

El Elemento Subjetivo de Justificación En la Legítima Defensa

Juan Carlos Gómez Nieto

Código: U00068912

Universidad: Universidad Autónoma de Bucaramanga

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Bucaramanga

2016

El Elemento Subjetivo de Justificación En la Legítima Defensa

Juan Carlos Gómez Nieto

Código: U00068912

Director: Jenny Carolina Bayona Rangel

Universidad: Universidad Autónoma de Bucaramanga

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Bucaramanga

2016

*Para Martha y Carlos, por ser las bases
fundamentales de la estructura de mi existencia.
Todo lo bueno que hay en mí, comenzó en ustedes.*

Prologo

Se me ha honrado con la tarea de prologar el presente texto, cuestión que, por demás, me honra y atiendo con gran agrado. No se estima que las monografías de grado sean prologadas, pero esta es una excepción en la que la costumbre se altera. Y es que el lector no se encuentra frente a un texto cualquiera, elaborado para satisfacer un requisito de grado. No, el lector tiene en sus manos un documento estructurado con toda la rigurosidad que caracteriza a una joven promesa del Derecho penal, que dedicó horas de consulta a fin de plasmar una posición coherente con el avance de la ciencia y las nuevas tendencias sociales. Desde el primer momento en que JUAN CARLOS optó por estudiar el instituto de la legítima defensa, su visión del Derecho varió. Entendió que el Derecho, como diría el Maestro Eduardo Couture, “*se aprende leyendo, pero se ejerce pensando*”. Y es que cuando se inicia la reflexión acerca de las temáticas que apasionan, la ley, la doctrina y la jurisprudencia, se dimensionan de una forma distinta. Así le ha sucedido al autor de la obra que se prologa.

La Universidad Autónoma de Bucaramanga contará próximamente con una obra de consulta obligatoria para sus estudiantes, que inicia el estudio de la legítima defensa a partir de su concepción normativa y su evolución histórica. Allí, el autor, examina el origen de dicha causal de justificación y la analiza a partir de las regulaciones que con los años han existido, permitiendo al lector comprender la importancia de lo que al día de hoy se plasma en el artículo 32 de la norma sustantiva penal. Somos de aquella escuela de la vida que enseña que para comprender la norma, se hace necesario estudiarla desde sus orígenes, no solo para extraer la denominada *ratio legis*, sino a su vez, para comprender el sentido de la misma. Ello, a fin de

aprehender el componente de justicia que la compone. De lo contrario ¿cómo podríamos rogar la exoneración de la responsabilidad de un defendido, cuando no comprendemos las razones que le llevaron a actuar contra la norma?

Posteriormente, el autor examina la estructura y la principalística de la justificante, continuando con el estudio de los requisitos que deben campear para el reconocimiento de dicha causal. Allí, plantea la necesidad de que confluyan elementos objetivos y subjetivos. Es en este punto en donde discrepamos con JUAN CARLOS (y quizás con parte de la doctrina), por cuanto en nuestro sentir no se hace necesario que el agente comprenda que se encuentra amparado por la norma subjetiva para afectar el bien jurídico tutelado. Creemos que no se hace necesario el conocimiento y la voluntad de obrar conforme lo dispone la justificante, para verse favorecido por la misma; así como el desconocimiento de la norma exime (en materia penal) de responsabilidad, de la misma manera dicha ignorancia le debe favorecer, siempre y cuando objetivamente se corrobore que el agente se encuentra a tono con lo que la norma demanda. No obstante lo anterior, debe agradecer la academia a JUAN CARLOS, quien siempre en sus líneas expuso las diversas posiciones, permitiendo la confluencia de las discrepancias. Bien ha enseñado la Universidad Autónoma de Bucaramanga al autor, que, al igual que la institución de la que egresa, es deber ineludible el de respetar las posiciones diversas. ¡Bienvenida, pues, la discrepancia que enriquece a la ciencia!

Ya en lo que tiene que ver con el tratamiento punitivo de la causal de justificación, el autor hace un riguroso estudio de lo que –en particular– señala la doctrina alemana, en aquellos eventos en los que no se cumplen los requisitos exigidos. Sin duda alguna, constituye este

capítulo un compendio doctrinal que difícilmente se advierte en textos similares. En nuestro sentir, es este el capítulo más selecto de la monografía.

Finalmente, JUAN CARLOS, como buen estudioso del Derecho penal, expone su posición frente al tratamiento punitivo de la causal de justificación. Creemos no mentir cuando decimos que es esta temática la que constituye el eje fundamental de la producción académica del autor durante los próximos 10 años. Favor que le haría al Derecho penal, sin duda alguna.

Invitando al lector a conocer una obra realmente interesante, cerramos este preludeo con una reflexión para el autor: El Derecho penal, y su ejercicio, está lleno de numerosas satisfacciones, pero igualmente de mucho sacrificio. Más disciplina y más esfuerzo, incrementan el nivel del éxito. De allí que nadie nunca ha fracasado por ser disciplinado y constante. Esto, sin olvidar el noveno mandamiento de los abogados, conforme lo enseñó el autor citado previamente: *“concluido el debate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota”*. Los éxitos y los fracasos deben olvidarse fácilmente, razón por la cual esta monografía debe ser el soporte olvidado en qué apalancar nuevas obras. Tiene JUAN CARLOS una gran responsabilidad, que creemos honrará.

*Rodrigo Javier Parada Rueda
Bucaramanga, Octubre 7 de 2016*

Presentación

“Las cosas son como son.”

Aristóteles

A las pocas horas de haber terminado de escribir el presente trabajo, tuve la fortuna de encontrar una frase con la cual me identifiqué al instante y que no pude dejar a un lado a la hora de realizar esta introducción. Dicha frase es la siguiente:

“La pregunta por el origen de los descubrimientos científicos en el quehacer personal de un investigador, independientemente del país y de la época en que trabaje, así como del saber preciso que cultive, ha recibido en nuestro tiempo respuestas muy interesantes, que van allende la indicación del genio que debe tener y de los desvelos que hubo de invertir al efecto el autor de la conquista”.

Es para mí motivo de orgullo y de felicidad, el poder presentar a la comunidad académica mi primer trabajo de investigación en lo que a la ciencia penal respecta, guardando la esperanza de que en algunos años pueda referenciarlo como el primero de los muchos aportes que anhelo publicar; esto con el propósito contribuir en el desarrollo de la dogmática penal y a la constitución de una academia que a día de hoy considero se encuentra bastante olvidada.

El interés de indagar acerca de los elementos subjetivos de justificación, nació de una conversación con dos grandes amigos, en la cual intentábamos dar solución a un caso, al cual cada uno fue sugiriendo la forma que, de acuerdo a sus conocimientos y posturas, era la más

conveniente para resolverlo. El único que se encontraba en un extremo distinto era yo, no podía aceptar ninguno de los argumentos que uno tras otro esbozaban tratando de hacerme entrar en lo que ellos consideraban era acertado. Sin embargo, hubo un comentario de todos los que escuché, que realmente quedó sonando en mi cabeza, “¡hermano, no sea terco!”.

Este trabajo es el reflejo de dicha terquedad, pero no aquella que no tiene fundamento alguno diferente a sentir gusto por contradecir a los demás; hago referencia entonces, a ese sentimiento que nos hace buscar respuestas, seguir corazonadas, contradecir hasta las verdades más básicas con el propósito de encontrar la respuesta que se busca y que se desconoce por completo dónde pueda encontrarse. Un sentimiento al cual después encontré especial correlación en una obra del Maestro GIMBERNAT, en la cual afirma que *“en la ciencia no existe el argumento de autoridad, sino únicamente el de la razón”* y entendiendo esa terquedad como *“la libertad de criticar todo lo que el autor, aunque sólo sea un principiante, le parezca criticable”*

En lo que al trabajo respecta, el primer capítulo versa acerca de la evolución de la legítima defensa hasta donde la conocemos hoy en día, haciendo un recuento histórico del instituto jurídico y de sus orígenes a partir de la vida del hombre en comunidad, pasando por las distintas teorías que la concibieron tanto como una causal de justificación o como una exculpante.

El segundo, habiendo aterrizado en la legislación y doctrina nacionales, busca establecer la fundamentación y los elementos que estructuran a la legítima defensa, exponiendo brevemente los requisitos objetivos de la eximente y ahondando en la existencia y contenido de los elementos

subjetivos de justificación como un requisito esencial para que pueda predicarse la juridicidad de la conducta.

El tercer capítulo busca refutar la tesis acogida por la posición dominante, según la cual, en los casos en los que se presenta la ausencia de los elementos subjetivos de justificación, habrá de darse solución a los mismos mediante las reglas de la tentativa inidónea, haciendo énfasis en los postulados de ROXIN -para quien dicha solución corresponde a una aplicación directa y no a una analógica- y así posteriormente realizar una propuesta respecto al tratamiento punitivo que podría dársele dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de las disposiciones actuales y mediante la formulación de un nuevo instituto jurídico que busque precisamente la solución de la problemática planteada.

El cuarto y último capítulo, más que hacer parte del trabajo y de la solución de la problemática, resulta ser una exposición de las temáticas que se esconden tras los elementos subjetivos de justificación y que personalmente considero no podía dejar de tratar, en razón a que los mismos resultan ser la fundamentación de lo que creo, son las bases de la dogmática penal moderna, tales como la teoría de las normas penales y las consecuencias de la adopción de una teoría personal para la configuración del injusto, lo que tienen gran influencia en la formación de los desvalores y valores de acción y resultado dentro del esquema del delito.

Finalmente, quiero agradecer muy especialmente a dos grandes amigos que han influido monumentalmente en la realización de este trabajo y en mi formación académica en esta ciencia, por la que no dudo, compartimos una pasión inagotable. Para ellos unas breves palabras:

De mi amigo RODRIGO PARADA puedo decir con toda seguridad, que es el mejor penalista que conozco por múltiples razones que probablemente el ya conozca, y que su humildad le permitirá negar, y por otras que todos aquellos que lo conocemos no dudaremos en resaltar. Un ser humano excepcional y un profesional en toda regla, de los que a día de hoy escasean. De él siempre tendré como enseñanza que *del éxito nace el compromiso de ayudar a quienes pueden llegar más lejos que nosotros.*

De mi amigo OSCAR MEZA RAMÍREZ, debo decir que siempre logro identificarlo con una frase con la cual se describía a ARMIN KAUFMANN, de quien decían que para profesor de Bonn *“lastimar a alguien jamás se le pasó por la cabeza y aun la pregunta más tonta era tomada en serio y respondida pacientemente”*, así es OSCAR, un tipo brillante, sencillo y que siempre está dispuesto a contestar cualquier pregunta por compleja o sencilla que sea. Una virtud que todos los días trato de tomar para mi vida.

Para ambos toda mi gratitud, y mi más profunda admiración.

*Juan Carlos Gómez Nieto
Bucaramanga, Septiembre de 2016*

Tabla de Contenido

	Pág.
CAPÍTULO PRIMERO.....	14
1. La Legítima Defensa.....	14
Origen, Evolución y Naturaleza.....	14
1.1 Origen.....	15
1. 2. Evolución	19
1.2.1 Evolución Histórica de la Legítima Defensa.....	19
1.2.2 Primeros vestigios de Positivización en el Derecho Romano.	21
1.2.3 Mantenimiento de la Institución durante las Invasiones Bárbaras y la evolución en el Derecho Germano.....	22
1.2.4 El Derecho Canónico.....	23
1.2.5 El pensamiento demo Liberal de la Revolución.....	24
1.2.6 Evolución de la Legítima Defensa en la Ley Colombiana.	25
1.3. Naturaleza.....	27
1.3.1 Posturas que Llevan a la Ilícitud de la Defensa.	27
1.3.2 Posturas que Llevan a la Licitud de la Defensa.....	31
CAPÍTULO SEGUNDO.....	38
2. Estructura y Fundamentación	38
Principios Fundantes, Requisitos de Orden Objetivo y Subjetivo	38

2.1 Principios Fundantes de la Legítima Defensa	38
2.2 Requisitos de Orden Objetivo	40
2.2.1 La Agresión	41
2.2.2 Actualidad o Inminencia de la Agresión	41
2.2.3 Injusta (Ilegitimidad de la Agresión).....	41
2.2.4 Realidad de la Agresión.....	42
2.2.5 Bienes Susceptibles de Defensa.	42
2.2.6 Necesidad de la Defensa.....	43
2.2.7 Proporcionalidad de la Defensa.....	44
2.3 Requisitos de Orden Subjetivo.....	45
2.3.1 Los Elementos Subjetivos en el Injusto.....	47
2.3.2 Elementos Subjetivos de Justificación en la Legítima Defensa.	54
2.3.3 Casos Problemáticos.....	59
2.3.4 Conocimiento de la Situación Justificante.	62
2.3.4 Ánimo Defensivo.....	63
2.4 Conocimiento de la Situación Justificante como Único Componente Subjetivo Exigible en la Legítima Defensa	64
CAPÍTULO TERCERO.....	69
3. Tratamiento Punitivo	69

Refutación de la Aplicación Directa de las Reglas de la Tentativa como Dispositivo Amplificador del Tipo Prohibitivo y Propuesta Frente a las Lagunas de Punición a partir de la Legislación Colombiana	69
3.1 Refutación de la Aplicación Directa de la Tentativa Inidónea en Sede de Antijuridicidad en los Casos de Ausencia del Conocimiento de Justificación	77
3.2 Propuesta Frente a las Lagunas de Punición a Partir de la Legislación Colombiana: Los Excesos en las Causales de Justificación y la Tentativa como Dispositivo Gradual del Injusto	88
3.2.1 Los Excesos en las Causales de Justificación – El Supuesto del Inciso 2º del Numeral 7º del Artículo 32 del Código Penal.	89
3.2.2 La Tentativa Como Dispositivo Amplificador Del Tipo Permisivo	92
CAPÍTULO CUARTO	97
4. El derecho penal como medio de protección de bienes jurídicos a partir de la teoría de las normas y los fines Preventivo Generales de la Pena.....	97
4.1 El Moderno Sistema del Derecho Penal como una Problemática entre el Ser y la Valoración del Ser.....	98
4.2 La Norma como Imperativo de Conducta y su Incidencia en la Configuración de un Injusto Dual.....	103
4.3 Incidencia de la Teoría de las Normas en los Tipos Permisivos y el Contenido de los Desvalores de Acción y Resultado en la Antijuridicidad.....	109
Bibliografía	116

CAPÍTULO PRIMERO

1. La Legítima Defensa

Origen, Evolución y Naturaleza

“Vim vi repellere licet idque iua natura comparatur (es lícito repeler la fuerza con la fuerza y ese derecho se equipara a la naturaleza)”¹

Hoy en día no resulta problemático preguntarse por la definición de la legítima defensa, ni por sus orígenes o fundamentos. Después de décadas de discusiones doctrinales ha logrado alcanzarse un alto grado de precisión y de consenso en lo referente a sus requisitos y principios fundantes

La legítima defensa no es más que ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado de forma injusta. (Velásquez, s.f.)

Podría definirse entonces a la legítima defensa como aquella conducta (acción u omisión) desplegada por quien resulta injustamente agredido de forma actual o inminente. Defensa que ha de responder a su vez, a los criterios de necesidad y proporcionalidad. Cualquier exceso en los elementos mencionados, desnaturaliza el instituto, pero no excluye su aplicación. Más adelante veremos las razones.

En cuanto a los principios que dan vida, orientación y diferenciación, hoy se considera que la legítima defensa descansa sobre un fundamento doble, el cual responde a un componente individual (la defensa de los bienes del agredido) y uno supra individual (la prevalencia del derecho frente al injusto); lo cual no solo nos permite esclarecer el panorama en cuanto a su concepción como causal de justificación (excluyente de antijuridicidad) sino también

¹ Norma del Digesto del Emperador Justiniano (527-565).

diferenciarla de otras causales de exclusión de responsabilidad, como en el caso del estado de necesidad, y que mucho trabajo intelectual costó a los estudiosos de esta materia por las similitudes que presentan ambas instituciones.

1.1 Origen

Preguntarse por el origen de la legítima defensa requiere, por regla general, preguntarse por el origen de los conflictos de la vida del hombre en la comunidad. Parece innegable considerar que el derecho a ejercer la defensa frente a una agresión es anterior a cualquier legislación positiva. Repeler una agresión que atenta contra los bienes propios es un derecho natural que tiene raíces en el más importante de los derechos del hombre, la vida. Haciendo referencia a ello, **PEREZ** señala *que la legítima defensa es la más significativa de las justificantes, “la justificación por excelencia”, la de mayor relieve en la teoría y la práctica. Es tanta la importancia que algunos autores la vinculan a lo más originario del derecho natural, anterior a toda ley positiva. Muy difundida es la expresión de GEIB, para quien la legítima defensa no tiene historia, concepto mal interpretado pues el autor apenas se propuso dar idea de que la impunidad por la defensa justa fue reconocida en todos los tiempos, inclusive bajo la barbarie, según aclaración de JIMÉNEZ DE ASÚA. Con tan forzoso deslinde el concepto se confirma, apoyándose en antiguas tradiciones griegas explotadas por CICERÓN para demostrar que el instituto constituye parte destacada del derecho natural.* (Pérez, 1981)

Sin embargo, uno es el derecho de defensa en el estado natural y otro en el estado social. Siguiendo a **ROUSSEAU**, el mundo de la naturaleza se rige por la fuerza, lo cual cambia en su totalidad con el surgimiento del Estado civil.

La transición del estado natural al Estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían. Es entonces cuando, sucediendo la voz del deber a la impulsión física, y el derecho al apetito, el hombre, que antes no había considerado ni tenido en cuenta más que su persona, se ve obligado a obrar basado en distintos principios, consultando la razón antes de prestar oído a sus inclinaciones... Simplificando: el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee. Para no equivocarse acerca de estas compensaciones, es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales, de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general. (Rousseau, 2014)

Sufren entonces los derechos naturales, al igual que el hombre mismo, un cambio en su estructura y en su significado. Una vez establecido el Estado como entidad superior a los individuos que lo componen, deben establecerse las normas del contrato social, es decir, la positivización de los derechos naturales.

Entonces, ya no es la legítima defensa un mero producto de combatir la fuerza por la fuerza a secas; la positivización de este instituto trajo consigo el establecimiento de unos requisitos y principios sobre los cuales debe fundamentarse, dado que sin ellos pierde toda legitimidad. Cabe resaltar, sin embargo, que con el surgimiento del estado civil, puede realizarse una regulación de las leyes naturales, pero jamás su inaplicación, en este sentido **HOBBS:**

Si el soberano ordena a un hombre (aunque justamente condenado) que se mate, hiera o mutila a sí mismo, o que no resista a quienes le ataquen, o que se abstenga del uso de alimentos, del aire, de la medicina o cualquier cosa, sin la cual no puede vivir, ese

hombre tiene libertad para desobedecer... Si un hombre, por terror a la muerte inminente, se ve obligado a realizar un acto en contra de la ley, queda excusado totalmente, ya que ninguna ley puede obligarle a renunciar a su propia conservación. Suponiendo que una ley fuera obligatoria, un hombre razonaría de este modo: Si no lo hago, moriré ahora, si lo hago, moriré después; por consiguiente, haciéndolo he asegurado una vida más larga. La naturaleza, por lo tanto, le compele a realizar el acto.
(Hobbes, 2014)

Estas fundamentaciones de la legítima defensa han sido consideradas como subjetivas, puesto que como se puede observar, legitiman el derecho de defensa en principios naturales que pertenecen al individuo. De forma contraria según como referencia **ZAFFARONI**, las teorías objetivas se fundamentan en la filosofía de **HEGEL**. *Para los objetivistas su fundamentación es la defensa del orden jurídico (derecho objetivo). El objetivismo se remonta a **Hegel**, exige una ponderación de bienes y el subjetivismo la rechaza. Desde esta perspectiva, la función de la legítima defensa se acerca a la que el pensamiento hegeliano asigna a la pena y, como defiende el orden jurídico, la aproxima al cumplimiento de un deber jurídico.* (Zaffaroni, s.f.)

Frente a las anteriores aseveraciones, cabe resaltar que la legítima defensa responde a ambos criterios, puesto que es un derecho natural que pasa a ser reconocido por el Estado y el ordenamiento jurídico. Como instituto jurídico se fundamenta tanto en la preservación individual como en la defensa del orden jurídico establecido.

Por su parte, **REYES ECHANDÍA** considera que a ambas posturas les asiste razón puesto que *el hombre siempre hubo de reaccionar ante agresiones de otros hombres y su triunfo fue mirado como normal por el conglomerado social; pero la consagración legal de tal reacción*

como legítima y conforme a derecho, solo surgió después de la lenta evolución cultural y jurídica. (Reyes, 1974)

Algunos autores fundamentan las tesis objetivistas, teniendo como punto de partida el que la defensa legítima ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo en las concepciones legales, y que por tanto, un instituto jurídico natural, no puede serlo, si se han mantenido en discusión sus fundamentos, requisitos y ubicación sistemática.

Frente a este tipo de posturas, hay que decir, como se ha señalado con anterioridad, y con base a las tesis *contractualistas*, que las relaciones entre individuos son diferentes en el estado de la naturaleza y en el Estado civil. Pese a las diferencias que puedan surgir en la concepción y aplicación de la eximente, debe decirse que jamás será imponible a un sujeto, que renuncie a su derecho a la supervivencia frente a actuaciones injustas. Dicho de otra manera, ni siquiera un agresor se quedará pasmado frente a la defensa ejercida por la víctima de su agresión, atendiendo al instinto de conservación que le es inherente como ser humano, por más que, como es lógico, las acciones que realice para repeler la defensa no se verán justificadas a la luz del derecho (del Estado) o de la naturaleza (moral).

Las continuas transformaciones que ha sufrido la legítima defensa, obedecen a los distintos casos problemáticos que puedan adecuarse a ella, en especial, atendiendo a la evolución y transformación de la ciencia dogmática penal, lo que ha permitido establecer los bienes susceptibles de defensa mediante la eximente (lo cual hoy día se mantiene en discusión) y otros aspectos derivados de su posición sistemática (problemáticas tales como la de ejercer legítima defensa frente a inimputables o el tratamiento punitivo de los partícipes). Sin embargo, no debe olvidarse que el derecho penal es una ciencia que estudia el fenómeno social; el derecho penal no crea, solo regula la actividad humana, más concretamente el comportamiento delictivo (o al

menos a ello aspira), y por tanto, el delito es anterior a la concepción del Derecho y sus normas son sancionadoras de dichas acciones. Para zanjar esta discusión, debe tenerse en cuenta que la fundamentación de la legítima defensa se encuentra en el instinto de auto conservación, el cual es anterior a cualquier ordenamiento jurídico, y por las mismas razones, a cualquier derecho que pudiere otorgar la institución Estatal. Es decir, la legítima defensa no es creada por el Estado, pero es objeto de regulación por el mismo, de acuerdo a cómo regularlo y concebirlo a través del paso del tiempo y la transformación de la sociedad.

En un sentido similar a la posición aquí defendida, es decir, aquella que pretende concebir la legítima defensa sobre una doble fundamentación, se expresa **ROXIN** de la siguiente manera:

El derecho de legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la protección individual y el prevalecimiento del derecho. Es decir, en primer lugar la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; la legítima defensa es para “el particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo”

(Roxin, s.f.)

1. 2. Evolución

1.2.1 Evolución Histórica de la Legítima Defensa.

Desde la introducción se ha venido sosteniendo la posición que argumenta el origen de la legítima defensa en un derecho natural, el cual surge antes de cualquier legislación positiva.

Continuando la misma línea, he de analizar el proceso evolutivo de este fenómeno de la vida del hombre que con el surgimiento de las instituciones se convertiría en instituto jurídico de casi obligatorio reconocimiento en razón a lo que el mismo entraña y pretende proteger.

