

# Reflexiones sobre la legítima defensa

(Su mayor amplitud) \*

Jaime Sandoval Fernández \*\*

## 1. DERECHO PENAL Y REGLAS PERMISIVAS. PROTECCIÓN DE INTERESES SOCIALMENTE RELEVANTES

Nuestra argumentación no exagera las expectativas en torno al derecho penal, no espera el albor de la protección eficaz de los intereses más relevantes socialmente, idealizando un derecho penal ecológico<sup>1</sup>, del trabajo, económico y similares, en torno al cual nos pronunciamos. Por el contrario, entiende que este solo puede contribuir relativamente en tal sentido, integrándose a una perspectiva extrapenal de reconstrucción de los problemas, en procura de respuestas adecuadas<sup>2</sup>. Tal criterio pone en revisión la protección de bienes jurídicos pretendida

\* Ponencia presentada al III Seminario de Derecho Penal Internacional celebrado en Barranquilla, del 1º al 3 de septiembre de 1989.

\*\* Profesor de derecho penal de las Universidades del Norte y Libre de Barranquilla.

<sup>1</sup> Dice WOLF PAUL ("La irresponsabilidad organizada", ponencia presentada a las V Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Mar del Plata, 4 al 6 de abril de 1989, págs. 1 y 2): "Mi tesis consistía, en lo esencial, en que era posible salvar el medio ambiente y con ello la sobrevivencia del género humano. Esta tesis ha mostrado su ingenua falsedad; este derecho no tiene ni la potencia ni la voluntad para solucionar solo alguno de los innumerables problemas de la postmoderna era química genética; solo tiene un carácter simbólico. El derecho vigente y los tribunales no condenan sino que protegen a los responsables de las tragedias ecológicas". Vid. también, en este sentido, S. POLITOFF, "Sistema jurídico penal y legitimación política en el Estado democrático de Derecho", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, Bogotá, 1989, pág. 323.

<sup>2</sup> A. BARATTA, "Por una teoría materialista de la criminología y del control social", en *Estudios Penales y Criminológicos*, U. de Santiago de Compostela, 1989, pág. 65.

desde el viejo catálogo de tipos penales; cuáles deben ser incluidos o mantenidos, porque efectivamente en esos casos el derecho penal sirve para algo, y cuáles, a su vez, deben ser excluidos. Este examen incluye el de las normas permisivas, en el que nos preguntamos cuál ha de ser su cometido en la protección y defensa de los intereses más relevantes socialmente<sup>3</sup>.

La mayor amplitud y aplicación de las reglas permisivas, en especial la legítima defensa y el estado de necesidad, podría convertirlos en importantes instrumentos de reducción del derecho penal<sup>4</sup>, en cuanto al ámbito de la prohibición (tipos penales), su antijuridicidad y, consecuentemente, en sus implicaciones sancionatorias, aspectos especialmente significativos en aquellas situaciones en que la defensa de los intereses de mayor relevancia social por parte de sus portadores directos encuentra sólido respaldo en el ordenamiento jurídico, que los protege como intereses jurídicos, y cuya defensa es deseable social y jurídicamente.

En estos casos la contribución que puede prestar el derecho penal consiste en permitir y proteger los comportamientos realizados para contrarrestar la agresión o el peligro, siempre y cuando se observen los requisitos exigidos por cada una de las justificantes.

Mediante el concurso de otras instancias de intervención social, más adecuadas para la satisfacción de los derechos afectados, se podrá impedir o solucionar, según el caso, el conflicto que da origen a la legítima defensa; mientras, el derecho penal deberá inclinarse en favor de los derechos injustamente agredidos o puestos en peligro.

El que tanto el estado de necesidad como la legítima defensa no hayan tenido mayor protagonismo en el sentido antes señalado tiene que ver, entre otras razones, con la despreocupación "desde arriba" por la protección de aquellos intereses, la cual se refleja en todas las instancias de control social. También se puede vincular a ello el creciente escepticismo de quienes son sus portadores directos, los realmente empeñados en protegerlos, quienes evalúan con absoluta desconfianza y desdén inclusive los "pocos logros" posibles desde el derecho penal.

La influencia que continúa teniendo en nuestros días antiquísimas teorías que reducen los límites de la legítima defensa, aplicándola solamente en casos individuales y aislados también ha contribuido a restarle una mayor trascendencia social

<sup>3</sup> J. SANDOVAL FERNÁNDEZ, "Anotaciones críticas al fundamento y naturaleza de la legítima defensa", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 37, Bogotá, 1987, págs. 303 y 304.

