libertad y el honor sexuales y contra la familia.

Otras excusas admitidas por la Ley Penal no eximen en absoluto de responsabilidad pero la aminoran o facultan el otorgamiento del perdón judicial. De estas últimas trataremos más adelante.