Tenemos entonces, en primer lugar, que durante todas las edades y los pueblos, el hombre vio moralmente correcta la posibilidad de repeler la fuerza por la fuerza. Sin embargo, en sus primeras manifestaciones, esta posibilidad se vio ejercitada como la más básica defensa privada, mediante la cual se resarcía el daño causado por el agresor.

El hombre, la comunidad y la sociedad fueron evolucionando lentamente y fue así como poco a poco se comprendió que en el estado de la naturaleza las cosas son determinadas por la fuerza, y que la voluntad reinante siempre sería la de aquel que estuviese dotado de la misma en mayores proporciones que los demás. Fue así como (mediante el surgimiento del Estado) se dio el primer paso hacía una institucionalización del poder sancionatorio, a partir de que el hombre comprendiera que la capacidad de sancionar no debía obedecer a la mera venganza sino a un criterio establecido previamente. Las primeras manifestaciones de este proceso pueden observarse en la ley de las doce tablas.

Fue cuestión de tiempo, de evolución del hombre y de la conciencia colectiva, para que pudiese purgarse de todo concepto de venganza al concepto de defensa de los intereses individuales. La moral jugó un papel fundamental para lograr dicha concepción.

Esta diferenciación entre las cosas en el estado natural y el Estado civil, **BECARIA** la explica de la siguiente manera:

“La justicia divina y la justicia natural son, por su esencia, inmutables y constantes, pues la relación entre dos mismos objetos es siempre la misma; pero la justicia humana, o sea la política, al no ser más que una relación entre la acción y el estado variable de la

sociedad, puede variar a medida que viene a ser necesario o útil a la sociedad aquella acción, lo cual solo comprenderá bien quién analice las complicadas mutabilísimas relaciones de las combinaciones civiles.” (Becaria, 2014)

1.2.2 Primeros vestigios de Positivización en el Derecho Romano.

Han sido muchos los autores que han intentado encontrar los vestigios que dan origen a la legítima defensa consagrada ya de forma escrita dentro de las primeras civilizaciones y pueblos, dentro de los cuales puede hacerse referencia a SISCO². Es así como dentro de la legislación Romana, podemos encontrar el primer vestigio de una regulación positiva de la legítima defensa, consagrada en el *Corpus Iuris Civilis*, en el cual ya se contemplaba la posibilidad de ejercer la violencia de quien ingresaba a la morada ajena sin permiso del dueño en horas nocturnas, o armado en horas diurnas.

Debe aclararse que los romanos, si bien consagraron la legítima defensa dentro de su legislación, no tenían una palabra para designarla, lo cual permite inferir que no la concebían como una institución jurídica propiamente dicha, de lo que resulta un argumento más que da fe del reconocimiento de las instituciones de un derecho natural que siempre existió, puesto que fue regulado antes de ser creado por la ley de las sociedades civiles. De lo anterior dan cuenta una gran variedad de pasajes del *Digesto*, en los cuales se hace referencia a la posibilidad de repeler la violencia, las clases de acciones violentas y otras circunstancias que inequívocamente tienen relación con el ejercicio de la defensa.

² Relata el autor como ha resultado imposible desentrañar ese proceso embrionario previo de la legítima defensa como instituto jurídico. Dicha fase preliminar no se encuentra y ya aparece regulada formalmente en la legislación Romana de forma muy particular. Así lo relata en: *La Defensa Justa*, Luis P. Sisco, Librería el Ateneo Editorial, Buenos Aires, Página 43 y ss

Estas primeras consideraciones dentro del derecho romano, ya concebían criterios como la ilicitud de la defensa y la inminencia³ de la agresión como presupuestos para el reconocimiento del ejercicio de la defensa. Esta última más claramente se observa cuando se requería que la defensa fuere desplegada de manera simultánea a la agresión, puesto que si la misma se realizaba de forma posterior (habiendo transcurrido un tiempo en el cual desapareciera la “*in dubio vitae discriminae*”) entonces no era posible predicar la defensa.

A manera de conclusión puede decirse, que la legítima defensa alcanzó un alto grado de conceptualización durante este periodo, aun cuando no fue consagrada unificadamente y para estudiarla debía realizarse un estudio sistemática de varias normas.

1.2.3 Mantenimiento de la Institución durante las Invasiones Bárbaras y la evolución en el Derecho Germano.

Por su parte, en el derecho Germano, se le concebía como una *condena anticipada al agresor*. “Según este Derecho, perfectamente se podía dar muerte al agresor dentro de su propio domicilio, siempre que el cadáver fuera sacado y se le colocaran encima algunas monedas y otros bienes, para la indemnización a las familias del muerto” (Ocampo, 1957).

A diferencia del derecho romano, en el germánico se evidencia una institución mucho más básica, que aún no logra desprenderse por completo de los vestigios de la venganza privada. Es precisamente por esta característica que resulta de gran importancia el derecho germánico dentro del estudio de la legítima defensa, pues en él se evidencia con gran claridad cómo surgió la institución desde sus inicios y cómo poco a poco fue construyéndose hasta alcanzar

³ El uso de la expresión “*in dubio vitae discriminae*” se traduce como “en dudoso peligro de vida” lo cual es indudablemente una referencia al concepto de inminencia como bien los señala SISCO en *La Defensa Justa*, Luis P. Sisco, Librería el Ateneo Editorial, Buenos Aires, p. 45

concepciones un poco más elaboradas; eso sí, sin alcanzar la precisión de los romanos como se muestra enseguida.

Se consideraba como defensa, el acto de dar muerte al agresor que se encontraba próximo al cadáver de la víctima, es decir; se tenía una cierta concepción de inminencia de la agresión, aunque muy básica. Más que el establecimiento de criterios de la defensa, el derecho germánico es rico en ejemplos o situaciones en los cuales era válido ejercerla.

1.2.4 El Derecho Canónico

Bajo la influencia del cristianismo, la legítima defensa se vio bastante limitada en cuanto a su desarrollo. Sería incorrecto hacer referencia a esta etapa como un estancamiento de la institución; lo más apropiado sería señalar que se vio bastante limitada por los valores e ideales del cristianismo y la moral de la época, lo cual llevó a que sus requisitos ya concebidos fueren desarrollados y edificados sobre ideas como el pecado, lo justo (a partir de la moral cristiana), la necesidad de la defensa y demás.

No se lograron entonces avances determinantes en la concepción de la legítima defensa, puesto que lo que se buscó principalmente fue delimitar al máximo la aplicación de la institución. La moral cristiana no veía con buenos ojos el uso de la violencia y solo la concebía o permitía de forma excepcionalísima contra agresiones inminentes, altamente lesivas y contrarias a la vida y muy pocos bienes adicionales.

Uno de los grandes obstáculos de este periodo era la difícil diferenciación entre delito y pecado, lo cual durante décadas posteriores trajo consigo consecuencias de abuso *de Ius Puniendi* como las criticadas por BECCARIA en su obra *de los delitos y de las penas*. (Becaria, 2014)

El hecho de que la institución no lograra un avance significativo dentro de su conceptualización y aplicación, es lo que ha llevado a muchos a calificar este periodo como un retraso o estancamiento en el proceso evolutivo de la legítima defensa consagrada por el Derecho romano y por el Derecho germánico.

1.2.5 El pensamiento demo Liberal de la Revolución.

El cambio más representativo en la concepción de la legítima defensa se llevó a cabo gracias a los filósofos y pensadores franceses de la época de la revolución, a partir del reconocimiento del derecho del hombre para gobernarse. La anterior premisa innovó todas las áreas del derecho, no siendo el derecho penal la excepción.

Fue entonces como en el Código Penal Francés de 1910, ya se admitía la legítima defensa como una forma extensiva de protección a los bienes jurídicos individuales. El hombre que tiene la capacidad de autogobernarse, también puede defenderse por su propia mano de todas aquellas agresiones que no está obligado a resistir; pensar lo contrario sería restrictivo de su libertad, su vida y sus bienes.

Una vez alcanza este punto, la legítima defensa, se ha convertido en institución objeto de debate de las distintas escuelas y corrientes del derecho penal, que la han interpretado, fundamentado y explicado a través de los distintos momentos históricos, tratando de responder siempre a las necesidades sociales e institucionales que la misma pretende resolver.

1.2.6 Evolución de la Legítima Defensa en la Ley Colombiana

1.2.6.1 La época de la Colonia.

En la época de la Colonia, nuestra legislación era un híbrido entre las leyes de la corona española y las leyes de las Indias. Tenemos entonces en este sentido, que la legislación española consagraba la legítima defensa como la repulsión de la agresión ejercida por determinados atacantes en condiciones determinadas, encaminadas a la lesión de la vida, el domicilio y de los bienes. Lo anterior nos permite concebir, que para esta época, ya se encontraban estructuradas varias delimitaciones al derecho de defensa, puesto a que no eran susceptibles de defensa todos los bienes, ni se consideraba posible ejercer defensa contra todos los atacantes ni en todas las circunstancias.

Una vez se logra la independencia, estas concepciones no son rechazadas. De hecho, muchas de las leyes que nos gobernaron en la época de la Colonia, se mantuvieron muchos años más, siempre que no fueran en contravía de la constitución política y de las leyes de la nueva República que nacía.

El código penal de 1837, sin apartarse de los postulados de la legislación española de la época, y alimentado de los principios que fundaron el código penal francés de 1810, dentro de sus artículos 626 y 683, contemplaba la legítima defensa como una modalidad especial de homicidio, entendiéndola como una causal de impunidad que podía extenderse a la defensa de otros bienes diferentes a la vida.

De manera posterior, se promulgó el código penal de 1890, con el propósito de unificar la legislación existente para la época en temática criminal. Sin embargo éste código no trajo consigo mayores innovaciones. Fue el código penal de 1873 como su antecesor, el que logró

establecer una serie de variaciones en lo que hasta el momento había sido la concepción y regulación de la legítima defensa.

Dichas innovaciones fueron: (i) en primer lugar, la comprensión de la legítima defensa como causal de inculpabilidad de carácter absoluto, y en segundo lugar, (ii) el establecimiento del honor como un bien susceptible de defensa en casos excepcionales:

“cuando el padre o el marido que sorprendiendo o su hija o cónyuge de vida honesta en connubio carnal con persona distinta del marido, o en actos antecedentes de él.
(Ocampo, 1957)

El resultado de la escuela positiva se estableció en el espíritu del código penal de 1936, en el que se logra consagrar una institución de carácter general y con miras a la justificación del hecho. A su vez, se concibió que se pudiera acudir en defensa de los bienes propios y de los de un tercero, y los bienes susceptibles de defensa eran; la vida el honor y los bienes.

Alcanzado este punto, debe precisarse que ya se encontraban concebidos en su totalidad los requisitos que hoy en día reconoce la ley 599 de 2000 como los presupuestos esenciales de la legítima defensa. Los debates se han originado en lo referente a ámbitos como el de la legítima defensa putativa o la legítima defensa privilegiada o presunta.

Hemos abordado entonces, hasta este momento, los presupuestos esenciales para los temas que serán objeto de análisis en los capítulos posteriores, por lo que se ahondará hasta aquí lo referente a la evolución de la legítima defensa, haciendo la aclaración de que su desarrollo obedece a cuestiones más técnicas y específicas a las que no se han hecho mención, pero que no pretendo ahondar en ellas bajo el entendido de que no son necesarias para el desarrollo de las problemáticas a tratar.

1.3. Naturaleza

Una vez realizado el estudio del origen del instituto jurídico, se hace necesario analizar su naturaleza, es decir, lo que fundamenta la existencia de la institución dentro del ordenamiento jurídico actual. Se tiene entonces que la legítima defensa es un eximente de responsabilidad, lo cual quiere decir, que actúa para excluir la responsabilidad penal de una persona, siempre y cuando actúe dentro de los lineamientos de esta institución.

Hoy día es considerada, al unísono, como una causa de justificación, es decir, que pertenece a la segunda categoría del esquema del delito, la antijuridicidad. Sin embargo, esto no siempre fue así; la legítima defensa a lo largo del desarrollo dogmático de la ciencia penal, ha sido concebida como causal de exclusión de la culpabilidad, e incluso, algunas teorías la han propuesto como circunstancia que excluye la sanción penal (pena) de una conducta.

Debido a ello, se procederá a abordar las distintas teorías que han dado lugar a la diversidad de criterios en cuanto a su ubicación sistemática respecta, hasta alcanzar la concepción hoy día vigente, como uno de los componentes del aspecto negativo de la antijuridicidad, junto a las demás causales de justificación.

1.3.1 Posturas que Llevan a la Ilícitud de la Defensa⁴.

1.3.1.1 Teoría de la Perturbación del Ánimo.

⁴ Posturas que conciben a la legítima defensa como acción antijurídica pero inculpable, bien sea como exculpante o como causal de inimputabilidad.

Concibe esta teoría a la legítima defensa como una causal de inimputabilidad que encuentra fundamento en la imposibilidad de castigar al autor que se defiende, en razón a la *perturbación producida en el ánimo del agredido ante el ataque*. (Luzón, 2006)

La formulación de esta teoría se le adjudica a PUFENDORF (Luzón, 2006), para quien el estado emocional en el cual se encuentra el sujeto que sufre la agresión no le permite auto-determinarse conforme a las expectativas del ordenamiento jurídico y por tanto este fenómeno ha de ser estudiado en la última categoría dogmática, en la cual se entra a realizar el reproche personal de una persona que ha actuado antijurídicamente.

Sin embargo, esta teoría resulta insuficiente a la hora de explicar la multiplicidad de casos que abarca la legítima defensa, puesto a que no en todos los casos quien se defiende obra bajo circunstancias como las que sus partidarios describen, es decir; no podría predicarse legítima defensa de un sujeto que repele una agresión injusta manteniéndose sereno, sin alterarse, puesto a que según esta corriente, al considerarla como causa de inimputabilidad, es fundamental que el sujeto no logre auto-determinarse en razón a una circunstancia que afecta su *psiquis*.

1.3.1.2 Teoría del Conflicto de Motivaciones.

Distanciándose un poco de la anterior, la teoría del conflicto de motivaciones plantea que a lo que hay lugar en la legítima defensa es a una colisión al interior del sujeto, entre su instinto de auto conservación y el mandato de la norma penal que le obliga a no realizar un actuar prohibido. Como puede desprenderse de lo anterior, esta teoría también ubica a la legítima defensa dentro

de la culpabilidad, pero a diferencia de la *teoría de la perturbación del ánimo*, ésta la considera una causa de inculpabilidad.⁵

Es entonces la acción defensiva el resultado que se manifiesta en el mundo exterior del conflicto al interior del sujeto que recibe la agresión injusta, la cual no puede ser reprochada bajo el entendido de que ningún hombre habría actuado diferente en la situación que se examina. Parece claro, entonces, la concepción del instituto jurídico como exculpante a partir de la no exigibilidad de otra conducta.

Frente a esta teoría se han realizado múltiples críticas, esencialmente por ubicar la legítima defensa, al igual que la primera de las mencionadas teorías, en la culpabilidad, lo cual hace que la defensa se torne antijurídica y además porque resulta difícil predicar el conflicto interno del sujeto en la legítima defensa de terceros; recurrir al criterio del sano egoísmo resulta bastante contradictorio.

1.3.1.3 Teoría de la Retribución.

Una postura diferente fue la sostenida por GEYER⁶ para quien la legítima defensa no excluye la culpabilidad, sino la pena de quien se defiende. Según esta posición, a diferencia de la imposición de la pena por parte del Estado, la cual se produce *a posteriori*, la acción defensiva es una respuesta a una agresión injusta y es, en su esencia, un castigo de naturaleza retributiva que combate el daño causado por el agresor. De lo anterior se desprende, que si la pena es la negación del delito, y la legítima defensa es la contraposición de una agresión, imponer una pena

⁵ El autor más representativo de esta postura es UTTELBACH, como bien los señala LUZON PEÑA en Aspectos esenciales de la legítima defensa, Editorial B de F (2da Edición) 2006, página 9

⁶ Al respecto, LUZÓN PEÑA citando a GEYER en Aspectos esenciales de la legítima defensa, Editorial B de F (2da Edición) 2006, página 13 y s.s

a quien se defiende resulta ir en contra de dicha fórmula que fundamente las normas penales. Al igual que las teorías citadas previamente, ésta considera la legítima defensa como una acción ilícita pero impune, dado a que la explica de forma analógica a la pena en su expresión retributiva.

En contra de esta teoría, se ha dicho que predicar una analogía entre la acción defensiva y la pena es incorrecto, puesto que la primera es exclusiva del Estado y no puede ser impuesta por los particulares. A su vez, se le critica al crear una gran confusión entre los límites de la legítima defensa y el estado de necesidad como lo propone LUZÓN (2006), puesto que el criterio retributivo, hace que el mal creado con ocasión a la defensa no pueda superar al de la agresión inicial. El cual es un requisito esencial del estado de necesidad y que diferencia ambas instituciones.

1.3.1.4 Formulaciones de la Analogía con la Pena.

Esta teoría se fundamente en la premisa de considerar al agresor y su acción como una indignidad contra el Derecho, y a la acción defensiva que le repele, como una consecuencia igual o incluso más grave que la imposición de la pena Estatal. A partir de lo anterior, se pretendió afirmar que el agresor al realizar el ataque, sale de la protección jurídica del Estado y por tanto sus bienes jurídicos dejan de ser importantes y como consecuencia de ello, pueden ser lesionados. Sin embargo, los críticos de esta teoría, acertaron en recordar, que dentro de la legítima defensa siguen existiendo límites para ejercer la defensa, y por tanto, aun cuando existe una agresión ilegítima, el agresor no pierde sus derechos totalmente. Los criterios de necesidad y proporcionalidad de medios resultaron verdaderas problemáticas que esta teoría no logró superar.

1.3.2 Posturas que Llevan a la Licitud de la Defensa.⁷

1. 1.3.2.1 Teoría del Fundamento Evidente.

Dentro de las corrientes que predicán la licitud de la defensa, en primer lugar encontramos a aquellos⁸ que consideran que la fundamentación de la legítima defensa no es otra que el instinto de supervivencia, o la auto-conservación del hombre, lo cual, según como sus postuladores afirman, resulta *evidente* dada a la imposibilidad de negar dicho impulso, propio de la acción defensiva. Parece claro entonces, que quienes se apoyan en esta tesis, parten de una total concepción natural de la legítima defensa, como un fenómeno que nace del individuo y que el Estado se ve obligado a reconocer.

Sin embargo, fundamentar exclusivamente la legítima defensa en el instinto de auto-conservación resultó insuficiente, por lo que ésta teoría terminó siendo un punto de partida para otras concepciones de corte subjetivo más elaboradas que partían de este postulado, pero que optaron por darle un desarrollo más trascendental como podrá observarse más adelante.

La teoría del fundamento evidente, resulta suficiente para explicar la reacción frente a cualquier agresión, más no es útil a la hora de evaluar si la acción que se repele ha de ser justa o injusta, pues frente a ambas el sujeto obraría con ánimo de auto-conservación sin la necesidad de que su comportamiento estuviese justificado.

1.3.2.2 Teoría de la Falta de Protección Estatal.

⁷ Posturas que conciben a la legítima defensa como causal de exclusión de antijuridicidad de una conducta típica (causal de justificación) y por tanto una acción lícita.

⁸ Acerca de los postuladores de esta teoría: Luzón Peña, Diego – Aspectos esenciales de la legítima defensa, Editorial B de F (2da Edición) 2006, página 18

Una posición bastante contraria a la anterior, es aquella que formula a la legítima defensa como la capacidad o posibilidad que tiene un individuo de ejercer la violencia, la cual es propiedad del Estado. Según esta postura, en virtud de que la institución en ocasiones fracasa en su fin de tutelar los derechos individuales, se autoriza al ciudadano a ejercer por su propia mano la fuerza. Lo anterior quiere decir, que la defensa de bienes y derechos es única por parte del Estado por regla general, en virtud a que ostenta el monopolio de la fuerza. Sin embargo, dado a que en algunos casos le resulta imposible al Estado hacer efectiva dicha protección, le confiere al ciudadano un permiso excepcional para que ejerza por su propia mano la defensa de los bienes jurídicos objeto de agresión.

Lógicamente, para los partidarios de esta postura, la legítima defensa tiene un origen netamente institucional, y no natural, puesto que la facultad defensiva es propia del Estado. Lo anterior, llevó a que esta teoría se dividiera en dos bandos; los primeros, considerarían la falta de protección Estatal como un requisito esencial del instituto jurídico, y los segundos, como un simple presupuesto para su configuración.

Debe decirse a manera de conclusión, que todas las posturas posibles de esta teoría resultan poco adecuadas, en razón a que se antoja bastante problemático fundamentar la defensa legítima del particular solo lícita cuando es subsidiaria frente a la imposibilidad de actuar de las autoridades Estatales, puesto que sería llevar al agredido a un estado de indefensión mayor al de la agresión misma al entrar a depender de la presencia, voluntad y efectividad defensivas de las autoridades.⁹

1.3.2.3 Teoría del Instinto de Conservación; Protección al Bien Jurídico.

⁹ A favor de esta postura, aunque con algunas diferencias podemos mencionar a LEVITA y FEUERBACH; en contra de esta postura GEYER y RIVACOBÁ como bien señala LUZÓN en Aspectos esenciales de la legítima defensa, Editorial B de F (2da Edición) 2006, p. 19 - 27

Esta postura se arraiga en corrientes naturalistas, mediante las cuales se ha pretendido fundamentar la legítima defensa en el instinto de auto conservación, el cual resulta anterior a cualquier legislación positiva y por tanto, un derecho natural del individuo. Sus detractores argumentan todo lo contrario al afirmar que, la defensa solo es justa cuando el derecho la reconoce como tal, y que al considerarla como un instinto natural de la persona, sería entonces también legítima la defensa contra agresiones justificadas, puesto que ante ellas también puede predicarse el ánimo de auto conservación.

El gran déficit de esta teoría surge a la hora de aplicarla a los diferentes casos en los cuales se predica la operancia de la justificación, dado a que no frente a todo los bienes jurídicos susceptibles de defensa, se puede predicar el instinto de supervivencia al que se ha querido hacer alusión, por lo cual, esta postura resulta muy limitada a la hora de dar luces a la fundamentación del instituto jurídico.

1.3.2.4 Teoría del Enfrentamiento del Derecho Frente al Injusto.

A partir del establecimiento de la agresión antijurídica (injusta) como uno de los requisitos esenciales para la configuración de la legítima defensa, surge una posición que concibe la defensa como la negación del injusto, acudiendo a los postulados de la filosofía de HEGEL.¹⁰

Debe recordarse que según el filósofo alemán, el derecho es la afirmación de un orden social y el delito es la negación de la norma, y por consiguiente, la negación del orden que la misma establece. La pena es entonces, siguiendo la misma línea, la negación del injusto, es decir; la estabilización del orden jurídico, la afirmación del Derecho a través de la sanción.

¹⁰ A partir de dicha corriente ideológica se pretende afirmar que la legítima defensa se funda en que el injusto es la nada, mientras que el Derecho es lo sustancial. Así BERNER citado por LUZÓN es Aspectos esenciales de la legítima defensa, Editorial B de F (2da Edición) 2006, p. 35

De forma similar actúa la legítima defensa. Si la agresión tiene naturaleza injusta, es entonces una negación del Derecho, y la defensa se predica justa, al considerarse la reafirmación del orden que el Derecho establece. Existe entonces una relación directa entre la acción del particular que se defiende y el ordenamiento jurídico, puesto que a través del actuar del individuo se reafirma el Derecho.

Estas concepciones descansan sobre la creencia de que la legítima defensa se fundamenta únicamente en un fin supraindividual, es decir; que se encuentra en un nivel superior al del sujeto que sufre la agresión antijurídica, que solo funciona como un instrumento de reafirmación del Derecho. Los Hegelianos incluso, llegan a considerar a la legítima defensa ya no como un derecho sino como un deber, precisamente porque consideran que no se persiguen fines individuales. Esto último constituyó el déficit de estas corrientes, puesto que abrían la puerta para establecer responsabilidades por omisión en los casos en los que no se ejerciera la legítima defensa de terceros, dado a que el Estado perseguía la finalidad de reafirmarse frente al injusto.

1.3.2.5 Teoría del Doble Fundamento y Estado Actual de la Discusión.

Debe decirse desde ya, que hoy en día se reconoce que la legítima defensa no descansa sobre un solo fundamento, sino que por el contrario, se estructura con base en dos que le dan vida y que la diferencian de las demás causas de justificación, en especial del estado de necesidad, institución que fue uno de los auténticos problemas enfrentados por la doctrina a la hora de dar fundamentación a la defensa justa, puesto que al rescindir de alguno de los fundamentos da lugar a que nos hallemos en una auténtica encrucijada a la hora de diferenciar ambas justificantes.

El resultado de la postulación de las anteriores teorías trajo como consecuencia que, como no podía ser de otra manera, la legítima defensa cuente con dos aspectos fundamentales; uno de carácter individual y otro de carácter supraindividual. Ello quiere decir, que esta institución busca de manera conjunta el prevalecimiento del orden jurídico frente a las agresiones antijurídicas y la defensa de los derechos individuales del agredido.

Dentro del carácter individual se afirma que el sujeto objeto de la agresión antijurídica está facultado para defender sus bienes frente al actuar del agresor, diferente a lo que opinaban las teorías que solo concebían el uso de la fuerza como exclusivo del Estado y solo de manera excepcional, practicable por los ciudadanos cuando fuere imposible la actuación de las autoridades.

Dentro del carácter supra individual, se enfatiza acerca del resultado conforme a los fines de protección de los bienes jurídicos que busca el Estado y que por tanto, debe ser justa la acción de quien mediante la fuerza (necesaria y proporcional) repele la agresión.

Hoy día la posición dominante va más allá, al considerar que la legítima defensa tiene, al igual que la pena, un fin preventivo general, en el entendido de que los agresores se cohiben de realizar agresiones injustas tendientes a lesionar bienes jurídicos no solo por el miedo que imparte la sanción del ordenamiento jurídico formal, sino porque es de amplio conocimiento que la acción defensiva será justificada a la hora de lesionar de regreso sus bienes jurídicos. Por ello algunos autores no dudan en afirmar que la legítima defensa es un medio de intimidación incluso más efectivo que la pena, como afirmaba BERTEL (Luzón, 2006), afirmación que tiene bastante sentido si partimos del hecho de que en un Estado como el nuestro, por ejemplo, el delito de homicidio tiene una pena determinada y un límite para su imposición, pero bajo los criterios de

la legítima defensa, quien se defiende del homicida podrá causarle incluso la muerte y mantenerse dentro de los criterios de justificación.

1.3.2.6 Teorías Generalizadoras.

Finalmente un sector doctrinal ha pretendido realizar una unificación de criterios en cuanto a la fundamentación de todas las causales de justificación, o al menos de aquellas que responden a la naturaleza del Derecho penal.

Un primer grupo de estas teorías es la de la *colisión de intereses o de bienes; ponderación de intereses o principio del interés preponderante*. Como bien lo indica su nombre, los teóricos de estas corrientes han pretendido unificar la materia de las causas de justificación, haciendo alusión a que todas ellas responden a un elemento en común, esto es, a una colisión o ponderación de bienes jurídicos enfrentados, frente a los que uno ha de prevalecer a la luz del Derecho.

Sin embargo, para el caso especialísimo de la legítima defensa, en el cual no se puede hablar propiamente de una colisión de intereses (lo cual es más adecuado en un estado de necesidad) imposibilita que pueda existir una unidad de criterios, al menos recurriendo a criterios como los expuestos. Debe tenerse siempre presente que en la legítima defensa se enfrentan Derecho e injusto y no dos intereses ponderados.

Un segundo grupo de teóricos componen la denominada *teoría del fin*, la cual se constituye a partir de los postulados de **DOHNA** y **K BINDING** (Luzón, 2006). Según estas posturas, las causales de justificación responden a que cuando el fin que se persigue se corresponde con el que tiene por finalidad el Derecho, entonces no ha de existir reproche alguno, puesto que el medio

(violencia) resulta justificado. Así, **BINDING** al afirmar que *“el orden jurídico tiene que admitir todas las acciones necesarias para conseguir los fines que le son necesarios”*. (Luzón, 2006)

Recurrir a la finalidad de los medios acabó siendo un criterio demasiado gaseoso que no permite dar una fundamentación sólida a la totalidad de las causales de justificación, por lo que no resulta adecuado recurrir a criterios como estos, ni en general a los demás criterios unificadores que pueden llegar a confundir un panorama que logró gran estabilidad a partir del establecimiento de la teoría de la doble fundamentación, al menos en lo referente al caso concreto de la legítima defensa.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. Estructura y Fundamentación

Principios Fundantes, Requisitos de Orden Objetivo y Subjetivo

*“cogitationia poenam nemo patitur”
El pensamiento por sí solo no delinque.*

Como segunda parte de este trabajo, se procederá a exponer de manera genérica los principios fundantes de la legítima defensa y los requisitos objetivos de la misma, en atención a que los primeros fueron el objeto de estudio del primer capítulo y los segundos no son parte fundamental para el desarrollo de la temática relativa a los elementos subjetivos de justificación, los cuales sí serán objeto de estudio amplio en su concepción, definición, surgimiento y aplicación al caso concreto de la justificación *sub examine*.

2.1 Principios Fundantes de la Legítima Defensa

Ahora bien, se hace necesario establecer en primera medida, cuáles son los fundamentos que dan origen a esta causal de justificación. Son entonces los fundamentos de la legítima defensa, como lo señala ampliamente la doctrina, la prevalencia del derecho (frente al injusto) y la protección individual.

El derecho a la legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la protección individual y el prevalecimiento del Derecho. Es decir: en primer lugar la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; la

legítima defensa es para “el particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo (BT-Drucks)”...

...Ahora bien, el legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos Estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa. (Roxin, s.f.)

Como se pudo observar en el capítulo anterior, actualmente, en lo relativo a la legítima defensa no es objeto de discusión que la misma descansa sobre una concepción dual. Dicha doble fundamentación tiene sus bases en la concurrencia de los fines individuales y supraindividuales.

Respecto del fin individual, resulta casi irrefutable que la legítima defensa es en sí misma una forma de protección de los derechos propios o de terceros de carácter personal (individual) frente a agresiones injustas. Pensar lo contrario sería ir en contra vía de la naturaleza misma de este instituto jurídico que precisamente, como bien se señaló en el capítulo anterior, se origina en el impulso de supervivencia y de solidaridad de la defensa contra a agresiones frente a las cuales no existe obligación de resistir.

Por otro lado, el argumento del fin supra individual gira entorno a la concepción de la legítima defensa como una herramienta del ordenamiento jurídico mediante la cual el mismo se reafirma frente al injusto. Desde esta óptica entonces, no se considera como lo importante la defensa de los derechos individuales sino el mantenimiento del Derecho en sentido objetivo, en sentido similar a lo planteado por **KANT**, quien es seguido a su vez por **HEGEL** al concebir la pena como una reafirmación del Derecho. De la misma forma, la legítima defensa resulta una reafirmación de Derecho frente al injusto.

Es en especial frente a este fundamento sobre el cual se han erigido varias de las tesis que se pretenden debatir en el presente trabajo, puesto que se ha argumentado que a partir de dichas concepciones el Derecho ha de consentir el resultado lesivo frente a los bienes del agresor, puesto que resulta una reafirmación del estado deseable de las cosas; sin embargo, debe decirse desde ya que solo porque un resultado sea deseable (en el sentido de que a través del mismo se reafirme el Derecho) no significa que pueda ser alcanzado por cualquier medio, o que dichos medios se logren legitimar solo con ocasión a un resultado conforme a Derecho. Resulta aquí importante anotar las consecuencias que se derivan de la doble fundamentación de la justificante, puesto que para que la misma campee deberán satisfacerse ambos aspectos y no solo aquel que observa a la legítima defensa como un instrumento mediante el cual el Derecho se legitima frente al injusto a partir de la actuación de los particulares.

2.2 Requisitos de Orden Objetivo

Abordados los principios que fundamentan el instituto jurídico en cuestión, en segundo lugar, y ubicándonos en los requisitos objetivos del mismo, se tiene que la legítima defensa requiere de: (i) la existencia de una agresión injusta (típica y antijurídica), (ii) que sea actual o inminente, (iii) que la defensa se realice para la protección de derecho propio o de un tercero, y finalmente, (iv) que la acción defensiva guarde una relación de proporcionalidad frente a la agresión.

Los requisitos objetivos de la legítima defensa y de cualquier causal de justificación, son aquellos aspectos que pertenecen al mundo exterior, y que su concurrencia resulta necesaria para que las mismas puedan aplicarse dentro del caso concreto. Veamos a qué hace referencia cada uno de los requisitos arriba enunciados:

2.2.1 La Agresión

Entiéndase por *agresión*, aquella conducta humana -haciendo referencia al *concepto final de acción*-¹¹ de carácter violento que se ejerce sobre otro, y a su vez, que dicha conducta debe ser socialmente inadecuada; quedan entonces excluidas las agresiones irrelevantes, frente a las cuales no es posible actuar en legítima defensa.

2.2.2 Actualidad o Inminencia de la Agresión

A su vez, la agresión, entendida como sustantivo en la legítima defensa, debe ser calificada, en primer lugar, bajo los criterios de *actualidad o inminencia*. La actualidad se predica de aquellas conductas en las que ya se ha comenzado su realización, es decir, nos encontramos ante los actos ejecutivos destinados a la producción del resultado; mientras que al hablar de inminencia, hacemos referencia al estado previo a la ejecución, es decir, una agresión que si bien no se está ejecutando, está próxima a realizarse. Existe entonces legítima defensa, tanto en el caso de quien repele un golpe por parte de su agresor (actualidad) para posteriormente contragolpearle, como en el caso de quien dispara a la humanidad de quien estaba apuntado a la suya con intención de jalar el gatillo (inminencia).

2.2.3 Injusta (Ilegitimidad de la Agresión).

¹¹ Acuñado por WELZEL, quien a su vez partió de los aportes sistemáticos de DOHNA y de las ideas ontológicas de HARTMAN y ARISTOTELES. Acción es aquella conducta humana voluntaria mediante la cual el hombre, como ser que conoce y domina los cursos causales, direcciona su comportamiento para alcanzar determinado fin.

El segundo de los calificativos de la agresión en el universo de la legítima de defensa, comprende que la misma ha de ser *injusta*. Esta expresión hace referencia, a que solo puede ejercerse la legítima defensa frente a una conducta típica y antijurídica, lo que trae consecuencias obvias a partir del esquema de la teoría del delito. Se tiene entonces, por ejemplo, que no se puede actuar en legítima defensa frente a quien realiza una agresión justificada bajo estado de necesidad, pero por el contrario, sí se puede ejercer la misma frente al ataque de un inimputable, quien a pesar de ver excluida su culpabilidad, se mantiene en un actuar injusto.¹²

2.2.4 Realidad de la Agresión.

A su vez, y como es apenas lógico, la agresión debe ser *real*, entendiéndose por esto que la misma debe corroborarse en el mundo exterior, y no, por el contrario, se trate de una suposición del presunto agredido, *con lo cual se podrá hablar de una agresión aparente o putativa* (Velásquez, s.f.).

2.2.5 Bienes Susceptibles de Defensa.

Respecto a los bienes defendibles, se tiene que *en principio son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales, o sea, la vida, la salud, la libertad, propiedad, custodia, honor, derecho sobre la morada, etc. A este respecto no es preciso que los bienes estén protegidos jurídicopenalmente para que sean susceptibles de legítima defensa. Así, por ej, la posesión solo está protegida civilmente frente a la realización arbitraria de la propia fuerza;*

¹² Frente a este tema, autores como JAKOBS, discrepan al afirmar que la legítima defensa no procede en todos los casos en los cuales la agresión proviene de un inimputable

pero con independencia de ello es posible defenderse conforme al parágrafo 32 (defensa necesaria en el código penal Alemán) frente a una desposesión temporal (Roxin, s.f.)

Son entonces susceptibles de defensa todos los bienes jurídicos individuales, propios y de terceros, incluso aquellos que no están reconocidos por la ley penal. En cuanto a los bienes colectivos, existe controversia, dado a que en principio es obligación y facultad del Estado acudir en su protección, sin embargo, la posición mayoritaria ha establecido, que cuando la agresión a los bienes colectivos trae consigo la afectación para el individuo, entonces dicha agresión será susceptible de legítima defensa.

2.2.6 Necesidad de la Defensa.

La expresión *legítima defensa*, que se usa en los países de habla hispana, es producto de la traducción francesa que alguna vez se hiciese del instituto jurídico de la legislación alemana, que originalmente la contemplaba como *defensa necesaria*. La *necesidad*, como calificativo de la agresión, se refiere a que es *indispensable que el agredido tenga necesidad de ejercer la defensa, de tal manera que se le cause al agresor el mínimo daño posible; no hay pues, legítima defensa cuando el agredido dispone de otros medios menos gravosos. Por ellos con precisión se ha dicho que el concepto de necesidad no solo se proporciona el límite inferior, sino también la frontera superior de la legítima defensa.* (Velásquez, s.f.)

Difiere entonces la necesidad de la defensa con la proporcionalidad de la misma, puesto que la necesidad se refiere la procedibilidad del actuar defensivo, lo cual no es otra cosa que la realización de un juicio *ex ante*, con el propósito de determinar si había lugar a actuar

defensivamente en la forma en que lo realizó el sujeto agredido, siempre partiendo del análisis del caso concreto.

2.2.7 Proporcionalidad de la Defensa.

Por último -frente a los requisitos objetivos-, y teniendo en cuenta que para hablar de la *proporcionalidad*, se requiere primero que la defensa sea *necesaria*, se tiene que la proporcionalidad es entonces, un criterio que hace referencia a lo siguiente:

La defensa debe ser proporcional a la agresión, tal como –acorde con el principio de la prohibición de exceso- lo exige el numeral en comento. Ello significa que debe haber un equilibrio entre la conducta de quien ejerce la defensa y el ataque del que alguien es víctima; para decirlo de otro modo: debe haber proporcionalidad entre la defensa y la agresión. Es bueno precisar que tal requisito no está referido solo a los medios desplegados por los sujetos activo y pasivo de la defensa, sino que también debe mirar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la persona del atacado y del atacante, la entidad del ataque, los bienes del conflicto, etc. (Velásquez, s.f.)

Los ejemplos en los cuales no existe proporción entre el ataque y la defensa son fáciles de imaginar, entiéndase entonces en este sentido, a quien repele mediante una granada al agresor que se acerca con el palo de una escoba. En los casos en los cuales no existe una proporción entre ambas fuerzas, se pasa entonces al escenario conocido como los *excesos en las causales de justificación*, supuesto contenido en la legislación Colombiana en el *inciso 2 del numeral 7 del artículo 32 de la ley 599 de 2000*.¹³

¹³ El que exceda los límites propios de las causales 3°, 4°, 5°, 6° y 7° precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

Frente a este aspecto, se hace necesario resaltar que el criterio de responsabilidad del autor ha de determinarse a partir del resultado generado, siempre mediante un estudio de la acción defensiva desde una perspectiva *ex ante*, puesto que en ocasiones, una acción que se encuadra dentro de los parámetros de la legítima defensa puede verse no justificada desde la perspectiva *ex post*, por circunstancias ajenas a la dominabilidad del sujeto que se defiende. En este sentido afirma **WOLTER**, desde la aplicación de la imputación objetiva a las causas de justificación:

Cuando el autor B obra ex ante en legítima defensa y, sin embargo, ex post se determina que el agresor A habría fallado, con seguridad, en su tiro de pistola contra B. Aquí se da, de nuevo, un desvalor de resultado objetivamente imputable (muerte de A), que no se compensa por el valor de resultado de la legítima defensa (salvación de la vida de B). Sin embargo, la subyacente creación del riesgo de muerte para A sí se compensa por la posibilidad de salvación de la vida de B, que existe ex ante en los términos del § 32. Por lo tanto, tampoco aquí hay un riesgo (objetiva y personalmente) imputable que, finalmente da lugar al desvalor de resultado objetivamente imputable. (Wolter, 2012)

2.3 Requisitos de Orden Subjetivo

Una vez que se han abordado las anteriores temáticas, se hace posible analizar aquellas que hace parte de la argumentación central de este trabajo, las cuales giran en torno a los casos problemáticos en los cuales se configuran en su totalidad los requisitos objetivos de la causal de justificación en estudio, pero existe ausencia de los elementos subjetivos de la misma. *La doctrina penal todavía no se plantea la existencia de un componente subjetivo común para todas las justificantes y apenas comienza a admitir su presencia en algunas casusas singulares de*

exclusión de la ilicitud, cuando el correspondiente tipo permisivo denota dicho componente en su redacción literal. (Fernández, 2015)

Debe aclararse desde ya, que la temática de los elementos subjetivos de justificación, incluso hoy en día se mantiene bastante discutida, puesto que como se mostrará a continuación, muchos autores mantienen la tesis de que dichos elementos no pueden predicarse dentro del ámbito de las causales de justificación, bajo el entendido de que la antijuridicidad, como categoría dogmática, tiene un carácter netamente objetivo, o al menos prevalentemente objetivo, como se sostenía desde las concepciones de los esquemas clásico y neoclásico.

Desde luego, en la discusión sobre la existencia o no del elemento subjetivo de justificación se ponen en relieve todos los contrastes y antinomias de la actual teoría del delito. En particular, ese debate refleja –por un lado- la oposición entre la concepción monista de la norma penal, a través de la cual se la entiende a esta como una norma de valoración, y la concepción dualista dominante, que le atribuye en cambio a la norma penal el doble carácter al ser, a la vez, norma de valoración y norma de determinación.
(Fernández, 2015)

El estudio de los elementos subjetivos de justificación, y por consiguiente, de los elementos subjetivos en el injusto, ha sido considerado en ocasiones una problemática intrascendente e incluso algunos se refieren a la misma como “*casos de manual*”¹⁴. Sin embargo, este tema encuentra fundamento en varias de las temáticas más complejas de la dogmática moderna, como lo es la conformación de la norma penal a partir de un sistema dual, que comprende no solo la

¹⁴ “Se trata aquí de una discusión típicamente académica sin significación práctica, como lo demuestra, por un lado, la carencia total de decisiones judiciales tajantes, por otro, la clase de ‘casos de escuela’: ‘el cazador mata de un tiro a su enemigo en el bosque por una venganza, sin advertir que éste, por su parte, había apuntado el arma contra él’. O: él centinela dispara, durante la noche, sobre una figura que se acerca, a la que toma por el odiado jefe de la campaña, y mata, en realidad, al jefe de un pelotón de observación enemigo’. Estos casos no le causan dificultades a la práctica: el cazador es castigado por asesinato consumado; el centinela obtiene una condecoración” – Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*. Traducción de Sancinetti, Buenos Aires (1990) página 306.

norma objetiva de valoración, sino a su vez, una norma subjetiva de determinación, la cual va dirigida al autor, en una especie de diálogo entre la norma y la conciencia del sujeto, tesis que viene sosteniéndose desde los postulados de **BINDING**.¹⁵

Se procederá entonces en primera medida, a exponer el porqué de la existencia de los elementos subjetivos de justificación, para posteriormente analizar el contenido de los mismos dentro del caso especial de la legítima defensa y así, finalmente, abordar lo referente a los casos en los cuales el sujeto agente desconoce la situación objetiva de justificación. *La disparidad de criterios doctrinales a propósito del elemento subjetivo de justificación resulta harto significativa y, en puridad, hace trizas cualquier uniformidad conceptual.* (Fernández, 2015)

2.3.1 Los Elementos Subjetivos en el Injusto.

El tipo objetivo de justificación está constituido por todos los presupuestos objetivos cuya concurrencia determina que ese nivel material o fáctico, la conducta típica resulte permitida y conforme a derecho. El tipo subjetivo de justificación, en cambio, apunta al aspecto interno de la conducta, a la relación o actitud psíquica que media entre el autor y la causa de justificación bajo cuyo amparo actúa. Este componente subjetivo, como fuera dicho, es el factor que compensa o neutraliza el desvalor subjetivo de acción. (Fernández, 2015)

El esquema clásico del delito y sus antecesores, tenían una concepción del delito mediante la cual, se afirmaba que todo aquello que tuviese carácter objetivo pertenecía al injusto y todo aquello que perteneciera al ámbito subjetivo, debía ser analizado en la culpabilidad. Tipo y

¹⁵ Die Normen und ihre Übertretung, t I, 1ª ed., 1872

antijuridicidad por lo tanto, eran solamente la constatación de los elementos (objetivos) constitutivos de la conducta prohibida o de la causal de justificación respectiva.

Este sistema, que encontró en **FRANZ VON LISZT Y ERNST BELING** a sus mayores exponentes, esquema que partió de la siguiente premisa a la hora de distinguir la configuración de la estructura del delito:

En el delito existen dos partes, una objetiva y otra subjetiva: la parte objetiva está conformada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; la parte subjetiva por la culpabilidad. En otras palabras: el estudio de lo subjetivo en el delito se contrae al estudio de la culpabilidad y el estudio de lo objetivo se contrae al estudio de la tipicidad y la antijuridicidad (Agudelo, 2013)

No obstante lo anterior, poco a poco dicha concepción tuvo que variar debido a la aparición de los ingredientes subjetivos del tipo, los cuales a diferencia del dolo, se ubicaban dentro de la descripción de la conducta y por tanto, hacían parte del tipo penal, razón por la cual, para saber si nos encontrábamos ante un supuesto de hecho que correspondía al que se encontraba contenido en la norma penal, debía atenderse a dichos elementos en sede de tipicidad. En este sentido, *hay un acuerdo general en remontar el trabajo de H. A. Fischer sobre la antijuridicidad publicado en 1911, la primera referencia clara al problema de los elementos subjetivos del injusto, aunque limitada a la esfera del derecho civil. (Fernández, 2015)*

En dicha obra, el autor planteaba el argumento mediante el cual se sostenía que para determinar si una conducta era antijurídica, no solo debía atenderse al resultado que se concretaba en el plano objetivo, sino que además, debían ser objeto de valoración los aspectos que motivaban la actuación del sujeto agente. Dicha idea fue poco a poco aceptada dentro de la

ciencia dogmática penal, y empezó a estructurarse como *la teoría de los elementos subjetivos del injusto*. Esta postura fue desarrollada y sostenida principalmente por **EDMUND MEZGER**, para quien la antijuridicidad pasó de ser un juicio netamente objetivo, a serlo únicamente de forma prevalente, puesto a que, si se hacen necesarios elementos subjetivos para conformar el tipo, con mayor razón los mismos deberán ser parte de la antijuridicidad. Mezger explicaba que *la teoría de los elementos subjetivos del injusto, relevante tanto en orden a la fundamentación típica del injusto como en el área de las causas que lo excluyen, expresa lo siguiente: el injusto es contradicción objetiva con las normas del derecho. Las referencias subjetivas del infractor respecto del injusto cometido por él, el saber que infringe del ordenamiento jurídico y el conocimiento de los fundamentos fácticos de dicha infracción, la intención de actuar contra el derecho, son solo de importancia en lo que concierne a la imputación personal de lo injusto, por tanto en la teoría de la culpabilidad, por lo menos normalmente. Pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir en consecuencia todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, concibiendo al primero solo objetivamente y solo subjetivamente a la segunda.* (Mezger, 1999)

De esta forma empezó a concebirse cada vez con mayor razón, que el injusto ya no era netamente objetivo, sino que su naturaleza era prevalentemente objetiva, lo cual quería decir, que cuando nos encontráramos ante un tipo que contuviese elementos subjetivos, sin los cuales no se pudiese tipificar la conducta del agente sin recurrir a los mismos, entonces no podría predicarse el injusto como una construcción meramente objetiva.

Luego del descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, que deviene con Hegler y Mayer, comienza a delinearse lentamente la figura del elemento subjetivo de justificación, el cual adquiere plena carta de ciudadanía a partir de los lineamientos de Von Weber, publicados

hacia 1935. En efecto, Von Weber es el primer dogmático que generaliza al elemento subjetivo de justificación, tomándolo como parte integrante de todos los tipos permisivos, fundado tan luego en el argumento de la simetría: la causa de justificación, al igual que los tipos prohibitivos, debe configurarse también tanto de modo objetivo como subjetivo en el agente., (Fernández, 2015)

Hasta este punto, la inclusión de los elementos subjetivos en el injusto dependía exclusivamente de la definición típica, puesto que como se acaba de referenciar, para el esquema clásico no había lugar para los mismos en el injusto y para el esquema neo clásico, los elementos subjetivos solo eran incluidos en atención a que el tipo incluyera en su descripción un ánimo particular del agente, es decir, lo que actualmente denominamos, delitos de actitud interna trascendente. (Roxin, s.f.)

El golpe definitivo en este asunto tuvo lugar con la aparición del concepto final de acción. Los postulados de **HANS WELZEL**, quien tomando como base lo que había construido **ALEXANDER GRAF ZU DOHNA** (Graf, 1958), dieron un vuelco en la estructura del delito al concebir la acción no solo como un fenómeno causal, sino como una manifestación de voluntad final del autor¹⁶. A partir de ello, si el objeto de valoración de la tipicidad es la acción, entonces el dolo no debe ser entendido como un grado de culpabilidad, sino como una modalidad de conducta, en la cual, el agente quiere el resultado y conoce los hechos constitutivos de su actuar. Para **WELZEL** y la doctrina finalista, el derecho penal tiene como objeto de estudio las categorías *lógico objetivas*, las cuales independientemente de lo que la ley consagre, ya están predisuestas por su naturaleza óptica. De esta manera, si la acción es un proceso final, propio del ser humano como ser racional que domina los procesos causales y dirige su voluntad hacia la

¹⁶ Acerca de la teoría final de acción en este punto: Hans Welzel, El nuevo sistema del derecho penal, Una introducción a la doctrina final de la acción finalista. Editorial B de F, Cuarta reimpresión (2011)

realización de un fin, entonces la misma está compuesta por dos partes, una objetiva y una subjetiva.

A partir de este momento, ya no se considerarán a los elementos subjetivos como una excepción dentro de la constitución del injusto prevalentemente objetivo, sino que el tipo resulta siendo una estructura de dos partes, una de carácter objetivo y otra subjetiva, esta última conformada por el dolo, la culpa y los elementos subjetivos diferentes al dolo.

Los postulados de la teoría final de acción, sacudieron todo el esquema del delito conocido hasta el momento y la irrupción definitiva de los elementos subjetivos en el tipo no fue el único aporte de la escuela finalista. En lo referente a los elementos subjetivos de la antijuridicidad, aun se intentaba mantener la tesis de que dicha categoría era de naturaleza netamente objetiva. Frente a dicha postura, resulta apropiado citar al propio **WELZEL**:

La dogmática del derecho penal intentó comprender, primero (desde 1984), el concepto de lo injusto, partiendo de la distinción: “objetivo”-“subjetivo”. A lo injusto debían pertenecer, exclusivamente, los caracteres externos objetivos de la acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad. El fundamento doctrinal de esta concepción era suministrado por la doctrina de la acción causal, que separaba tajantemente la acción, como un mero proceso causal externo, del contenido subjetivo de la voluntad; de este modo se incluyó todo lo “externo” en la antijuridicidad y todo lo “interno” en la culpabilidad. Esta separación se vio además apoyada dogmáticamente por la poca claridad existente en torno al sentido de la “objetividad” de la antijuridicidad. Dado a que la antijuridicidad es, según opinión admitida, un juicio desvalorativo “objetivo” (=general), era fácil que surgiera la creencia errónea de que lo injusto (la acción antijurídica) tenía que ser concebido de un modo puramente objetivo,

pero en el sentido, completamente diferente, de algo que pertenece exclusivamente al mundo exterior. (Helzel, s.f.)

La acción es la manifestación de la voluntad del hombre hacía un determinado fin. Bajo este entendido, al ser la conducta (acción u omisión) el objeto de valoración en la tipicidad, la misma ha de corresponder a criterios objetivos y subjetivos. Es por esto que el tipo comprende dos facetas, tipo objetivo y tipo subjetivo. De la misma manera, si avanzamos en el esquema dogmático del delito, aparece la antijuridicidad, como un juicio objetivo de la conducta típica. Es aquí donde ha surgido la problemática, al considerar erróneamente que al tratarse de un juicio objetivo, entonces no hay lugar al estudio de los elementos subjetivos dentro de la antijuridicidad. Y dicha conclusión es errada, puesto que la naturaleza objetiva de la antijuridicidad hace referencia a que la misma es, en su esencia, una confrontación de la conducta típica frente a todo el derecho positivo en sentido amplio (objetivo). Como consecuencia de lo anterior, y al ser la conducta típica su objeto de valoración, compuesta por factores de ambas naturalezas (objetivas y subjetivas) de la misma forma ha de encontrarse estructurada la antijuridicidad. Así, **WELZEL**: *La antijuridicidad es solo objetiva en el sentido de que resulta ser un juicio valorativo general; su objeto, la acción, es en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos.* (Welzel, 2011)

Fue así como se logró establecer que las causales de justificación, resultan ser auténticos tipos permisivos, concebidos de la misma forma que los tipos prohibitivos, que son objeto de estudio en la tipicidad, esto es, compuestos por elementos objetivos y subjetivos.

Resulta apropiado hacer referencia al pensamiento de **MOLINA FERNÁNDEZ**, quien en su obra nos indica que la tesis de la antijuridicidad objetiva es, al día de hoy, un concepto

prácticamente insostenible, y que incluso sus defensores. carecen de fundamento para explicar la incursión de elementos subjetivos en la antijuridicidad y de los normativos en la culpabilidad. Así lo expresa dicho autor: *Uno de los hechos que más ha influido en la evolución y configuración actual de la antijuridicidad ha sido sin duda el reconocimiento generalizado de los denominados elementos subjetivos del injusto. Aunque la exigencia de una acción como como punto de arranque del injusto ya suponía una cierta quiebra en el reparto de los aspectos objetivos y subjetivos que respectivamente caracterizaba en su inicio la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, lo cierto es que la ruptura definitiva del esquema, que abriría paso a otras posteriores, fue la aceptación de que en una buena parte de los tipos penales el comportamiento prohibido no puede concretarse sin tener en cuenta ciertos elementos subjetivos que acotan la acción prohibida. Que el reconocimiento de estos elementos suponga la quiebra de una concepción exclusivamente objetiva de la antijuridicidad no tiene excesiva trascendencia, ya que esta tesis se enfrenta a tal cúmulo de problemas que difícilmente puede ser mantenida...* (Molina, 2001)

Sin embargo, la discusión acerca de la exigencia o no del elemento subjetivo de justificación, no quedó zanjada con la teoría final de la acción y el esquema finalista que se deriva de la misma, sino que se ha mantenido a partir del surgimiento de las nuevas discusiones de la dogmática moderna, que parecen ubicar al derecho penal, esta vez, ya no alrededor de conceptos axiológicos o filológicos, sino que más bien, han buscado tener como punto de partida la constitución de la norma penal, la pena, los fines de la pena y el modelo de Estado ante el que nos encontremos. Es así como surgen las corrientes post-finalistas, es decir, todas aquellas que suceden al finalismo, dando un vuelco en el punto de partida del objeto de estudio de dogmática penal, puesto que ya el concepto de acción no resulta ser fundamental para la constitución del

sistema, sino que buscan fundamentarse en la conformación del injusto, a partir de si el mismo tiene como punto de partida o bien una norma objetiva de valoración, o por el contrario, una norma subjetiva de determinación, o una conjunción de ambas, o dando prevalencia a una sobre la otra; lo cual, si bien no resulta novedoso, si trae consigo una revolución en cuanto a lo que tiene que ver con las soluciones y fines que persigue el derecho penal a través de la pena.

2.3.2 Elementos Subjetivos de Justificación en la Legítima Defensa.

Al respecto del contenido que debe predicarse dentro de las causales de justificación se han erigido principalmente dos posiciones. La primera de ellas concibe que los elementos subjetivos de justificación han de ser los mismos para todas las causales de justificación sin entrar en ulteriores distinciones. La segunda de ellas, plantea que la naturaleza y fundamentación de cada una de las causas de justificación hace variar el contenido de dichos requisitos.

En el caso particular de la legítima defensa, la cual es el objeto de estudio principal del presente trabajo, se tiene que dentro de sus elementos subjetivos de justificación, pueden identificarse el conocimiento y la voluntad.

Alrededor de dichos elementos subjetivos de justificación, se han constituido principalmente tres posiciones. La primera de ellas afirma que las causales de justificación están compuestas únicamente por componentes objetivos. Dicha tesis es a día de hoy minoritaria y puede verse reflejada a partir de los siguientes postulados:

Hay quienes sostienen que la norma penal es de carácter valorativo, en el entendido que lo pretendido por ella es que en sede de antijuridicidad se valore si ha existido o no una

lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. La norma, entonces, pretende la evitación de resultados lesivos.

Si esto es lo que se pretende con la norma penal, se tendrá entonces que el juicio de valor que se hace en la antijuridicidad se realiza sobre el resultado causado, de manera que siendo este el objeto del juicio de valor no puede más que decirse que dicho juicio es de carácter objetivo, por lo que la naturaleza de la antijuridicidad será objetiva.

De ahí que si lo que fundamenta la antijuridicidad es el desvalor de resultado, solo se necesita de él como fundamento de ella, y las consideraciones personales del autor no tendrán cabida en este momento, pues lo atinente a la valoración de la acción se hará en sede de culpabilidad. Así las cosas debemos decir que los objetivistas sostienen que lo que es antijurídico en un homicidio es la muerte causada. (Sampedro, 2011)

Este punto de vista, es también mantenido en la legislación y doctrina Italiana, sin embargo, la configuración objetiva de la antijuridicidad, obedece a que a partir de las disposiciones legislativas internas, donde el art. 59 del Código Penal de 1931 bloquea, al menos para la doctrina dominante, la viabilidad de reclamar un elemento subjetivo de justificación en las causas de exclusión de la ilicitud, en tanto establece: *Salvo que la ley disponga de otro modo, las circunstancias que agravan o bien atenúan o excluyen la pena son valoradas, respectivamente, a cargo o a favor del agente, aunque él no las conozca, o por error las crea inexistentes.* (Fernández, 2015)

La segunda postura existente frente a los elementos de justificación, se presenta especialmente en la doctrina española, en la cual se ha decidido optar por analizar el sentido literal de la forma de redacción de las causales de justificación, y entre ellas la legítima de defensa, para definir los elementos subjetivos que componen cada tipo permisivo. *Se trata de una comprensión ecléctica*

donde el componente no surge como conclusión a partir de una determinada concepción dogmática sobre la estructura del tipo permisivo, sino como requerimiento expressis legis de los tipos legales respectivos y opera entonces como un componente añadido, de eficacia restrictiva, sobre los extremos objetivos de la situación justificante. (Fernández, 2015)

Sin embargo, en la doctrina española, cada vez resulta más común encontrar una postura¹⁷ mediante la cual se entiende que los elementos subjetivos de las causas de justificación nacen a partir de su naturaleza estructural como tipos permisivos.

Finalmente, la tercera postura considera que todos los tipos permisivos, es decir, las causales de justificación, están construidas de la misma forma que los prohibitivos, razón por la cual, todos cuentan con elementos subjetivos que constituyen una auténtica contrapartida del dolo perteneciente al tipo prohibitivo. Esta postura constituye, a día de hoy, la posición dominante a nivel doctrinal y surge con especial énfasis dentro del desarrollo de la dogmática penal alemana, puesto que dentro de la misma se han arraigado especialmente dos conceptos que permiten llegar a dicha conclusión, como lo son; (i) la constitución del injusto a partir de una norma dual (imperativa y valorativa) y (ii) del concepto del injusto personal como legado de la teoría final de acción acuñada por **WELZEL**.

Un camino similar parece observarse en la doctrina nacional al leer autores como **FERNANDO VELÁSQUEZ**, quien señala al respecto de los elementos subjetivos de justificación lo siguiente:

Si se parte de una concepción moderada del injusto personal es necesario, al exponer todas y cada una de las justificaciones, estudiar en ellas un componente de índole subjetivo que es la verdadera contrapartida del dolo; por el contrario, para quien el injusto se agote en el mero desvalor de resultado, deben negarse de manera consecuyente

¹⁷ Como partidarios de esta postura en España deben mencionarse a Córdoba Roda, Gimbernat Ordeig, Gómez Benítez, Cerezo Mir, Muñoz Conde y Mir Puig entre otros tantos.

tales componentes. Por ello, el agente no solo debe actuar en el plano objetivo a cuyo efecto debe cumplir con las respectivas exigencias, sino que debe conocer que lo hace y querer obrar al amparo de la causal de justificación, de donde se infiere que en el ejercicio de ella deben concurrir elementos cognoscitivos y volitivos; la finalidad del agente no debe confundirse sin embargo, con los motivos o los sentimientos presentes al momento del hecho, pues al derecho penal en esta instancia solo le interesa la actuación de la persona conforme a sus prescripciones y no por qué lo hace. La exigencia de elementos subjetivos en las diversas causales de justificación es una consecuencia lógica del concepto final social de conducta, pues parece evidente que los comportamientos justificados también deben ser causales, finales y sociales. (Velásquez, s.f.)

Sin embargo, **VELÁSQUEZ** realiza una mezcla de criterios en el tema sub examine, puesto que a la hora de analizar cada justificante acude al método interpretativo a partir de la forma de redacción de los tipos permisivos, y además plantea que para algunas de las causas de justificación, debe hacerse un análisis adicional que haga referencia a la esencia misma del instituto jurídico, a fin de determinar los componentes subjetivos del mismo.

Otros autores en la doctrina nacional señalan, por ejemplo, que *en el evento de la legítima defensa no solo se requiere la existencia de una agresión injusta, la necesidad de defensa, etc., sino que se hace indispensable que exista el ánimo de defensa como director de la conducta; de lo contrario se estaría en presencia de un valor de resultado frente a un desvalor de acción que impide el reconocimiento de la justificante.* (Sampedro, 2011)

La argumentación aquí defendida comulga con esta última posición, por cuanto se considera correcto que todas las causas de justificación de acuerdo a su naturaleza de tipos permisivos y valorativos de una conducta humana, han de responder a elementos de ambas naturaleza, esto es,

objetivos y subjetivos. En este sentido, un aporte bastante rescatable frente a esta materia es el siguiente:

Si bien es cierto la Corte Constitucional ha sido reiterativa en poner de manifiesto la importancia que le da a la estricta protección de los bienes jurídicos como teleología del derecho penal, también lo es que la misma corporación, con fundamento en el reconocimiento de la dignidad humana y el derecho penal de acto, ha dejado en claro que la potestad sancionadora solo se justifica en tanto sea reguladora de conductas, por lo que, a parte de la formal inclusión de los límites a la libertad general de actuar en forma igualitaria hace el artículo 16 de la Carta, no hay razón para dar prevalencia, primacía o calificativo de fundamento a uno de los dos juicios de valor, ya de acción, ya de resultado, y de acompañante o cofundante al otro (Sampedro, 2011)

Como consecuencia de lo anterior para la justificación tendríamos que, si el fundamento está dado tanto por el desvalor de acto como por el desvalor de resultado, aparece obvio que para la exclusión del mismo por vía de justificación se requiera tanto de la presencia del valor de acto como del valor de resultado; es decir, para reconocer la exclusión de la antijuridicidad se requiere que el hecho aparezca en la realidad circunstanciado por la presencia de los elementos objetivos de la causal de justificación y de la motivación por parte del autor: no simplemente de actuar bajo el amparo de la causal, sino motivado por lo que ella contiene. (Sampedro, 2011)

Y resulta bastante pertinente el citado fragmento, atendiendo a que no existe en la actualidad pronunciamientos de fondo sobre la materia, y atendiendo especialmente a los vacíos normativos que nuestra legislación interna tiene respecto a la materia como se mostrará más adelante cuando

se aborde la temática relativa a la punición de los casos problemáticos que se proponen a continuación.

2.3.3 Casos Problemáticos.

Uno de los temas más discutidos dentro de la literatura de la ciencia penal, ha sido el relativo a los errores sobre los elementos que constituyen el injusto. A manera de ejemplo, puede citarse lo problemático que ha sido durante distintas épocas dar tratamiento al error que surge sobre los elementos objetivos de una causal de justificación, como lo son los casos de la denominada *legítima defensa putativa*. Un primer intento de regulación pretendió diferenciar la naturaleza de los errores a partir de la concepción de los errores de hecho y de derecho, teoría que fue refutada fuertemente por **WELZEL**, al considerar que la terminología llevaba a inconsistencias. Fue así que para resolver dicho problema (el error de los elementos objetivos de las causas de justificación) surgieron diferentes respuestas aportadas por las teorías del dolo y de la culpabilidad, las cuales le otorgaban distinto tratamiento (exclusión del dolo y sanción por el delito culposo o una disminución de la pena mediante la sanción por el delito doloso) según el postulado adoptado¹⁸. Fue así como se dejaron atrás los viejos conceptos de error de hecho y de derecho para adoptar los criterios de error de tipo y error de prohibición.

¹⁸ Frente a este tema, resulta válido aclarar que la problemática del error se encuentra íntimamente ligada al dolo. En razón a ello, la teoría del dolo resuelve todas las problemáticas que se suscitan a partir del conocimiento mediante la exclusión del dolo, que se encuentra ubicado en la culpabilidad. Es aquí donde nacen los términos de error de *hecho* y de *derecho* que fueron acuñados durante el desarrollo de los esquemas causales del delito.

Por otra parte, la teoría de la culpabilidad, en su versión estricta, propone que los errores que recaen sobre los elementos objetivos de la tipicidad, deben ser catalogados como errores de tipo, y por consiguiente excluir el dolo del actuar; mientras que aquellos que recaigan sobre la ilicitud de la conducta, deberán tener un tratamiento diferente, consistente en la atenuación de la pena del delito doloso (partiendo de la base de que el conocimiento de la ilicitud –valoración del dolo– es un componente de la culpabilidad y no del dolo típico –compuesto por el conocimiento y voluntad requeridos por el mismo–) Es aquí donde se abandonan los conceptos de error de hecho y de derecho para adoptar la terminología de errores de *tipo* y de *prohibición*.

Este debate no ha girado en torno exclusivamente al tratamiento de los errores que recaen sobre los elementos objetivos de las justificantes; de hecho, se torna aún más compleja la problemática de los errores que recaen sobre los componentes subjetivos de los tipos permisivos.

A continuación se plantean una serie de ejemplos ilustrativos que versan acerca de aquellos supuestos en los cuales el actuar del agente se encuentra justificado en el plano objetivo pero el mismo actúa con el total desconocimiento de los mismos, es decir, con una total ausencia de todo elemento subjetivo de justificación.

CASO 1:

Pedro observa a Juan, quien es su enemigo, saca un revolver y le dispara con el ánimo de darle muerte. Al caer Juan con ocasión al disparo, Pedro descubre que Juan se encontraba apunto de asesinar con un cuchillo a María.

CASO 2:

Mario tiene un arma de fuego, la cual decide accionar a cielo abierto sin tener en cuenta las consecuencias que ello podría traer. Se tiene que el proyectil termina dando muerte a Fabio, quien a escasos metros de donde se encontraba Mario estaba a punto de acceder carnalmente a una menor de edad.

CASO 3:

Juana es una mujer casada, que se encuentra cansada de esperar todas las noches a su marido ebrio, así que para darle una lección, decide esperarlo a oscuras en el pasillo principal de la casa y sorprenderlo con el golpe de un sartén en la cabeza. Sin embargo,

Finalmente, la teoría limitada de la culpabilidad, propone que aquellos errores que recaen sobre los elementos objetivos de una causal de justificación, son auténticos errores de tipo, y por tanto, han de excluir el dolo; lo cual es un claro reflejo de los postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Al respecto de profundizar en esta temática referente al error y a su tratamiento: Córdoba Roda, Juan – El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito- Editorial B de F (2013) páginas 116 y siguientes

*antes de su marido ingresa un ladrón, situación que ella desconoce y por tanto lo golpea ocasionándole al ladrón unas lesiones personales.*¹⁹

Los casos acabados de enunciar, tienen en común que en todos ellos, los agentes carecen de cualquier elemento subjetivo de justificación, razón por la cual la doctrina ha procedido a catalogarlos como *errores inversos de prohibición* (Fernández, 2015). Dicha nominación proviene de que el supuesto es exactamente contrario al error sobre los elementos objetivos de justificación, que normalmente se cataloga como *error sobre las justificantes*, que actualmente reciben el tratamiento del error de tipo, en virtud de que versan acerca de la ausencia o distorsión de uno de los elementos objetivos que dan vida a una causa de justificación como lo es la legítima defensa. Al respecto, por ejemplo, **FERNÁNDEZ:** *Este conjunto de casos no puede ser englobado a la ligera como un grupo de meros “casos de manual”, entre otras razones porque la multiformidad y variedad de la vida cotidiana –que supera con holgura el horizonte de cualquier manual técnico- pone en evidencia cómo y hasta dónde es perfectamente posible que un sujeto actúe de modo estricto bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero ignorando la ocurrencia de tal situación objetiva (externamente configurada) y, por ende, sin elemento subjetivo homólogo de índole o naturaleza justificante, debido a que no reconoce los extremos de ocurrencia del tipo permisivo.* (Fernández, 2015)

Expuesta la problemática, se procederá a definir los dos componentes subjetivos de la legítima defensa que la doctrina ha determinado como contrapartida del dolo típico prohibitivo, y a su vez, se procederá a realizar la correspondiente argumentación del por qué solo ha de ser

¹⁹ Caso reformulado del propuesto por AMBOS, Kai, en “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible” *Polít. crim.*, N°5, 2008, A6-5, pp. 1-26. Visto por última vez el 02/08/2016 [http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf]

exigible el conocimiento de la situación objetiva justificante para que sea efectivamente excluida la antijuridicidad de la conducta del sujeto agente.

2.3.4 Conocimiento de la Situación Justificante.

El conocimiento, como elemento subjetivo de justificación dentro del caso particular de la legítima defensa, corresponde a que el sujeto agente ha de conocer que se configuran las circunstancias objetivas de justificación para que pueda haber lugar a la existencia de una legítima defensa en toda regla. *Baumann sostiene, en punto al contenido del presupuesto subjetivo, que este consiste en el conocimiento del autor de estar en posición de justificación y de realizar una acción justificada: el autor debe pues conocer los hechos que llenan el tipo objetivo de justificación.* (Fernández, 2015)

Opinión similar, es la expresada por Gimbernat, al señalar que *a fin de que el sujeto quede exento de responsabilidad, tiene que haber tenido conciencia de que objetivamente concurría una causa de justificación.* (Gimbernat, s.f.)

La opinión aquí defendida, apoya la posición que señala que únicamente es requerido que el autor conozca de la situación objetiva de justificación o de su eventual ocurrencia; sin que dicho conocimiento deba ir acompañado de la voluntad defensiva. *Resulta inequívoco que el contenido del elemento subjetivo de justificación consiste en la determinación (imputación) de algún tipo de vinculación o conexión psicológica entre el autor y la causa de justificación que éste moviliza. Esa conexión, que el intérprete atribuye valorativamente, puede limitarse al mero aspecto cognoscitivo que es la concepción mínima del dolo e importa que el autor al menos sepa o conozca la situación objetiva justificante que ampara su conducta.* (Fernández, 2015)

En este sentido, partidario también de la misma posición, señala Roxin:

Hay que oponerse a la opinión de que para la justificación sea preciso algo más que la comprensión de los límites objetivos de la justificación y el conocimiento de la situación de justificación. En primer lugar no tiene sentido exigirse una voluntad, cuya “completa desaparición” no puede probarse prácticamente nunca; no es casualidad que todas las resoluciones citadas hayan llegado a la justificación, a pesar de existir otros motivos dominantes en el sujeto. Por otro lado, el castigar a quien produce dolosamente una situación conforme a derecho sólo porque no hace lo permitido con la actitud interior “correcta” conduce a una pena, prohibida, por la actitud interna. (Roxin, s.f.)

2.3.4 Ánimo Defensivo.

Al igual que en los tipos prohibitivos, se sostiene por parte de cierto sector doctrinal, que para que proceda la justificación de una conducta típica se hace necesario que además de conocer las situación objetiva de justificación, el agente actué con el determinado ánimo propio de la justificante, lo cual, para el caso de la legítima defensa, sería hacerlo con el propósito de defender un derecho propio o ajeno frente a una agresión injusta y no por móviles diferentes, como podrían serlo el odio o el sentimiento de venganza hacia el agresor

La problemática a la hora de exigir el ánimo defensivo dentro de la legítima defensa, surge desde el primer momento en que se quiere establecer si dicho ánimo defensivo ha de ser exclusivo, o si el mismo puede aparecer de forma concurrente con otros ánimos que tiene su origen en el sujeto que ejerce la defensa. Es así como, por ejemplo, se entra a discutir, si existe legítima defensa en el actuar del sujeto que al defenderse contra un antiguo enemigo, no solo lo

hace con el ánimo defensivo que nace del ser víctima de una agresión injusta, sino que también se ve motivado por el odio que siente hacia su agresor desde hace varios años por razones ajenas a las que producen el ataque.

Debe decirse respecto al ánimo defensivo, que el argumento más fuerte para que pueda predicarse su existencia encuentra apoyo en la misma construcción de las causales de justificación como tipos permisivos. Por tanto, si el tipo prohibitivo doloso, comprende un elemento cognoscitivo y uno volitivo, de la misma forma deberán concurrir ambos componentes en el tipo permisivo, siendo en esta oportunidad sus componentes, i) el conocimiento de los elementos objetivos de justificación y ii) el ánimo de defenderse a sí mismo o a otro de agresión injusta. Sin embargo, como bien se expondrá a continuación, exigir un ánimo determinado para que la conducta sea justificada, sólo sería acudir a contenidos exclusivamente morales y por ende inverificables en la práctica. Resulta aquí suficiente el considerar que si el autor no conoce acerca de los elementos objetivos que en realidad concurren, entonces se abstenga de actuar, y que por el contrario, actúe cuando se represente los mismos, muy a pesar de que solo le acompañe a su actuar el ánimo justificante, todo ello deducible a partir del imperativo de conducta propio tanto de los tipos prohibitivos como de los permisivos, los cuales le indican al sujeto qué debe o no a hacer, a partir del sentido de la ley penal escrita.²⁰

2.4 Conocimiento de la Situación Justificante como Único Componente Subjetivo Exigible en la Legítima Defensa

²⁰ Aquí hago una pequeña referencia a una temática que será abordada en el capítulo cuatro, la cual versa a cerca de la incidencia en el sistema del delito una concepción de norma a partir de la teoría de las normas de Binding, optando por la posición de tener como punto de partida un injusto dual, que parte de una norma subjetiva de determinación y que se complementa mediante una norma objetiva de valoración, que legislativamente se ha ligado a los criterios de la antijuridicidad material y del principio de lesividad frente a los bienes jurídicos tutelados.

Al respecto de los contenidos subjetivos de justificación que se acaban de exponer, se comparte el criterio de la posición dominante, en la cual se indica que solo se exige el conocimiento de la situación objetiva de justificación para predicar la juridicidad de la conducta.

No obstante lo anterior, si bien se comparte dicha postura según la cual, solo ha de exigirse el conocimiento de la situación justificante y no un determinado ánimo interno o finalidad defensiva, dicha afirmación no se fundamenta exclusivamente en que probar dicho ánimo sea casi imposible en la mayoría de los casos, sino más bien, como se señalará enseguida, se pretende establecer que a partir de la constitución del hombre como un ser racional, que cuenta con determinados conocimientos en virtud de la moral, siguiendo en toda regla lo planteado por KANT en *la metafísica de las costumbres*, dicho ánimo siempre está presente a partir del conocimiento de la situación.

Cada cosa de la naturaleza opera con arreglo a leyes. Solo un ser racional posee la capacidad de obrar según la representación de las leyes o con arreglo a principios del obrar, esto es, posee voluntad. Como para derivar las acciones a partir de leyes se quiere una razón, la voluntad no es otra cosa que razón práctica, Si la razón determina indefectiblemente a la voluntad, entonces las acciones de un ser semejante que sean reconocidas como objetivamente necesarias lo serán también subjetivamente, es decir, la voluntad es una especie de capacidad de elegir solo aquello que la razón reconoce independientemente de la inclinación como prácticamente necesario, o sea, como bueno.

Pero si la razón por sí sola no determina suficientemente a la voluntad y esta se ve sometida además a condiciones subjetivas (ciertos móviles) que siempre coinciden con las objetivas, en una palabra, si la voluntad no es de suyo plenamente conforme a la razón (como es el caso entre los hombres), entonces las acciones que sean reconocidas

como objetivamente necesarias serán subjetivamente contingentes y la determinación de una voluntad semejante con arreglo a leyes objetivas supone un apremio, es decir, la relación de las leyes objetivas para con una voluntad que no es del todo buena será ciertamente representada como la determinación de la voluntad de un ser racional por fundamentos de la razón, si bien esa voluntad no obedece necesariamente a estos fundamentos según su naturaleza. (Kant, 2006)

A partir de esta idea, desde el momento en que al hombre se le presenta una situación y la conoce, de antemano, por contenidos morales que pertenecen a la metafísica -con la cual tiene conexión a partir de la razón- aun cuando busque la realización de otro fin diferente al que puede considerarse como moralmente bueno, siempre irá acompañado de dicha finalidad inherente a su naturaleza. Esto quiere decir que cuando la ley contempla una acción o conducta como buena o deseable, es indiferente que la misma pueda ir acompañada de voluntades diferentes a las que la fundamentan (por ejemplo, la ira o el deseo de la venganza de forma simultánea al ánimo defensivo en la legítima defensa).

El filósofo alemán también advierte acerca de la imposibilidad que asiste a la hora de determinar la existencia de un ánimo o móvil específico a la hora de realizar una acción objetivamente deseada por el Derecho. Así lo expresa en su obra:

De hecho, resulta absolutamente imposible estipular con plena certeza mediante la experiencia un solo caso donde la máxima de una acción, conforme por lo demás con el deber, descansa exclusivamente sobre fundamentos morales y la representación de su deber. Pues el caso es que algunas veces con la más rigurosa de las introspecciones no encontramos nada, al margen del fundamento moral del deber, que haya podido ser

suficientemente poderoso para movernos a tal o cual buena acción y a tan gran sacrificio; pero de ahí no puede concluirse con total seguridad que la auténtica causa determinante de la voluntad no haya sido realmente algún secreto impulso del egoísmo, camuflado tras el mero espejismo de aquella idea; pues, aunque nos gusta alagarnos atribuyéndonos falsamente noble motivos, en realidad ni siquiera con el examen más riguroso podemos llegar nunca hasta lo que hay detrás de los móviles encubiertos, porque cuando se trata del valor moral no importan las acciones que uno ve, sino aquellos principios íntimos de las mismas que no se ven. (Kant, 2006)

De los citados pasajes de **KANT**, se colige que a pesar de que resulta ser casi imposible corroborar los ánimos que acompañan al sujeto a la hora de desplegar una determinada conducta, se tiene que desde que conoce de la misma, atendiendo a su naturaleza, todo fin subjetivo siempre irá acompañado del fin objetivo que la moral le presenta como imperativo (y del cual no puede separarse por su naturaleza propia). Siguiendo con dicha filosofía, desde el momento en el que el sujeto conoce una determinada situación (la situación objetiva de legítima defensa para el caso sub examine) ya quiere el resultado que el imperativo moral le señala (ánimo defensivo, esto es, la protección del derecho propio o ajeno o incluso si se quiere, la reafirmación del Derecho frente al injusto) aun cuando en el mismo confluyan impulsos distintos y alejados de contenido moral.

Según lo expuesto por **KANT**, existen conocimientos inherentes al hombre, razón por la cual, las mismas constituyen condiciones objetivas que no son objeto de valoraciones subjetivas. A partir de ellos, si una persona logra conocer la situación objetiva de justificación, conocerá que su actuar está acorde a la finalidad.

A manera de conclusión, ha de establecerse que a día de hoy la posición mayoritaria²¹ adopta la teoría de los elementos subjetivos de justificación presentes en la totalidad de las causas de justificación, y que en el caso particular de la legítima defensa, se llega a dicha aseveración a partir del estudio de la naturaleza de dicha causal de justificación, la cual descansa en los pilares de los fines individuales y supraindividuales, también a partir del concepto del injusto personal, del concepto de los tipos justificantes y su componente subjetivo como contrapartida del dolo y finalmente, a partir de las actuales corrientes teleológicas mediante las cuales se entiende al injusto como la trasgresión de una norma dual, esto es, tanto imperativa (desvalor de acción) como valorativa (desvalor de resultado).

Establecidos estos parámetros, resulta claro establecer que si bien nuestro ordenamiento jurídico interno parece ser una mezcla de criterios de distintas corrientes dogmáticas, también se llega a la misma conclusión como bien se ha referenciado a partir de la cita de varios doctrinantes colombianos que al parecer, atendiendo a la redacción de las normas, no solo argumentan la existencia de los elementos subjetivos en la legítima defensa, sino que también pasan a exigir tanto el conocimiento como la voluntad justificantes.

²¹ Al menos así puede observarse en la doctrina internacional que ha optado por mantener el postulado del injusto como injusto objetivo referido al autor –injusto personal- con las consecuencias que del mismo derivan, como lo son la inclusión de elementos subjetivos en el injusto y por ende en las causas de exclusión de la antijuridicidad.

CAPÍTULO TERCERO

3. Tratamiento Punitivo

Refutación de la Aplicación Directa de las Reglas de la Tentativa como Dispositivo Amplificador del Tipo Prohibitivo y Propuesta Frente a las Lagunas de Punicción a partir de la Legislación Colombiana

“In maleficiis voluntas spectatur, non exitus (En las malas acciones predomina la voluntad, no el resultado)”

Hasta este momento han logrado abordarse todos los presaberes que resultaban necesarios para poder dar paso a la argumentación central de la presente investigación.

Una vez comprendida la legítima defensa en todo su esplendor, y explicados con detenimiento sus requisitos objetivos y especialmente los subjetivos, los cuales juegan un papel especial en los temas que se desarrollarán de ahora en adelante, se hace posible entonces exponer los argumentos centrales del texto.

Como se ha logrado mostrar, hoy día parece innegable el hecho de que la antijuridicidad, al igual que el tipo, se encuentra compuesta por elementos de naturaleza objetiva y subjetiva. Esto principalmente por dos razones: i) en primer lugar, porque el objeto de valoración de la antijuridicidad resulta ser la conducta típica, objeto que cuenta con dichos dos aspectos; y, en segundo lugar, ii) porque las causales de justificación son auténticos tipos permisivos, contruidos de la misma forma que los prohibitivos, es decir, cuentan con una fase objetiva y una subjetiva.

De igual forma, a partir de la constitución de la norma penal, la cual tiene un carácter dual, conformado por una norma subjetiva de determinación y a su vez, de una norma objetiva de valoración, se tiene que al ser igualmente las causales de justificación suposiciones normativas que valoran conductas humanas de la misma forma que los tipos penales, entonces resulta necesario atender ambas facetas de la norma para poder responder a la pregunta de si el actuar del agente se encuentra justificado o no, en la medida de que concurran ambos elementos en su obrar.

A partir de todo ello, hemos logrado establecer que el contenido de los elementos subjetivos de justificación para el caso especial de la legítima defensa, son el conocimiento de la situación justificante y el ánimo defensivo del agente, tomando partido por la tesis que exige únicamente la concurrencia del conocimiento justificante para que pueda predicarse la procedibilidad de la legítima defensa.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando dicho elemento no se presenta? ¿Ha de exigirse para que el comportamiento esté justificado?

Para dar repuestas a estos interrogantes se han erigido tres posiciones diferentes dentro de la literatura científica. La primera de ellas, y sobre la cual no se ahondará más en razón a que se fundamenta en una tesis que resulta ya hoy casi insostenible acerca de la naturaleza netamente objetiva de la antijuridicidad y por ende de las causales de exclusión de la misma, pretende afirmar que solo se requiere que se den los presupuestos objetivos de justificación, para que el actuar del agente se encuentre adecuado a la legítima defensa²².

²² En mi sentir, a excepción de los casos puntuales como el de la legislación italiana, que contempla expresamente una naturaleza objetiva para las causales de justificación, no puede negarse la existencia de los elementos subjetivos en las causas de exclusión del injusto al realizar un estudio sistemático de la ley, teniendo como punto de partida los postulados actuales de la teoría del delito, que tienen como base el injusto personal.

La segunda postura, observa que ante la ausencia de los elementos subjetivos de justificación, lo procedente es el reproche por el delito consumado, puesto que subsiste el resultado típico y solo llegaría a justificarse el desvalor de resultado en sede de antijuridicidad, dejando intacto el desvalor de acto y por tanto se hace imposible predicar la juridicidad de la conducta²³.

Finalmente, aparecen posturas medias que, basándose en los argumentos estructurales y teleológicos del actual sistema dogmático, proponen diferentes soluciones mediante las cuales, existe un reproche al agente por el injusto realizado, pero el mismo no se identifica con la sanción por el delito consumado. Dentro de estas posturas, la que goza mayor acogida en la actualidad es defendida por autores de la talla de **ROXIN, JAKOBS Y KAI AMBOS**, quienes son partidarios de dar solución a estos casos problemáticos mediante la sanción por tentativa inidónea. Así **ROXIN** por ejemplo señala que *para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa (y no p. ej., por colorea o por la intención de dañar al agresor) Si el sujeto no es consciente de la situación de legítima defensa que objetivamente concurre, su acción debe enjuiciarse como tentativa imposible* (Roxin, s.f.)

Cuando se observa la solución tal y como la aporta Roxin, en primera medida, da la impresión de que dicha punición por tentativa responde a una solución político criminal, soluciones que suelen ser bastante recurrentes en su propuesta doctrinal que se fundamenta en la tesis del *pensamiento problemático*,²⁴ y frente a la que poco podríamos llegarnos a oponer, dado a que

²³No quiero avanzar de este punto sin antes hacer referencia acerca de que la temática relativa a los desvalores, actualmente resulta ser una de las discusiones más profundas en la literatura científica. Para abordar esta temática, se hace necesario desprenderse de la falacia que liga al desvalor de resultado con la lesión o efectiva puesta en peligro del bien jurídico, puesto que precisamente, en la desvaloración se tienen en cuenta factores diferentes al resultado para establecer dicho contenido. Al respecto, el capítulo cuatro buscará ahondar en lo relativo a estos puntos.

²⁴ Dicha postura puede observarse en: Roxin, Claus – Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Thomson Civitas (Primera Edición), pág. 212 y s.s.

debe tenerse claro que **ROXIN** manifiesta que las soluciones *político criminales* son respuestas prácticas, que pueden en algunos casos ser dogmáticamente incorrectas (sistemáticamente incorrectas) (Schüneman, 2012) Sin embargo, al analizar los capítulos anteriores de su obra, encontramos que la solución de la tentativa inidónea no corresponde a una solución *político criminal* aportada por el autor, ni a una que se fundamente en la aplicación analógica del instituto jurídico, sino que Roxin afirma que en dichos casos, lo que se origina es una auténtica tentativa inidónea y es en razón a ello que se debe proceder a punir al autor de dicha manera.

Señala entonces este autor que *si al sujeto le falta el elemento subjetivo de justificación (es decir, según la concepción aquí defendida: si actúa objetivamente de forma correcta, pero desconociendo la situación de justificación), entonces existe una tentativa (inidónea)... Existe una mera tentativa porque el resultado de injusto objetivamente no se ha producido y el desvalor de acción por sí solo únicamente puede fundamentar una tentativa. Se trata aquí de una aplicación directa y no solo analógica de las reglas de la tentativa.*

De la misma forma, en la literatura científica nacional, **FERNANDO VELÁSQUEZ** nos ilustra acerca de cómo se ha llegado a adoptar dicha solución por parte de la gran mayoría de la doctrina internacional de la siguiente manera: *Si en el caso concreto se configuran los elementos objetivos de las justificantes, pero falta el componente subjetivo, la conducta típica es antijurídica, aunque no por tal razón deba recibir el mismo tratamiento que la realizada por el agente sin la concurrencia de ninguno de los elementos objetivos y subjetivos. Esta es la razón por la que la doctrina se inclina por aplicar en estos casos las reglas correspondientes a la tentativa o al exceso en las causas de justificación.* (Velásquez, s.f.)

A partir de una concepción de la antijuridicidad de la conducta como la aquí defendida, según la cual, el injusto se conforma tanto por el desvalor de acción como por el de resultado, no puede

llegarse a una conclusión diferente a la que indica, que para que una conducta resulte justificada, han de excluirse ambos aspectos y no solo uno de ellos, partiendo de la base de que ya se ha corroborado la existencias de un comportamiento típico; sin embargo, se comparte de igual forma la postura de que, al concurrir un valor y un desvalor en sede de antijuridicidad,²⁵, nos encontraremos indudablemente ante un injusto reducido, en comparación a aquel, en el cual concurren ambos desvalores (acción y resultado).

Considero que la solución de dar tratamiento de tentativas inidóneas a los casos de ausencia de elemento subjetivo de justificación, responde a la aplicación del instituto jurídico que a la luz de la legislación alemana permite un abordaje más amplio de la problemática, en virtud de los criterios para la graduación del injusto. No obstante lo anterior, y como se mostrará más adelante, en la doctrina de autores de otros países, se han adoptado soluciones diferentes a partir de los institutos jurídicos que actualmente existen en cada legislación, que si bien no tienen como

²⁵ Debo en este punto aclarar, que personalmente considero que el principal argumento que lleva a varios autores a considerar auténticas tentativas inidóneas los casos de ausencia de conciencia justificante es el hecho de que se asimile el tratamiento y valoración de los desvalores de acción y resultado en sede de tipicidad, con la valoración que los mismos reciben en sede de antijuridicidad.

Resulta cierto que los desvalores tienen tratamiento en todo el injusto penal, pero ha de aclararse que resulta muy diferente la valoración que se hace sobre los mismos en la sede típica, en la cual se pregunta por la existencia de conducta dirigida a la realización del tipo y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y otra es la que se hace en sede de antijuridicidad, en donde lo que se busca es valorar o justificar bien sea la acción o el resultado, (previamente corroborados en sede típica) más no negar la existencia de ninguno como consecuencia de la justificación.

De ello se desprende que solo puede haber tentativa inidónea si no hay desvalor de resultado, esto es, inexistencia de lesión o puesta en peligro efectiva, (en sede típica, como cuando Pedro intenta matar a Juan, que ha muerto a causa de un infarto 2 horas antes) más no puede predicarse la existencia de una tentativa inidónea de un delito consumado en sede típica únicamente acudiendo al argumento de que el resultado se encuentra justificado. A manera de ejemplo: si Pedro mata a Juan en legítima defensa, nadie dudará de la existencia de un homicidio consumado, (en sentido típico) de la misma forma que nadie dudará la juridicidad de la conducta, en virtud de que la misma se ha ocasionado en el contexto de una causal de exclusión de la antijuridicidad de la conducta. A dicha conclusión se llega claramente, a partir de una concepción tripartita del delito, donde si bien, tipo y antijuridicidad conforman el injusto, no puede considerarse que la exclusión de la antijuridicidad torne atípica la conducta, lo cual es una consideración propia de autores que adoptan una postura bipartita fundada en la corriente denominada como *de los elementos negativos del tipo*, para quienes resultará más sencillo aportar como solución la tesis de la tentativa inidónea, partiendo de la base de que en el injusto se pueden valorar de forma conjunta todos los elementos que componen tanto la tipicidad como la antijuridicidad. No obstante, tampoco considero factible que a partir de estas teorías, pueda sostenerse la tesis de la tentativa inidónea como solución a los casos objeto de estudio, a partir de la definición propia de la tentativa misma como dispositivo amplificador del tipo penal (prohibitivo), esto es, la no consumación de la conducta.

propósito regular dichos casos de forma concreta, sí se aportan como soluciones para evitar las lagunas de punición propias de los vacíos legislativos y de la escasa producción jurisprudencial, que a la fecha rodea la temática de los elementos subjetivos en el injusto.

Dado a que esta posición²⁶ conforma la postura dominante dentro de la literatura científica y el presente trabajo pretende refutarla, en razón a que se considera que la misma es una solución dogmáticamente incorrecta, se procede entonces a realizar una crítica a la tesis de la tentativa inidónea como una solución dogmática de los casos en los cuales existe la ausencia del elemento cognoscitivo en la legítima defensa.

Debe advertirse desde ya, que la literatura científica de nuestro país ha sido tímida a la hora de proponer una solución a estos casos problemáticos, para los que apenas se encuentran soluciones, o bien apoyándose en las tesis a día de hoy insostenibles que consideran la antijuridicidad como una categoría netamente objetiva, o bien afirmando que el fenómeno corresponde a una tentativa inidónea, que como se pasará a demostrar, dicha solución solo constituye una respuesta a partir de la aplicación del pensamiento problemático o de la analogía en lo que respecta al sistema del derecho penal Alemán, y al Europeo en general, donde resulta bastante común la punición de conductas consideradas como tentativas inidóneas.

No obstante, debe antes hacerse una advertencia referente a que, a partir de un estudio realizado a las diferentes soluciones que la doctrina de diferentes países han dado a esta problemática, la mayoría de autores terminan recurriendo por adoptar la solución que más se asemeja a lo que a su juicio, resulta ser una acción típica no justificada, pero con un injusto reducido, en atención a la exclusión del desvalor del resultado. Ha sido así como además de las tres posturas anteriormente mencionadas, algunos autores recurren a dar solución a la problemática, mediante la punición como delito putativo o a partir de la aplicación de la

²⁶ La sanción a través de las reglas de la tentativa imposible.

justificante incompleta, institutos jurídicos debidamente positivizados en cada legislación como se mostrará enseguida:

En la doctrina uruguaya, el profesor **GONZALO FERNÁNDEZ** en su obra expone que, si bien considera que la solución de la tentativa inidónea es un su sentir, el instituto más próximo para solucionar la problemática, dentro del código penal de dicho país existe una figura que puede llegar a abarcarla de la siguiente manera:

Paradójicamente, sin embargo, en el derecho penal uruguayo el caso del error inverso de justificación sí se subsume dentro de la figura del delito putativo consignada por el art. 8, inc. 1º, del Código Penal, como “el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo”. No es por consiguiente un supuesto de justificación putativa, sino la materia del delito putativo, eventualmente merecedor de la imposición de medidas de seguridad del sujeto.

En definitiva: el error inverso de justificación constituye un error inverso de tipo permisivo, en el cual media la realización objetiva de un tipo permisivo (v.gr.: una conducta abarcada bajo el alcance de una causa de justificación), mas ello se ejecuta sin que el autor sepa que está realizando una acción objetivamente permitida (falta el elemento subjetivo de justificación). Sintéticamente expuesto, en la especie se realiza el tipo objetivo de la causa justificante, pero no el tipo subjetivo que aquella demanda para completar la congruencia del supuesto de exclusión de la licitud. (Fernández, 2015)

Por otra parte, en lo que a la doctrina española se refiere, **VALLE MUÑIZ** realiza un estudio de la legislación de ese país, llegando a la conclusión que la reducción del injusto en sede de

antijuricidad, en razón a exclusión del desvalor del resultado, puede verse abarcada por el instituto de la justificante incompleta:

Como es sabido, nuestro Código penal recoge en el artículo. 9-1º como atenuantes especialmente cualificadas a las eximentes incompletas. Esto es, a las eximentes del artículo anterior, "...cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos." El trato punitivo dispensado, también conocido es la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, pudiéndose imponer, a su vez, en el grado que los Tribunales estimaren conveniente, atendiendo el número y la entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren (art. 66 CP). (Valle, 1994)

Seguidamente, el mismo autor explica dicha conclusión de la siguiente manera:

Ciertamente, si la explicación de las causas que eximen de responsabilidad criminal se fundamenta en la exclusión del injusto o de la culpabilidad, su apreciación incompleta podrá permitir la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, en la medida en que se constate na disminución de la intensidad de la desvalorización de la conducta, o del reproche de culpabilidad por el hecho cometido. En conclusión, la falta de un elemento requerido por una causa de justificación permitirá su apreciación como incompleta, en la medida en que ello disminuye la gravedad del injusto, y solo en este supuesto. (Valle, 1994)

De todo lo anterior se colige, que dentro de nuestro sistema jurídico contamos con una gran deficiencia al respecto de la solución de todas aquellas problemáticas que hacen referencia al elemento subjetivo de justificación, puesto que, como se verá en el siguiente apartado, ninguna de las soluciones acabadas de exponer podrían aplicarse a día de hoy en Colombia, atendiendo a

que no se encuentran concebidas dentro de nuestro ordenamiento, lo cual nos señala un claro déficit que trae como consecuencia lagunas de punición.

Este panorama resulta preocupante, atendiendo que detrás de esta temática que suele denominarse como *casos de manual*²⁷, existe una problemática que toca varios de los puntos que componen el estado actual de la discusión del desarrollo de la ciencia del derecho penal, como lo es, la postulación de una teoría de las normas que dote de sentido el edificio dogmático.

Se procede entonces en un primer momento, a exponer los distintos argumentos que rechazan la solución de la tentativa inidónea como una aplicación directa de dicho instituto jurídico a los casos problemáticos expuestos, para de forma posterior, aportar dos soluciones partiendo de la base de la legislación colombiana vigente.

3.1 Refutación de la Aplicación Directa de la Tentativa Inidónea en Sede de Antijuridicidad en los Casos de Ausencia del Conocimiento de Justificación

En primera medida debe señalarse lo siguiente. Una conducta como manifestación de voluntad del agente, o de su personalidad (según los postulados de los conceptos final y personal de acción) es típica cuando corresponde con la descripción que contiene la norma penal prohibitiva, esto es, el tipo penal.

Por tanto, a la hora de tipificar una conducta punible debe verificarse la existencia de todos y cada uno de los elementos que constituyen la infracción penal, siendo parte de ellos el resultado propio del tipo.

²⁷Siempre ha considerado que la denominación de *casos de manual* resulta ser bastante odiosa y por momentos despectiva para quienes dedican obras enteras a la solución de dichas problemáticas. Creo firmemente que los casos de manual, no resultan relevantes para cierto sector de la doctrina hasta que ocurren en la práctica, razón la cual, considero que es precisamente ésta una de las labores principales de la dogmática: otorgar soluciones a todas las posibles soluciones que puedan acontecer en pro de otorgar seguridad jurídica y de dotar de sentido al sistema.

No obstante lo anterior, existen formas de incurrir en una descripción típica aun cuando no se realiza en su totalidad el supuesto de hecho que la misma norma contiene; hago aquí alusión a los dispositivos amplificadores del tipo, como lo son la tentativa y la participación.

De manera general, podemos definir la tentativa como un dispositivo amplificador de la tipicidad de todos los delitos dolosos (comisivos y omisivos). Lo anterior quiere decir, que el agente no solo comete la conducta punible cuando realiza el tipo a cabalidad llevándolo hasta la consumación, sino también, cuando se han realizado los actos ejecutivos (idóneos e inequívocos si se quiere partir de la concepción del dispositivo en la ley 599 de 2000²⁸) direccionados a la realización del tipo. En dichos eventos, la conducta también será punible en virtud de la tentativa.

Las definiciones conceptuales de la tentativa son múltiples y obedecen a diferentes criterios a partir de las diferentes teorías objetivas, subjetivas y mixtas. A continuación se citan algunas de ellas:

“Cualquier acto externo que por su naturaleza conduce inequívocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad a ese resultado, pero al cual éste no lo sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior equivalente al que se va a violar.” **CARRARA**

“Es el comienzo de ejecución de un delito determinado, que no se realiza conforme al plan del autor por interrupción accidental de los actos ejecutivos o frustración de resultados.” **JIMÉNEZ DE ASÚA**

²⁸ Artículo 27, ley 599 de 2000: *El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. (negrillas propias)*

*“Es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito.” **WELZEL***

*“El delito tentado un defecto en el resultado en relación con la intención del sujeto; o sea, que el delito propuesto no llega a perfeccionarse, y el proceso causal se detiene en un momento antecedente al de la consumación.” **ESTRADA VÉLEZ***

*“Es la conducta que se halla entre la preparación y la consumación, siendo claramente determinable el límite que la separa de la consumación, pero siendo sumamente problemática su delimitación respecto de los actos preparatorios.” **E. R. ZAFFARONI***

*“Existe conducta típica tentada cuando el autor de manera dolosa da comienzo a la ejecución del tipo penal, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad.” **FERNANDO VELÁSQUEZ V.***

*“Es la creación, a través de medios materiales, de un peligro que, enjuiciado sobre la base de la representación del autor, resulta próxima a la realización típica; o bien, cuando ya ex ante es previsible la carencia de peligrosidad de dicha acción, una infracción típica de la norma que, a juicio del legislador, constituya una perturbación del derecho de cierta entidad.” **CLAUS ROXIN***

Una definición que comprende las demás, sin acudir a criterios subjetivos y objetivos, es aquella la que define como la exteriorización (mediante actos ejecutivos) de la voluntad del agente en el mundo fenoménico, dirigida a la consumación de una conducta punible determinada. Podrá ser idónea o inidónea de acuerdo a los medios empleados por el agente o al objeto frente al cual se dirige su voluntad, (es decir la peligrosidad de los mismos desde un punto

de vista *ex ante*) y su punibilidad siempre obedecerá a criterios de la política criminal que se establezca a partir de los fines de la pena y de la forma de Estado que se adopte.²⁹

Como puede observarse, existen múltiples definiciones de tentativa, las cuales se encuentran condicionadas no solo a la corriente a la cual resulten más afines sus postuladores sino al principio de legalidad y a las políticas criminales de cada Estado, que en últimas, son las que determinan desde qué momento de *iter criminis* se pune. Pese a ello, existe un común denominador en todas las definiciones de tentativa como dispositivo amplificador del tipo, y este es, que solo puede existir tentativa cuando no se alcanza la consumación, es decir, cuando no se concreta el resultado que exige el tipo.

ROXIN es claro al afirmar que a partir de la tentativa se busca sancionar aquellas conductas próximas al tipo, y no a la lesión al bien jurídico, criterio que ha de ser determinante a la hora de adentrarnos en el estudio de este instituto jurídico, máxime porque ello connota que el fin del derecho penal es prevenir acciones tendientes a generar resultados prohibidos, y no simplemente sancionar porque se han generado resultados.³⁰

La tentativa es la creación, a través de medios materiales, de un peligro que, enjuiciado sobre la base de la representación del autor, resulta próximo a la realización típica; o bien, cuando ya ex ante es previsible la carencia de peligrosidad de dicha acción, una infracción típica de la norma que, a juicio del legislador, constituya una perturbación del Derecho de cierta entidad. (Roxin, s.f.)

²⁹ A partir de un análisis de la literatura científica comparada, la cuestión de que las tentativas inidóneas sean o no punibles se ve reducida a una discusión meramente político criminal, esto es, que cada Estado a partir de su libertad legislativa, escoge desde qué momento es punible el comportamiento y mediante qué medios se considera que puede haber una amenaza al bien jurídico, si es que quiere recurrirse al criterio de la lesividad como una delimitación de la punición. Es así como contrario a lo que señala cierto sector doctrinal nacional, sí puede ser punible una tentativa inidónea en el marco de un derecho penal de acto, como sucede por ejemplo, en países como Alemania y España.

³⁰ La protección al bien jurídico puede soportarse bien en la punición por la generación de un resultado lesivo en el mismo, tanto por la sanción de conductas dirigidas a la afectación de dichos bienes, motivo por el cual, aún desde una concepción del derecho penal como mecanismo de protección de bienes jurídicos, no puede excluirse la posibilidad de sancionar acciones que no generen el resultado contenido en el tipo penal.

Así mismo, el mismo autor es claro al relacionar la tentativa con la proximidad a la realización del tipo penal:

El derecho penal alemán es un derecho penal de la tipicidad. Tanto la tentativa idónea como la tentativa inidónea peligrosa se ubican en el ámbito delimitado por la misma: la tentativa idónea es una cuasi-realización del tipo penal y un hecho típico de peligro sui generis, que se asemeja a un delito de peligro concreto y que, por consiguiente, se suma a las formas de delito reconocidas. Ello se corresponde con el hecho de que tanto la tentativa idónea como la puesta en peligro constituyan etapas del curso hacia la consumación. La tentativa inidónea peligrosa, por su parte, se asemeja a un delito de peligro abstracto, puesto que, en una consideración ex ante, la realización de la conducta típica aparecerá como seriamente posible. (Roxin, s.f.)

Frente al caso particular de la tentativa inidónea señala:

Dado a que la tentativa inidónea, en todas sus formas de aparición, expresa la voluntad delictiva del autor, del mismo modo que la tentativa idónea, su merecimiento de pena no fue puesto en duda. Con ello sin embargo, se estaba olvidando el hecho de que también la tentativa conlleva su propio desvalor de resultado, que puede ser de muy diversa gravedad y que puede incidir de forma relevante sobre el merecimiento de pena. (Roxin, s.f.)

Así finalmente, el profesor alemán en el apartado de su obra (Roxin, s.f.) relativo a las clases de tentativa inidónea, señala que la misma se genera de la existencia de un objeto inidóneo, la utilización de medios inidóneos, la tentativa con medios inidóneos sobre medio inidóneo y la tentativa de sujeto inidóneo; todos ellos relativos al ámbito de la tipicidad y sobre los cuales no encajan los casos de desconocimiento de la situación objetiva de justificación, puesto que en

dichos casos, se ha superado claramente el escenario de la tipicidad mediante la consumación del hecho típico.

Es entonces la tentativa un problema de tipicidad, puesto que es un dispositivo amplificador de la misma, es decir, una forma de incurrir en la conducta descrita en el tipo cuando no se alcanza el resultado.

Proponer que en sede de antijuridicidad, frente a la no justificación de una conducta por la ausencia del conocimiento de la situación justificante (ausencia de elementos subjetivos de justificación), deba sancionarse al autor por tentativa inidónea, no es solo una regresión en el esquema dogmático del delito, sino además, resulta contrario a la concepción de la tentativa misma, puesto que si la tentativa es la no consumación del delito, sancionar por tentativa inidónea al autor de un homicidio justificado objetivamente sería equivalente a concebir que no existió dicho homicidio.

Una cosa es afirmar la juridicidad del desvalor del resultado en sede de antijuridicidad, es decir que el resultado no sea reprobado al realizar un juicio objetivo frente al ordenamiento jurídico, y otra cosa muy diferente es señalarlo como tentativa, puesto que ello implicaría la inexistencia del resultado típico. De forma más clara, el hecho de que el resultado exista pero esté justificado, trae consigo que no esté valorado como antijurídico (valorado negativamente al ser contrastado con el ordenamiento jurídico en abstracto, al menos en lo atinente al desvalor de resultado) más no como inexistente o que el mismo no se haya concretado, siendo este último escenario el requisito esencial para cualquier concepción de tentativa.

Debe recordarse que siempre que se entra a realizar el juicio de antijuridicidad, es porque previamente se ha corroborado la tipicidad de la misma, por tanto, no es correcto intentar dar

solución de tentativa a una conducta que se caracteriza precisamente por la consumación.

Comparto totalmente la conclusión de **VALLE MUÑIZ** al entender que:

La capacidad expresiva de la tipicidad se agota, precisamente, en esto: mostrar la relevancia penal de la conducta, pues se detecta una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Por ello, en segundo lugar, la afirmación del injusto penal requiere que esa desvaloración típica se vea confirmada en un contexto axiológico mucho más amplio. En este segundo estadio al que solemos denominar antijuridicidad, la conducta penalmente relevante es sometida a la confrontación de otros intereses y valoraciones provenientes de la totalidad del ordenamiento jurídico, aportados, claro está, por las causas de justificación. Solo cuando la carga negativa del tipo no es compensada por las aportaciones positivas de una causa de justificación podrá emitirse un juicio definitivo de desvalor sobre la conducta. (Valle, 1994)

Y en este mismo sentido:

No es posible aceptar la tesis de la justificación separada porque el valor de acción y los presupuestos objetivos (con o sin valor de resultado) exigidos en la causas de justificación no pueden servir para “eliminar” los desvalores presentes en el tipo, sino que solo pueden producir sus efectos excluyentes en el ámbito de la antijuridicidad. Desde este punto de vista, en los casos de ausencia del elemento subjetivo de justificación no existe una tentativa. (De la Fuente, 2008)

La existencia de una causa de justificación sólo produce efectos en el ámbito de la antijuridicidad, y deja subsistente el carácter típico de la conducta. Por más que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos del precepto permisivo, los desvalores de acción y resultado correspondientes al tipo de lo injusto siguen presentes. La causa de

justificación no elimina ni excluye la acción típica realizada, sino tan sólo la autoriza. Es decir, el ordenamiento jurídico concede un permiso especial al autor para violar la norma y lesionar el bien jurídico, pero la acción típica se encuentra realizada o consumada. (De la Fuente, 2008)

Lo anterior nos muestra, que la sanción por tentativa inidónea no resulta ser una respuesta que esté acorde a la sistemática de la estructura del delito, sin embargo, a partir de funcionalismo teleológico, fundado en los fines y nutrido por el pensamiento problemático que caracteriza principalmente a la corriente *roxiniana*, podría decirse que es una solución que se brinda acorde a que al encontrarse frente a un hecho no justificado, debe procederse a buscar un instituto jurídico que permita sancionar dicho comportamiento, y es ahí donde se ha adoptado mayoritariamente por acoger la tesis de la tentativa inidónea como respuesta a la problemática. Aquí puede observarse claramente la aplicación del pensamiento sistemático a aquellos problemas que no encuentran una solución a partir de la estructura del delito, puesto que si no fuera de esta manera, o de alguna de las formas en las cuales se ha solucionado en los diferentes autores que han sido expuestos, frente a la inexistencia de un instituto jurídico que regule el caso concreto entonces debería procederse a sancionar por el delito consumado, a menos de que concurra algún supuesto exculpante o que atenúe la responsabilidad del autor.

Otro de los argumentos que se han erigido alrededor de la temática en cuestión, afirma que la solución de punir por medio de la tentativa inidónea al autor que actuó sin el conocimiento de la situación justificante, tiene su fundamento, entre otras cosas, en el tratamiento igualitario del

error³¹. Se ha afirmado entonces, que de la misma manera en que el agente, puede recibir una disminución de la pena en los casos de legítima defensa putativa, en los cuales se excluye el desvalor de acción pero no el de resultado, entonces de la misma manera debe resolverse el caso contrario, es decir, aquel en el que se excluye el resultado pero persiste la acción desvalorada.

Por ello el nuevo Código Penal, al positivizar las normas contentivas de las causales de justificación, utiliza preposiciones que en el evento cumplen la función gramatical de dar contenido subjetivo a la frase que define la causal.

La consecuencia de todo lo expuesto es que ante la presencia de un desvalor de acto y un desvalor de resultado, se establece el injusto; de un valor de acto y un valor de resultado aparece la justificación; de un valor de acto y un desvalor de resultado habrá injusto, pero circunstanciado por un error; y, por último, ante la presencia de un desvalor de acción y un valor de resultado se estará, siempre que la decisión de obrar contra derecho sea manifiesta, ante el comienzo de la ejecución de una conducta punible cuyo resultado objetivo no se da, lo que equivale a una tentativa imposible. (Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2011)

A dicho argumento resulta necesario controvertirlo de la siguiente manera:

i) En primera medida, se ha querido argumentar que debe darse un trato igual a los errores que surgen sobre los elementos constitutivos del injusto, y de esta manera, resolver los casos en los cuales se excluya bien sea el resultado o la acción. No obstante lo anterior, dicho argumento carece de sentido en un sistema jurídico como el nuestro, en el cual no existe la responsabilidad penal por tentativa inidónea. Respecto a este punto, puede dejarse a modo de reflexión si resulta

³¹ Entiendo que los casos *sub examine* constituyen un error inverso, teniendo como punto de partida los casos de legítima defensa putativa que constituyen errores de prohibición indirectos en el entendido de que se presentan los elementos subjetivos de justificación, sin que concurran los objetivos. La regulación de nuestro código de dichos casos de error de prohibición, dan muestra de que un estudio sistemático de nuestra ley positiva debe conducir ineludiblemente a la existencia de los elementos subjetivos de justificación y de la adopción del injusto personal.

lógico que un ordenamiento jurídico considere inconstitucional la punición por tentativa inidónea, mientras que cada vez más se hacen presentes en la legislación los tipos de peligro abstracto, es decir aquellos que no requieren como resultado una lesión o efectiva puesta en peligro de un bien jurídico tutelado. Eso a manera de reflexión en lo referente a la contradictoria política criminal adoptada por nuestro Estado, lo cual no tiene nada de problemático en sí mismo, desde el punto de vista de la libertad de configuración legislativa, sino más bien, el disenso radica, en que se argumente la no punición de la tentativa inidónea teniendo como base que la misma es contraria a los principios constitucionales y al principio de lesividad, cuando en realidad nuestro código se caracteriza por contener una gran cantidad de tipos penales de dichas características.

ii) Y en segundo lugar, y aún más importante, se ha querido establecer que la punición por tentativa inidónea corresponde a un caso de error sobre el cual el agente, en virtud del principio de igualdad en el tratamiento de los mismos, debe de obtener un beneficio, o al menos, no ser sancionado por el delito doloso consumado. Debe decirse que dicho argumento carece de sentido, puesto que la fundamentación de los errores en la ciencia penal, y la reducción de la sanción, bien sea mediante la disminución de la pena o de la sanción por el delito culposo, de acuerdo a la teoría que se adopte y sobre el objeto del error, se fundamentan en la voluntad de actuar conforme a derecho por parte del agente, o al menos, en la creencia del mismo de incurrir en un ilícito de menor gravedad, como sucede en los casos señalados por los numerales 10º inciso segundo³² y 12º³³ del artículo 32 de la ley 599 de 2000.

³² Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

³³ El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

Cuando la legislación le otorga un tratamiento diferente al autor, al que debería dársele de acuerdo a lo que logra en el plano objetivo, por ejemplo en el error de tipo o en el de prohibición, el mismo se fundamenta en que existe una distorsión entre lo sucedido y lo que el mismo se representa, y por tanto, al comportarse, no tuvo la voluntad de contrariar la norma que a la postre termina transgrediendo (haciendo referencia a la norma subjetiva de determinación).

Así, cuando el agente pretende dar a un maniquí y en su lugar da muerte a otro hombre, incurre en un error y su tratamiento podrá ser la sanción por delito culposo o la no punición de acuerdo a la vencibilidad del error (capacidad de actualizar el conocimiento sobre el objeto sobre el cual recae el error).

Todo lo contrario ocurre en el caso en el cual Pedro quiere dar muerte a Juan, y al dispararle descubre que este último estaba a punto de dar muerte a María, puesto a que Juan, en todo momento ha conocido los elementos constitutivos de su actuar homicida, ha violado tanto la norma objetiva de valoración como la subjetiva de determinación, y por tanto, no nos encontramos en un supuesto de error que deba tener un tratamiento igualitario a los demás tipos conocidos, puesto que en éste no existe una voluntad de actuar conforme a derecho, sino todo lo contrario, un dolo antijurídico³⁴.

Sin embargo esta postura –la del planteamiento del tratamiento igualitario de los errores sobre los elementos del injusto- permite dar sustento a la posición defendida, puesto que al igual que en los casos de legítima defensa putativa -en los cuales solo concurren los requisitos subjetivos

³⁴ Debe aclararse igualmente que como se referenció arriba, el tratamiento de los errores sobre los elementos del injusto demuestran una clara tendencia subjetivista de la legislación interna colombiana, propia de un sistema que conserva las bases de los postulados alcanzados por el finalismo, especialmente el de mantener el injusto como injusto personal, es decir un comportamiento típico y antijurídico referido al autor. Es por ello que en el tratamiento de los errores sobre los elementos del injusto, puede observarse no solo la existencia de los elementos subjetivos en el injusto, si no de su importancia y de su prevalencia frente a los objetivos que lo componen. Es así como por ejemplo, en los errores de prohibición se atenúa o se excluye de responsabilidad al agente de una conducta que es objetivamente antijurídica, pero que atendiendo a la ausencia del desvalor de acción, pueden conducir incluso a la exclusión de la culpabilidad, dependiendo de la vencibilidad del error.

de justificación- no se predica la juridicidad de la conducta, por las mismas razones no se puede predicar que no ha existido un injusto cuando solo concurren los elementos objetivos de justificación. Tema distinto es el de si el grado del injusto es el mismo a cuando no concurren en absoluto los requisitos de justificación, el cual será abordado más adelante cuando se proponga una solución a la luz de la legislación nacional.

3.2 Propuesta Frente a las Lagunas de Punición a Partir de la Legislación Colombiana: Los Excesos en las Causales de Justificación y la Tentativa como Dispositivo Gradual del Injusto

Según lo expuesto hasta el momento y mediante la refutación de la tentativa inidónea como la solución punitiva para los casos objeto de estudio, se tiene que lo correcto dogmáticamente, sería sancionar al agente por el delito consumado, aplicar analógicamente un instituto existente, o bien, crear un nuevo instituto jurídico cuya esencia misma sea la de dar solución a los casos expuestos.

Con mayor razón debería regularse esta problemática, si se tiene en cuenta que la posición dominante ha adoptado la tesis de la tentativa inidónea, figura que no es punible dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo entonces de una concepción dual del injusto, conformado por ambos desvalores (acción y resultado), como consecuencia de las normas tanto subjetivas de determinación como objetivas de valoración, (dirigidas al ciudadano y al juez respectivamente) debe llegarse a la conclusión, que de presentarse una exclusión del desvalor del resultado por la concurrencia de los elementos objetivos de justificación, si bien no puede predicarse la exclusión de la

antijuridicidad de la conducta, el grado del injusto es menor al que se presenta en una acción antijurídica, en la cual se presentan ambos desvalores. Es en razón a ello que a continuación se proponen dos soluciones a la problemática planteada: i) la primera de ellas, a partir de una aplicación analógica de un instituto jurídico existente en la actualidad, y, la segunda, ii) como una propuesta del autor a partir de la concepción del argumento de la equiparación entre tipos prohibitivos y permisivos.

3.2.1 Los Excesos en las Causales de Justificación – El Supuesto del Inciso 2° del Numeral 7° del Artículo 32 del Código Penal.

Al realizar un estudio detenido de la ley 599 de 2000, se concluye que si bien no existe un instituto jurídico que en su esencia haya sido creado por el legislador, con el propósito de tratar los casos de ausencia de conocimiento y voluntad justificantes, si existe uno que permite la graduación del injusto, si se realiza una aplicación analógica favorable al procesado, esto atendiendo a que de no ser así, debería procederse a sancionar de la misma forma en que se reprocha al autor por un injusto totalmente desvalorado.

El instituto jurídico al que hago referencia es el contenido en el inciso segundo del numeral 7° de nuestro código penal, que es considerado por la doctrina como “los excesos en las causas de justificación”.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

La doctrina nacional es clara en señalar cuál es la razón de ser de la existencia de dicho instituto jurídico en el ordenamiento actual, concluyendo que la legislación no puede ser ajena a

una realidad de la sociedad colombiana, en donde resulta común, que en el ejercicio de las causas de justificación, se incurra en excesos sobre los límites de las mismas, como por ejemplo cuando Juan, repele de un disparo a su agresor que se acerca con una tabla de madera.

Así, **FERNANDO VELÁSQUEZ** afirma que:

Esta situación no pasa inadvertida para el legislador, quien consciente de ello prevé un tratamiento especial para el excedido, que difiere del otorgado a la persona que en ningún momento ha pisado los linderos propios de la justificante; ello es apenas obvio, pues en los casos de exceso el grado de injusto es menor, lo que –en cumplimiento de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad- se traduce en un menor grado de exigibilidad y por ende de punibilidad, sea que el agente haya actuado de manera consciente o inconsciente, en una situación de error o no. Este parece ser el fundamento dogmático de la institución; pues, desde el punto de vista político criminal, responde a las particulares condiciones sociopolíticas del país, lo cual explica la extensión de la formulación a todas las causas de justificación, sin las restricciones propias de otras legislaciones. (Velásquez, s.f.)

Es de anotar, que la existencia de un exceso en las causales de justificación, señaladas por el inciso segundo del numeral séptimo del art. 32, contempla únicamente la existencia del exceso, más no evalúa la posibilidad de que el mismo haya sido producto de un error de prohibición indirecto que verse acerca de los límites de la justificante, motivo por el cual, me inclino a considerar que el instituto de los excesos en la causales de justificación, arropa tanto a los supuestos en los cuales el agente es consciente de incurrir en un exceso, transgrediendo los

límites de la causal, como de los casos en los cuales dicho exceso, es producto de un desconocimiento de los límites propios de la justificante³⁵.

A manera de conclusión, puede decirse que el instituto jurídico de los excesos en las justificantes, tiene como razón de ser la atenuación de la responsabilidad penal del autor que repele una agresión injusta, (en el caso de la legítima defensa) sin que concurren todos los requisitos objetivos la causal exige, pero que en algún momento concurrieron.

La regulación de los excesos en las causas de justificación, no es exclusiva de la legislación colombiana y ha sido tratada a su vez en la doctrina internacional, donde se le contempla principalmente con una causal reductora del injusto, de la culpabilidad o incluso de ambas dependiendo del supuesto de hecho que se examine (por ejemplo frente a los casos en que el exceso se produce por estados pasionales del agente como lo son el miedo y la ira).

La regulación de los supuestos que cobija el instituto jurídico en mención, si bien no corresponde con la problemática de la ausencia del conocimiento de la situación justificante, sí permite la graduación del injusto y por ende, la reducción de la pena a imponer, en virtud de la exclusión de valoración negativa del resultado.

He de aclarar que si bien no hemos de conformarnos con la aplicación del instituto en mención, para resolver la problemática aquí planteada, sí arroja una solución orientada a la circunstancia especial que se desprende de que, no debe sancionarse de la misma manera un acto plenamente antijurídico, como es aquel donde concurren ambos desvalores, como en aquel donde solo concurre el desvalor de acción.

³⁵ Frente a estos supuestos, me inclino por considerar que si el exceso es producto de un error de prohibición indirecto, que recae sobre el límite de la justificante, deberá tenerse en cuenta la concurrencia de ambas causales de ausencia de responsabilidad para la graduación de la pena a imponer, ello atendiendo a que además, de resultar más favorable al reo, no existe prohibición alguna en la legislación que señale la imposibilidad de concurrencia de casuales de reducción o exclusión de la responsabilidad.

Dicho lo anterior, procedo a realizar la exposición de lo que sería una propuesta para la creación de un nuevo instituto jurídico, que permita la graduación del injusto en sede de antijuridicidad, pensado especialmente en los casos de ausencia del conocimiento justificante.

3.2.2 La Tentativa Como Dispositivo Amplificador Del Tipo Permisivo

Finalmente, aun cuando el presente trabajo ha tenido entre sus objetivos refutar la tentativa inidónea como solución punitiva a los casos de ausencia de elemento subjetivo de justificación, ha de realizarse una conclusión acerca de lo que podría ser un progreso de la dogmática penal moderna y acorde a la concepción y evolución de los tipos permisivos.

Resulta importante aclarar, que como bien se hizo referencia en la introducción de este trabajo, lo importante dentro del desarrollo de la ciencia dogmática no es el “qué” se dice sino el “por qué” de lo que se dice. Es por esto que una vez que debieron abordarse distintas temáticas y posturas, con el propósito de dar trámite a los problemas jurídicos que componían este texto, si bien debo mantener la postura de que la tentativa inidónea, a día de hoy, no es aplicable como una solución directa – a diferencia de lo afirmado por la posición dominante-, dicho instituto puede constituir una verdadera solución para los casos expuestos, si se siguen las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se tiene que la tentativa, como bien se ha señalado, es dispositivo amplificador del tipo prohibitivo, lo cual se desprende de toda la literatura científica que existe para la elaboración y desarrollo del instituto jurídico.

El hecho de que la misma haga parte de la tipicidad de la conducta y que requiera especialmente de la no consumación del resultado típico, ha conformado en gran parte la

argumentación central mediante la cual, se procedió a refutar la tesis de su aplicación directa a los casos problemáticos *sub examine*. Sin embargo, de acuerdo a los postulados de la ciencia penal moderna, mediante los cuales, entre otras cosas, se han concebido a las causales de justificación como auténticos tipos permisivos de conductas típicas, esto es, jurídico penalmente relevantes, entonces se tiene que si la tentativa es, un dispositivo amplificador del tipo, mediante el cual se puede incurrir en una conducta prohibitiva aun sin la concreción del resultado, entonces la misma también debería aplicarse a todas las figuras que están estructuradas dentro de la dogmática en forma de tipos penales, como vendría siendo el caso de las causales de justificación (tipos permisivos), puesto que tienen como propósito analizar una determinada conducta humana; conducta que como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, siempre ha de estar compuesta por elementos objetivos y subjetivos (concepción que tardó años en acuñarse y sobre la cual no debe retrocederse).

Constituiría entonces la tentativa, un dispositivo que permitiría graduar la antijuridicidad del comportamiento típico (graduación del injusto de acuerdo a la concurrencia de los desvalores), mediante la cual el agente, podría incurrir en una conducta antijurídica de menor grado de reproche, cuando se ha generado el resultado propio del tipo permisivo, en aquellos casos en los cuales concurren exclusivamente los elementos objetivos de la legítima defensa, esto es, el resultado objetivamente justificado, en razón a que prevalece desvalor de acción del comportamiento típico acompañado de una voluntad antijurídica (de enemistad al derecho).

Dicho de otro modo, la aplicación de la tentativa tendría diferentes objetos de valoración en sede de tipicidad y en sede de antijuridicidad, de igual forma como sucede en relación a los desvalores y valores para la conformación de los tipos permisivos y prohibitivos.

No debe entonces realizarse un examen de la tentativa, que pertenece al ámbito típico, en sede de antijuridicidad, puesto que en estos casos ya se ha establecido la consumación de la conducta, sino que es procedente el análisis de la tentativa propia de la antijuridicidad, esta es, *el valor de acción* compuesto por los elementos subjetivos de la causal y a su vez, *el valor de resultado* justificado, compuesto por los elementos objetivos justificantes. La aplicación del instituto jurídico en sede de antijuridicidad, devendría entonces de que el resultado exigido en el tipo permisivo se da, y por tanto, no habría lugar a una responsabilidad por la antijuridicidad de la conducta en todo su esplendor, teniendo en cuenta que al permanecer intacto el desvalor de acto, violatorio de la norma subjetiva de determinación, tampoco resulta posible predicar la juridicidad plena de la conducta del agente.

De esta manera, se reafirma que la solución de la tentativa que aquí se propone, a partir de un desarrollo dogmático moderno, nada tiene que ver con la valoración de acción y resultado propios de la tipicidad y generadores de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, sino como dispositivo que permite la graduación del injusto, atendiendo a la antijuridicidad de una conducta típica, dolosa y consumada; a partir de los principios *individual* y *supra-individual*³⁶ que dan vida a la legítima defensa y a una teoría de las normas de carácter dual.

Ahora bien, particular estudio merece el hecho de que la solución adoptada por la doctrina mayoritaria y a su vez, la variante a la misma que acaba de proponerse, no tendrían sanción alguna dentro del marco del ordenamiento jurídico colombiano. De igual manera, llama la atención el poco desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal a nivel nacional referente a la temática de los elementos subjetivos del injusto, lo cual no deja de ser preocupante básicamente por dos razones.

³⁶ Expuestos a profundidad en los capítulos 1 y 2 del presente trabajo, cuando se abordó la naturaleza, evolución y fundamentación de la legítima defensa como instituto jurídico.

La primera, al escaso interés de abordar una temática que desde hace décadas, hace parte de las más arduas discusiones de la ciencia penal, y la segunda, que los pocos autores que han decidido abordar la temática, se mantienen en la antigua tesis de la antijuridicidad objetiva o se muestran conformes con la solución de la tesis de la tentativa inidónea, la cual como se ha referenciado en diferente oportunidades, lleva a lagunas de punición dentro de la legislación actual.

Compone entonces una verdadera tarea para la legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacional, comenzar a ahondar acerca de esta temática, a fin de no solo salir del atraso en el cual nos encontramos actualmente, sino de tomar parte activa de la discusión de una de las temáticas que actualmente se encuentra en desarrollo.

Finalmente en lo que a punición (graduación de la sanción) se refiere, el instituto deberá permitir la graduación del injusto teniendo como máximo, uno inferior al de la sanción por el delito consumado, puesto que precisamente, como bien se ha expuesto a lo largo de la presente investigación, la razón de ser del instituto ha de ser la posibilidad de distinguir entre un hecho plenamente antijurídico, de uno en el cual no concurren todos los elementos de desvaloración de la conducta.

La redacción de dicho instituto podría ser la siguiente:

TENTATIVA COMO DISPOSITIVO EN LOS TIPOS PERMISIVOS: *La reglas de la tentativa serán aplicables frente a las causales de justificación. Cuando en el desarrollo de un actuar típico, concurren los requisitos objetivos de justificación, más exista una carencia de los elementos subjetivos de la misma, el juez procederá a graduar el injusto, de acuerdo al grado del desvalor de la acción desplegada por el agente, imponiendo*

para ello, una pena no mayor a la mitad a la del actuar antijurídico, hasta el punto de abstenerse de imponer la sanción.

Un instituto jurídico como el anterior, permitiría la graduación del injusto de acuerdo a la peligrosidad que se manifiesta en el desvalor de acción de la conducta, compuesto tanto por el desvalor subjetivo de la acción, como por el objetivo de la misma, lo cual constituye el objeto de estudio del último capítulo del presente trabajo y que se expone a continuación.

CAPÍTULO CUARTO

4. El derecho penal como medio de protección de bienes jurídicos a partir de la teoría de las normas y los fines Preventivo Generales de la Pena.

“Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. (Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque)

Platón

Hasta el capítulo precedente logró agotarse la argumentación central de la presente investigación, la cual tenía como objeto exponer la temática de los elementos subjetivos de justificación, el caso particular de los mismos en la legítima defensa y la refutación de la tesis de la tentativa inidónea como aplicación directa para resolver la problemática; especialmente en el contexto de la legislación colombiana que no contempla como punible un instituto jurídico, que se ha planteado como solución a dichos casos en los cuales, falta todo elemento subjetivo de justificación, solución que se aporta en razón a la posibilidad de realizar una graduación del injusto (al menos en lo que a las legislaciones foráneas respecta)³⁷.

No obstante lo anterior, he decidido realizar un capítulo adicional, en el cual pretendo exponer el porqué de la necesidad de regular esta materia, atendiendo a que la problemática de los casos objeto de estudio, entraña varias de las discusiones de la dogmática penal moderna, como es el caso de la expansión de las corrientes post-finalistas, dirigidas a la orientación de las categorías a

³⁷ Así por ejemplo, el código penal alemán contempla, que para la imposición de la pena frente a una conducta que se califica como tentativa inidónea el juez tiene la facultad para graduar el injusto partiendo de la pena señalada para la tentativa dolosa hasta la no punición, a partir del criterio de la peligrosidad de la conducta.

principios (Funcionalismo teleológico) y postulación de una teoría de las normas que dote de sentido el sistema de imputación.

Este último apéndice tendrá como objeto, exponer el porqué de la sanción de estos casos, razón por la cual, se abordarán temáticas relacionadas con los fines del derecho penal y de la pena, que se encuentran íntimamente ligados con conceptos de filosofía del derecho. Abordaré este capítulo como si de un diálogo con el lector se tratase.

4.1 El Moderno Sistema del Derecho Penal como una Problemática entre el Ser y la Valoración del Ser.

En un primer lugar, se tiene que mucho se ha hablado acerca de los avances del actual sistema del derecho penal, el cual se ubica en la órbita de las corrientes funcionalistas o teleológicas, también denominadas como corriente post-finalistas. De esta forma, se ha afirmado que si bien las tesis de dichas corrientes presentan grandes similitudes con las defendidas por el finalismo, como lo son la del injusto personal y el concepto de la culpabilidad como un juicio de reproche al sujeto por el injusto cometido³⁸; a dichas conclusiones se ha llegado por caminos diferentes a los recorridos por la doctrina de la acción final. Así **SCHÜNEMAN**: *Si la doctrina dominante ha llegado a esa solución sistemática, ha sido por vías diferentes de las finalistas: no ontológicas (si la acción es final, dado a que la acción constituye el núcleo del tipo, el dolo ha de integrarse a este), sino normativas. Quizás no esté de más, a este respecto, atribuir su justo*

³⁸ Lo cual constituye una auténtica concepción normativa de la culpabilidad, fundamentada en el libre albedrío y que tiene como componentes: i) la conciencia de la antijuridicidad, ii) la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho y, iii) la imputabilidad del agente.

valor, como hitos de esta tradición científica, a las obras de Graf zu Dohna y von Weber, por un lado, y a Engisch, por el otro. (Schüneman, 2012)

Al respecto debe señalarse que la mayoría de las críticas que se le realizan a la doctrina finalista, tienen fundamento en la imposibilidad de delimitar o de conocer las tan mencionadas estructuras lógicas objetivas³⁹ que aparecen por doquier en los postulados de **WELZEL** y **KAUFMANN**. Así lo expresa **SILVA SÁNCHEZ**: *En primer lugar, el sistema teleológico del Derecho penal se mantiene dentro del marco general de la doctrina del injusto personal (que debemos al finalismo), aunque sin incurrir por ello en el subjetivismo (ni volver tampoco a un objetivismo reaccionario). En segundo lugar, dicho sistema evita la falacia naturalista que amenaza por doquier en la concepción de Welzel, pero asimismo ha de preservarse de la falacia normativista consistente en rechazar por completo la existencia de estructuras objetivas antepuestas al Derecho e indispensables para concretar los juicios de valor que éste formula de modo abstracto (una falacia que se encuentra en todos los defensores de la teoría de los sistemas, como Jakobs o Amelung, por ejemplo). Y, en tercer lugar, nuestro sistema rechaza el eclecticismo que se halla con más frecuencia en tratados y comentarios, y que adopta para cada caso, prescindiendo de toda atención a la coherencia deductiva, los argumentos y soluciones que parecen más adecuados a las vista de los efectos que producen. (Silva, 2012)*

Así, por ejemplo, se ha dicho que no existe forma para conocer la diferenciación entra la culpa consciente y el dolo eventual, sin recurrir a concepciones valorativas, algo similar a lo que ocurre en sede de culpabilidad, cuando se tiene como base para el reproche el libre albedrío del hombre, criterio que hasta el día de hoy ha sido un objeto indeterminable para la ciencia, entendiendo así que los postulados del finalismo han dado su máximo rendimiento, al haber

³⁹ Es común encontrar en la doctrina referencias en las cuales se afirma, que la base del sistema en estas estructuras constituyen una falacia naturalista que debe erradicarse.

basado su fundamentación en las estructuras ontológicas que muchas de las veces resultan imposibles de conocer a plenitud.

A dichas críticas habrá lugar de responderles, que desde los planteamientos de la doctrina finalista, la cual se fundamenta filosóficamente en la ontología de **HARTMAN** (s.f.), autor que planteaba desde un primer momento, que siempre el conocimiento se encuentra limitado por la capacidad que tenga el sujeto para conocer el objeto, es decir, que las dificultades que surgen para delimitar y conocer en todo su esplendor las categorías *lógico-objetivas*, no son precisamente una falla del sistema, sino una limitación de la propia condición humana.

Creo personalmente que las estructuras lógico objetivas, resultan ser siempre necesarias para establecer límites a las valoraciones que puedan hacerse a partir de la legislación, especialmente en la actualidad, donde existe una excesiva tendencia a la normativización⁴⁰. Ejemplo de lo anterior, es la existencia en el mundo moderno de los derechos humanos, entendidos como inherentes al hombre y a su esencia, que resultan ser los límites máximos del *Ius Puniendi*

Considero pertinente rescatar las palabras del profesor **ARMIN KAUFMANN**, cuando afirmar que *la formulación de dogmas que no tienen pretensión de intemporalidad y solo pretenden interpretar las expresiones de un legislador –sin aspirar a la autenticidad- no puede ser la tarea de una ciencia del derecho, sino de una ciencia de la legislación con fundamentos filológicos. La dogmática hace honor a su nombre –y solo lo conserva- si devela las conexiones lógico-objetivas que constituyen el marco de toda regulación material*⁴¹

⁴⁰ Una postura normativista tan extrema como la de Jakobs, autor que fundamenta la responsabilidad penal y la culpabilidad a partir de la defraudación de expectativas sociales, en mi opinión, lleva al punto de crear un concepto ficticio del hombre a partir de las expectativas normativas que la sociedad establece, en razón a ello, no se le hace responsable al hombre por lo que es, sino por lo que la sociedad espera que sea.

⁴¹ La cita es de Estudios de derecho penal de Armin Kaufmann en el prólogo del autor de la traducción del editorial B de F

Muestra de la equivocación en la cual se puede incurrir a la hora de abandonar cualquier estructura previa a las leyes y valoraciones, puede evidenciarse cuando hoy en día, no existe una corriente hacia la cual podamos decir que se orienta el desarrollo de la dogmática penal moderna, puesto que a partir del sistema teleológico, y de la normativización del sistema, se llega al punto de que incluso existen tantos esquemas, como autores dentro de la literatura científica.

Es así como bajo el pretexto de abandonar la supuesta falacia naturalista atribuida al finalismo, se cae en el mundo del relativismo normativo, que a mi modo de ver, resulta mucho más problemático que el mal que se pretendía corregir (si es que de un mal se trataba).

Siendo consciente entonces de las dificultades inherentes de la naturaleza humana a la hora de conocer las estructuras lógico-objetivas necesarias para conformar todo el edificio dogmático, considero que el finalismo aporta la base axiológica requerida para otorgar la suficiente seguridad jurídica al sistema, estableciendo los límites en los cuales la legislación no puede entrar a relativizar la naturaleza de los fenómenos que pretende regular, como es el caso de la conducta humana.⁴²

Ahora bien, en lo que tiene que ver con aquellos aspectos en los cuales resulta difícil alcanzar el grado de conocimiento necesario sobre ciertas estructuras del comportamiento humano, es ahí donde cobra importancia la normativización, como complementariedad de un sistema que se encuentra limitado por la propia naturaleza del conocimiento humano. A modo de ejemplo puede citarse la teoría de imputación objetiva, la cual es claramente un concepto normativo y valorativo, mediante el cual se le da cierta connotación a una conducta humana, esto es, se le

⁴² Así entonces, puede decirse que *conducta* es aquella voluntad final y vidente del hombre que se dirige hacia la realización de determinado resultado, a partir del conocimiento de los fenómenos causales que domina por su condición de hombre misma, idea que no solo se encuentra en la obra del maestro de Bonn, sino desde la filosofía de Aristóteles, como puede observarse en su libro de la *Ética a Nicómaco*.

considera como jurídico penalmente relevante, a partir de los criterios que sean usados para dicha normativización.⁴³

De la misma forma, considero que la normativización aporta las soluciones necesarias para subsanar los mencionados “vacíos” que han fundamentado las críticas a la teoría finalista, pero que al haber intentado fundar un nuevo sistema, se han encontrado con concepciones demasiado similares, por no decir idénticas, tanto estructurales como fundamentales. Este es el caso de adoptar una concepción del injusto personal para el desarrollo del esquema del delito en las corrientes post-finalistas.

Sin embargo, el estado actual de la discusión deberá girar sobre algo más que la pena y los fines que la misma persigue para la fundamentación de la punición y para dar sentido al derecho penal. Es por esto que cobra gran sentido la adopción de una teoría de las normas que irradie todo el edificio dogmático y que permita unificar de alguna manera los criterios tan dispares existentes en la actualidad, que se han generado a partir del auge normativista propio del estado actual de la discusión en la literatura científica.

Creo firmemente que dotar de tal importancia a la pena dentro de la orientación del desarrollo del sistema, llega a ser una dificultad desde un principio, puesto que la pena en sí misma, una mera expresión del *Ius Puniendi* cuando logra vencer todas las barreras que representan el derecho penal objetivo (*Ius Poenale*), y no, lo que de ella quiera predicarse mediante su orientación a fines.

⁴³ Es aquí donde puede aparecer la diversidad de los criterios valorativos supeditados a la valoración que tanto el legislador, como la ciencia del derecho pueda hacer. A día de hoy se erigen principalmente, en cuanto a imputación objetiva los postulados de Roxin, Jakobs y Frisch; siendo éste último bastante crítico en cuanto a considerar la imputación objetiva, como una súper categoría dogmática que congloba elementos tanto del desvalor de resultado como del de acción.

4.2 La Norma como Imperativo de Conducta y su Incidencia en la Configuración de un Injusto Dual

Estimo necesaria la adopción o formulación de una teoría de las normas que dote de sentido todo el sistema de imputación de responsabilidad al autor. Es por ello, que a la hora de comprender el injusto, llego a la conclusión que la forma correcta de entenderlo es a partir de la conformación de un injusto dual, en el cual, encuentran lugar tanto el desvalor de resultado como el desvalor de acción.

Llego a dicha conclusión a partir de la creencia de que, en un primer momento, previo a la creación de la ley penal y de la norma imperativa que de la misma emana, existe necesariamente una primera valoración del estado de las cosas por parte del legislador, un juicio positivo en el cual se establecen ciertos estados de cosas, que al ser considerados como “buenos y necesarios” merecen una protección especial.

Sigo entonces en toda regla los planteamientos de **ARMIN KAUFMANN**, quien a su vez se fundamenta en la teoría de las normas formulada por **BINDING**, mediante la cual, se afirma que existen unos niveles de valoración que dotan de sentido a las normas tanto imperativa como valorativa y que dan vida a los conceptos de los desvalores de acción y de resultado.

La primera valoración es siempre positiva, porque una valoración negativa presupone siempre una positiva que la precede. Esta valoración positiva se refiere o crea los llamados bienes jurídicos. Después de este primer grado de valoración positivo – ejemplo: la vida vale, debe ser – se deriva necesariamente el segundo grado, las valoraciones de lo que acontece: Todo aquello que afecta la situación jurídica valorada

positivamente, es decir, todo acontecimiento que lesiona un bien jurídico, cae bajo un juicio de valor negativo. (Binding, 1872)

Como bien lo señala **KAUFMANN**, es en dicha primera valoración donde se establece el contenido material de los bienes jurídicos, mediante la premisa de conservación de estados de cosas necesarios para el desarrollo de la vida del hombre en sociedad.

Resulta aquí adecuado recordar el concepto de bien jurídico en **BINDING**, dado a que el mismo aporta una definición adecuada para la concepción de la teoría de las normas que aquí se expone:

Todo aquello que, en sí mismo, no es derecho, pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin perturbaciones tiene, según su opinión, un interés. (Binding, 1872)

De la necesidad de lesión de dichos bienes jurídicos y que ello sea el fundamento de la imposición de una pena, es un pensamiento que se remonta a **BIRMBAUN**:

Según la naturaleza de la cosa, o como razonablemente punible en el Estado, toda lesión o exposición a peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien garantizado por el poder estatal a todos de igual manera, siempre que una garantía de carácter general no pueda ser asegurada en otra forma que mediante la amenaza de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor. (Bimbaum, 1834)

En este apartado resulta importante aclarar, que considero que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, mediante la prohibición de conductas tendientes a la lesión de los mismos. Es por ello que el derecho penal, resulta ser un conjunto de normas imperativas que buscan incidir en el comportamiento del hombre, para que de esta manera, se evite la concreción de resultados dañosos a los intereses protegidos.

El hecho de que el derecho penal proteja bienes jurídicos implica que, para que pueda establecerse una norma como imperativo de conducta, se hace necesaria una valoración primaria por parte del legislador, en la cual se realiza una valoración positiva de un estado de las cosas que resultan apropiadas para el bienestar del hombre.

Aquí también resulta propio diferenciar como lo hace **BINDING**, entre los conceptos de norma y de ley penal respectivamente. Bajo este entendido, la norma es de contenido imperativo y va dirigida al hombre con el propósito de la evitación de conductas que puedan afectar los bienes jurídicos, nacidos de la valoración primaria y contenidos en la ley penal.

Según Binding, las normas primarias pertenecen al derecho público general y van dirigidas al ciudadano prohibiéndole cometer delitos. En tanto que las secundarias van dirigidas al juez diciéndole que debe imponer sanciones penales a quienes cometan delitos. (Binding, 1872)

En el mismo sentido *Hobbes*, doscientos veintiún años antes que *Binding* planteó que las leyes penales se dirigían a sus aplicadores y no al infractor: Son “penales las que declaran qué penalidad debe infringirse a quien ha violado la ley, y se dirigen a los ministros y funcionarios establecidos para ejecutarlas. En efecto, aunque cada súbdito debe estar informado de los castigos que por anticipado instituyeron para esas transgresiones, la orden no se dirige al delincuente (del cual ha de suponerse que no se castigará conscientemente a sí mismo), sino a los ministros públicos instituidos para que las penas sean ejercidas. (Hobbes, 2014)

Dicha diferenciación entre norma y ley también fue señalada por **BENTHAM** así:

La ley que convierte un acto en delito, y la ley que establece una pena por este delito, no son, propiamente hablando, ni la misma ley ni partes de la misma ley. “No robarás”: he

aquí la ley que crea un delito: “el juez podrá poner en prisión al que haya robado”: he aquí la ley que crea una pena. (Bentham, 1823)

De lo anterior se colige que, como bien señala **BINDING** a lo largo de su monumental obra sobre la teoría de las normas, *“La afirmación corriente de que el delincuente “lesiona” la ley penal, que la quebranta, que obra contra ella, es falsa; por el contrario, el delincuente obra según lo presupone la ley penal y, de este modo, más bien “la realiza” (teoría de las normas de Binding); dado que, según señalaba el citado autor, la antijuridicidad de la conducta se deduce de las restantes ramas del Derecho, y el derecho penal sólo establece que el castigo debe infringirse en una medida en que el comportamiento descrito en la ley penal sea antijurídico.”* (Beling, 1944)

Los tipos penales entonces, están creados como un medio de tutela de los bienes jurídicos a partir de los postulados de la prevención general, puesto que si la protección de los mismos no estuviese dotada de ningún sentido, perdería toda legitimación imaginable.

De ello se desprende inequívocamente la conclusión, de que mediante la creación de tipos penales, lo que se pretende es la no realización de conductas tendientes a generar el resultado lesivo que contiene la norma objetiva que establece la sanción (ley penal), puesto que de otra manera, la ciencia del derecho penal, tendría como único sentido corroborar la identificación de una conducta en una norma.

Pero esto no es así. Existe una comunicación entre el legislador y el ciudadano que se da a través de la norma, la cual le dice “no hagas esto, pues lo he concebido como dañoso” y en virtud de la cual, el reproche nace como la consecuencia de que el hombre como ser racional, conocedor de los sucesos causales y dominador de los mismos, dirija su actuar hacia la concreción del resultado que la norma le indica que se abstenga de producir.

A este diálogo le corresponde el sustento del desarrollo de la teoría del delito, además del sustento para establecer la punición, puesto que solo ha de ser reprochable la conducta del hombre que se ha dirigido a la concreción del resultado siendo la misma objetivamente peligrosa sin alcanzar dicho resultado (aquí como tentativa), o mediante un reproche pleno cuando se ha alcanzado el resultado, tal y como la norma objetiva lo contempla.

A la anterior concepción, algunos autores subjetivistas refutarían el hecho de hacer depender una mayor sanción por meros sucesos naturales o causales, pero lo cierto es que para ser coherente con la argumentación que se propone, si bien con la violación de la norma subjetiva de determinación nace la posibilidad de reproche, solo se encuentra plenamente conformado el injusto cuando concurren tanto el desvalor de acción como el de resultado.

De la misma forma he de responder, a quienes fundamentan la punición de una conducta en el mero desvalor del resultado, puesto que precisamente, no es un resultado lo que se pretende sancionar, sino su forma de producción. Así por ejemplo en el homicidio, no todo homicidio resulta ser objeto de reproche, puesto que lo ilícito del resultado surge a partir de la forma en la que el mismo se produzca, de lo contrario estaríamos fundamentando la responsabilidad penal en valores meramente objetivas. A modo de ejemplo puede tomarse el hecho de que mediante la tipificación del homicidio, se pretende evitar el resultado “muerte” de los hombres, pero dicho resultado solo se torna jurídico penalmente relevante, cuando la acción que genera dicho resultado, resulta desaprobada por el ordenamiento jurídico, en razón a que la misma es producto del actuar humano (desvalor de acción).

Esta idea es de fundamental aportación, puesto que si se tuviese en cuenta un punto de partida diferente para considerar la antijuridicidad del acto, mediante meros criterios objetivos, tendríamos que *el centro del injusto se desplaza al desvalor de resultado, único que es*

verdaderamente relevante desde la óptica de una valoración centrada en los bienes jurídicos. Esta tesis, seguida consecuentemente, debería llevar al planteamiento extremo antes expuesto de no exigir ni siquiera un acto humano como primer elemento de la antijuridicidad, calificando de injustos también los comportamientos de animales o los acontecimientos naturales que produzcan un resultado lesivo contrario a los intereses del ordenamiento. (Molina, 2001)

De dicho sistema de imputación de responsabilidad, originado en la naturaleza de la norma como un imperativo de conducta, que busca motivar al receptor a evitar la realización de comportamientos lesivos a la luz de parámetros objetivos que puedan generar resultados no deseados, dan origen a los conceptos comúnmente tratados relativos a los desvalores, como lo son los de acción y de resultado.

De esta manera, se tiene que el desvalor de acción resulta ser la manifestación de voluntad en el mundo exterior que contraría la norma imperativa, con el propósito de producir el resultado –o al menos con la capacidad objetiva de producirlo de forma previsible- que contienen los tipos penales de la parte especial de los códigos.

Por tanto, el desvalor de resultado, resulta íntimamente ligado a día de hoy con el principio de lesividad, motivo por el cual, para que se complete la infracción de la norma en todo su esplendor, será necesario que se ponga en peligro o se lesione afectivamente un bien jurídico tutelado.

Del anterior análisis resulta innegable que la diferencia entre valoraciones de las diferentes conductas punibles, que tienen en común un mismo resultado a valorar –como es el caso del homicidio tanto doloso como imprudente- la diferenciación para la graduación del injusto se fundamenta en la forma en la que se produce dicho resultado, esto es, el desvalor de acción, ya que es mucho más reprochable dirigir el actuar y el conocimiento para dar muerte a otro (en los

delitos dolosos) que alcanzar dicho suceso mediante la realización de una conducta riesgosa sin el cuidado debido que la misma demanda, a la luz de lo que una sociedad de riesgo ha establecido para su ejercicio (en los delitos culposos).

De ello se colige que, cuando por ejemplo, Juan quiere matar a Pedro, y para alcanzar dicho propósito escoge los medios idóneos desde el plano objetivo y dirige los acontecimientos causales necesarios para alcanzar dicho resultado, y en efecto la muerte de la víctima se produce por el riesgo jurídico penalmente relevante que dicha acción entraña, entonces dicho suceso le ha de ser imputado a título de autor de homicidio doloso⁴⁴, siendo esta conducta bastante más reprochable y relevante, tanto social como jurídico penalmente relevante, que la de si la muerte de Pedro se produce por un accidente de tránsito, en el cual, Juan no respetó una de las normas propias que rigen dicha actividad; ello atendiendo a que, a pesar de existir en ambas conductas un mismo desvalor de resultado (muerte de la víctima), también se observa una gran diferencia en la acción que genera dicho resultado. Dicha afirmación puede realizarse a su vez, como una consecuencia de la violación del imperativo de conducta, que se desprende del tipo de homicidio consagrado previamente en la legislación, el cual le diría a Juan “no guíes tu voluntad hacia la muerte de otro” para el homicidio doloso, mientras que para el culposo sería la de “no realices una conducta peligrosa capaz de generar daños indeseados”, en la cual, el reproche será mucho menor.

4.3 Incidencia de la Teoría de las Normas en los Tipos Permisivos y el Contenido de los Desvalores de Acción y Resultado en la Antijuridicidad

⁴⁴ He aquí un ejemplo en el cual concurren los criterios ónticos de conducta como el formulado por Welzel en la teoría final de la acción, como de criterios valorativos de imputación objetiva para calificar como jurídico penalmente relevante la conducta.

La concepción de la teoría de las normas acabada de exponer, y el concepto de injusto personal, traen consecuencias relevantes en el ámbito de la justificación como en el de la tipicidad. En razón a ello, se tiene que, una vez corroborada la existencia de una acción típica, a partir de la concurrencia de un desvalor de acción, conformado por el dolo (o la culpa), los elementos subjetivos especiales del tipo y el *modo y forma o grado de realización de la acción, debiendo exigirse, en especial, que la conducta resulte peligrosa para el bien jurídico desde el punto de vista ex ante* (De la Fuente, 2008) ; y, del desvalor de resultado, conformado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, ha de procederse a realizar una valoración distinta de los componentes de la acción, conforme a lo que demanda la categoría dogmática de la antijuridicidad.

“así como en el tipo se prohíben o mandan acciones finales, también en las causas de justificación lo que se autoriza es siempre una acción final. Por ejemplo, en la legítima defensa, lo que se justifica no es un resultado sino una acción de defensa en el estado de necesidad, no se autoriza una objetiva salvación del bien jurídico, sino una acción final de salvación.

También es claro que la naturaleza personal de lo ilícito puede extraerse del carácter “imperativo” de la norma jurídica, es decir, de su consideración como norma de “determinación”, dirigida a motivar la conducta de los hombres. Si la norma en que se basa lo injusto no tiende simplemente a prohibir o mandar resultados sino a regular y motivar conductas, resulta inevitable considerar dentro de aquel a la voluntad o intención del autor.” (De la Fuente, 2008)

Debe decirse entonces que al igual que en la tipicidad, en la antijuridicidad aparecen nuevamente los conceptos de desvalor de acción y de resultado, a lo cual hay que acotar, que han de presentarse ambos valores para la exclusión de la antijuridicidad de la conducta. El resultado por su parte, en las causales de justificación, hace referencia a que la acción salvadora del bien jurídico que se pretende proteger sea efectiva, razón por la cual, debe decirse desde ya, que el resultado, si bien hace parte de la conducta justificante, no es óbice para que pueda predicarse la juridicidad de la conducta cuando no logra evitarse la lesión del bien jurídico que se pretende proteger. Esto quiere decir, que basta para que la conducta típica esté justificada, que el agente realice una acción defensiva, satisfaciendo los requisitos subjetivos de justificación en el contexto de las requisitos objetivos de la misma causal, desde una perspectiva ex ante.

Es claro entonces que *la presencia y exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación es una consecuencia insoslayable de una concepción personal de lo injusto y de un adecuado entendimiento de la naturaleza de las normas, que deben ser concebidas como normas de determinación, dirigidas a prohibir o exigir conductas y no solo resultados.* (De la Fuente, 2008)

“no parece convincente la posición que pretende fundar la tipicidad en el desvalor de acción y trasladar el desvalor de resultado a la categoría de la antijuridicidad. El que exista o no una real afectación al bien jurídico es un problema propio de la tipicidad. De lo contrario, toda la cuestión de la imputación objetiva de los resultados tendría que analizarse dentro de la antijuridicidad y no –como parece correcto- en la tipicidad.” (De la Fuente, 2008)

De lo anterior se logra establecer, que a diferencia a como lo concibe gran parte de la doctrina, los aspectos objetivos de la situación justificante no hace parte del resultado como tal

que es exigido para la justificación, esto es, la efectividad de la acción defensiva, sino que dichos requisitos, conforman el determinado valor objetivo de la acción.

Lo expuesto permite advertir que el desvalor de la acción no puede ser asimilado a un mero “desvalor de intención”. El desvalor de acción, como elemento que configura lo injusto se encuentra integrado por un aspecto subjetivo (desvalor subjetivo de acción) y también por elementos objetivos (desvalor de la acción). (De la Fuente, 2008)

Es así como el valor de acción, entendido como la conducta adecuada al aspecto subjetivo de la justificante, *está integrado por los elementos subjetivos que exija la causa de justificación, lo que configura el “valor subjetivo de la acción”. (...)*

Sin embargo, también forma parte del valor de acción la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Es decir, el valor de la acción no está representado sólo por el elemento subjetivo de justificación, del mismo modo que el desvalor de la acción no es un mero desvalor de intención, sino que hay que tener en cuenta el modo, forma o frado de realización de la acción. Esto configura el aspecto objetivo del valor de acción (valor objetivo de acción). Es decir, el valor de la acción justificante está configurado también con los requisitos de hecho de la eximente, que constituyen circunstancia objetiva que “rodean” la conducta de justificación. En definitiva, como lo explica Cerezo Mir, los elementos objetivos de justificación no forman parte del valor de resultado, sino que son requisitos que se establecen para la realización de la acción justificante, es decir, forman parte del valor de acción. (De la Fuente, 2008)

Es por esto que, en lo que a causales de justificación respecta, el resultado ha de ser comprendido únicamente por *el resultado objetivamente salvador que se procura alcanzar con*

la causa de justificación. En la legítima defensa, la efectiva defensa de los bienes jurídicos del agredido... (De la Fuente, 2008)

Existe un acuerdo general en la doctrina según el cual, las causas de justificación resultan ser permisos para realizar acciones típicas, con el propósito de alcanzar un resultado valorado positivamente por el ordenamiento jurídico, sin embargo, dicho resultado puede concretarse o no, sin que ello pueda ser un impedimento para la justificación de la conducta. Esto quiere decir que el desvalor de resultado en estas se encuentra “cortado”, puesto que comienza con el valor objetivo de la acción, (la concurrencia de los elementos objetivos de la justificante) pero no requiere la concreción del resultado valioso para que pueda predicarse la existencia de la juridicidad de conducta.

Así lo señala la doctrina:

La mayoría de las causas de justificación presentan una estructura de “resultado cortado”, pues el tipo no exige para su configuración la efectiva producción del resultado valioso (valor de resultado), sino simplemente una acción dirigida a dicho fin. El resultado no es un elemento del tipo objetivo, pero debe ser el objetivo perseguido por el autor para que se realice la causa de justificación. (De la Fuente, 2008)

A manera de conclusión puede decirse que, la formulación de una teoría de las normas imperativa a partir del injusto personal, trae como consecuencia la configuración de un injusto dual, en el cual concurren los desvalores de acción y de resultado.

Siguiendo la misma línea, cuando se procede en el análisis dogmático de la conducta, en la antijuridicidad habrá de realizarse una valoración objetiva de la conducta típica consumada, es decir, en la cual están presentes tanto desvalor de acción, entendido como manifestación final de

la voluntad del autor mediante actos dirigidos a la realización del resultado, y, el desvalor de resultado, como la presencia de la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido por el tipo penal.

Para la realización de la valoración propia de la antijuridicidad, resulta propio entonces corroborar la no existencia de causales justificantes del actuar típico. En el caso objeto de estudio, esto es el de la legítima defensa, la juridicidad de la conducta podrá predicarse cuando se realiza una acción defensiva, con miras a la evitación de una lesión de un bien jurídico mediante una agresión injusta, para lo cual, deben concurrir tanto el valor de acción como el de resultado.

A su vez, el valor de acción para el caso de la legítima defensa, está conformado por la concurrencia de los elementos subjetivos de la justificante, esto es, el dolo de justificación (lo cual comprende el valor subjetivo de la acción).

Por su parte el valor de resultado se presenta “cortado” atendiendo a que sólo debe exigirse el llamado “valor objetivo de la acción” para que la conducta deje de ser antijurídica, puesto que si bien la acción defensiva debe estar encaminada a la salvación del bien jurídico que se encuentra en peligro, la mera realización de la acción defensiva dentro de los parámetros objetivos de la legítima defensa, harán que pueda predicarse la eximente, puesto que el resultado entendido como la efectiva protección del bien jurídico, solo puede ocurrir ex post a la realización de la acción defensiva.

*Así lo expresa **DE LA FUENTE**:*

En el ámbito de la exclusión de lo injusto (causas de justificación), siempre es necesaria la concurrencia de valor de acción, representado por el elemento subjetivo de justificación y por los presupuestos objetivos de justificación y por los presupuestos objetivos previstos por la ley para la eximente. En cambio, no es correcto exigir la

presencia de un valor de resultado, pues para que la eximente produzca sus efectos es suficiente con que, junto al elemento subjetivo, concurren los presupuesto objetivos previstos en la ley. (De la Fuente, 2008)

Frente a todo lo anterior previamente expuesto, debe concluirse necesariamente que en el marco de una teoría de las normas dualista y del injusto personal, el valor de acción de las causales de justificación está compuesto tanto por una parte subjetiva como por una objetiva. La primera de ellas, hace referencia al conocimiento de la situación justificante y al ánimo defensivo, y la parte objetiva, a los requisitos objetivos de la casusa de justificación específica.

En atención a ello, solo es requerido que se presente el valor de acción, con sus ambos componentes, para que se entienda como justificada la conducta, puesto que hacia dichos contenidos, van dirigidos tanto el aspecto imperativo de la norma secundaria como de la norma de valoración. El resultado entendido como la salvación del bien jurídico tutelado, si bien es un estado valorado como positivo, no hace parte del esquema de valoración normativo a la luz de la teoría de las normas, y por tanto, no tiene incidencia dentro del ámbito de la justificación de la conducta previamente típica.

Bibliografía

- Agudelo, N. (2013). Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito. 53-54. Ediciones Nuevo Foro, 4a. Ed.
- Becaria, C. (2014). De los delitos y de las penas, edición 250 años. Estudio preliminar y notas de Nodier Agudelo Betancur. 69. Ediciones Nuevo Foro.
- Beling, E. (1944). Esquema del derecho penal. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma.
- Bentham, J. (1823). Tratados de legislación civil y penal. Trad. Ramón Salas. 40-41. París: Masson e Hijo.
- Birnbaum, J. (1834). Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. 166-183. Archiv des Criminalrechts No. 14, AA.VV., Halle, Hemmerde und Schwetschke.
- Binding, K. (1872). Die Normen und ihre Übertretung t. I. 1a.Ed.
- De la Fuente, J. (2008). El aspecto subjetivo de las causas de justificación. 476. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fernández, G. (2015). El elemento subjetivo de justificación. 21. Buenos Aires: Editorial B. de F.
- Gimbernat, O. (s.f.). Introducción a la parte general del Derecho Penal Español. Madrid, España.
- Graf Zu Donna, A. (1958). La estructura de la teoría del Delito, Traducción 4a Ed. alemana, por Carlos Fontán, Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Hartmann, N. (s.f.). Rasgos fundamentales de una metafísica del conocimiento. Tomo II, Traducción de Rovira Amengol. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- Hobbes, T. (2014). El Leviatán. 177-247. Fondo de Cultura Económica.

- Kant, I. (2006). Fundamentos para una metafísica de las costumbres. Versión Castellana de Roberto R. Aramayo. 112. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Lecciones de Derecho Penal, Parte General. (2011). Bogotá, D. C. : Universidad Externado de Colombia.
- Luzón, D. (2006). Aspectos esenciales de la legítima defensa. 6. Editorial B. de F., 2a. Ed.
- Mezger. (1999). La antijuridicidad. 44. Editorial Temis, 2a. Ed.
- Molina, F. (2001). Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito. 433. Barcelona: Librería José Ma. Bosch.
- Ocampo, F. (1957). Estudios sobre la legítima a defensa. 20. Bogotá, D. E.: Imprenta Nacional.
- Pérez, L. (1981). Derecho Penal Partes General y Especial, Tomo I. 197. Bogotá, D. C.: Editorial Temis.
- Reyes, A. (1974). La antijuridicidad. 122. Universidad Externado de Colombia.
- Rousseau, J. (2014). El Contrato Social. 27-28. Grupo Editrial Tomo.
- Roxin, C. (s.f.). Derecho Penal Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 608. Thomson Civitas.
- Sampedro, C. (2011). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 336. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia, 2a. Ed.
- Schüneman, B. (2012). El moderno sistema del derecho penal: Cuestiones fundamentales. Introducción al razonamiento sistemático. 1-63. Buenos Aires: Editorial B. de F.
- Silva, J. (2012). El moderno sistema del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Prólogo a la Edición Española. Buenos Aires.
- Valle, J. (1994). El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, PPU. 119-120. Barcelona, España.

- Velásquez, F. (s.f.). Manual de Derecho Penal Parte General. 491. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Welzel, H. (2011). El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina final de la acción finalista. 76. Chile: Editorial B. de F.
- Welzel, H. (s.f.). Derecho Penal Alemán, Parte General. 89. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 11a. Ed.
- Wolter, J. (2012). El moderno sistema del derecho penal: Cuestiones fundamentales, imputación objetiva a título de injusto, a la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus. 132. Buenos Aires: Editorial B. de F.
- Zaffaroni, E. (s.f.). Manual de Derecho. Parte General. 475. Ediar.