<sup>4</sup> En forma similar se inscriben en esta reducción "desde dentro" del derecho penal, la mayor amplitud de las causales de inculpabilidad o irresponsabilidad, mediante la asunción de criterios político-criminales. Son provechosos en este sentido los comentarios de S. POLITOFF, "La culpabilidad en los países socialistas", Seminario de la U. Autónoma de Barcelona, junio de 1989, al art. 5º del Código Penal en la República Democrática Alemana. Cuando el individuo, a pesar de que la sociedad le da posibilidades para actuar diversamente de como lo hizo, no obstante se comporta en contra de la ley, antes que todo debería comprobarse si efectivamente la sociedad le ha proporcionado aquellas posibilidades; de lo contrario no podría exigirle responsabilidad al sujeto.

Igualmente, la ampliación de las situaciones de no imposición de pena y en general de todos aquellos instrumentos que desde el mismo derecho penal pudieran servir a tal propósito.

a esta causa de justificación, no obstante haber sido cuestionadas dichas teorías desde hace rato por la doctrina<sup>5</sup>.

Aúnase a todo lo anterior la turbia manipulación que se ejerce sobre algunos conceptos, desviándolos muchas veces de su propia razón de ser y creando una total confusión alrededor de lo que realmente significan y para qué sirven. Es este el caso de la legítima defensa, que, en Colombia, últimamente se ha pretendido vincular a comportamientos claramente antijurídicos y delictivos.

Ante semejante descripción, tan poco alentadora, cualquier propuesta que cuente con el derecho penal de por sí parece un tanto desquiciada; sin embargo, nuestro planteamiento se adhiere tal vez al "no hay más", al escaso espacio que proporciona el derecho penal:

— Defensa ante todo *del derecho penal* frente a los ataques contra las garantías individuales.

— Defensa *frente al derecho penal*, lo que significa contención y reducción de su ámbito de intervención tradicional, sobre todo de sus efectos negativos y costos sociales sobre las capas más débiles de la sociedad.

— Defensa *a través del derecho penal*, en la medida en que por el momento este puede ser considerado aún como una respuesta legítima, y sin alternativa, a los problemas sociales en el ámbito de un modelo integrado de respuesta frente a ellos, manteniendo la idea de la superación del sistema penal existente<sup>6</sup>.

Pero, recalquemos, defensa *del, frente al y a través* del derecho penal, apoyada en las iniciativas propias de los portadores directos de los intereses socialmente más relevantes, es decir que el derecho penal, por intermedio de las normas permisivas, problemática que nos compete, simplemente reconozca y por tanto proteja los comportamientos que defienden intereses jurídicos de tanta magnitud, contra agresiones y peligros.

A continuación nos referiremos a los "bienes defendibles en la legítima defensa"<sup>7</sup>. Inicialmente haremos un esbozo de las corrientes doctrinarias que se han ocupado del problema, con el propósito de sustentar la mayor amplitud de la justificante, anteriormente propuesta. Luego nos ocuparemos de las situaciones concretas en que consideramos se ejerce la legítima defensa o el estado de necesidad y que sin embargo no han recibido ese tratamiento preferente, mientras que en otras ocasiones en que se realizan comportamientos claramente delictivos, algunos han pretendido catalogarlos como legítima defensa.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, a A. REYES ECHANDÍA, "El problema social de la violencia en el Tolima y Sumapaz", tesis de grado, Bogotá, 1960, sin publicar.

<sup>6</sup> A. BARATTA, ob. cit., págs. 66 y 67.

<sup>7</sup> En este primer aspecto seguiremos básicamente nuestra ponencia "Bienes defendibles y derechos fundamentales", presentada al Seminario sobre "Constitución y derecho penal", celebrado en la U. Autónoma de Barcelona, 9 y 10 de junio de 1989.

2. BIENES DEFENDIBLES<sup>8</sup>. CONCEPCIONES DOCTRINALESA) *Defendibilidad de los bienes juridicopenales exclusivamente o de todos los intereses jurídicos*

En la temática que nos concierne, una primera pregunta polariza y agrupa por afinidades y contrastes a la doctrina<sup>9</sup>: ¿son defendibles todos los intereses jurídicos (derechos constitucionales, civiles, penales, etc.), es decir, todos los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico) o solamente los bienes juridicopenales?

1. En un extremo están quienes consideran defendibles solamente los bienes juridicopenales. Entre estos autores pueden diferenciarse:

a) Quienes exigen que la conducta agresora constituya delito (ha de ser típica y antijurídica)<sup>10</sup> se basan en que la función preventiva general otorga poderes muy amplios a quien obra en legítima defensa, que solo parecería admisible ante los bienes jurídicos más importantes, los penales, y ante las formas más graves de ataque, las tipificadas. Agregan<sup>11</sup> que tal exigencia se deduce de la ley al exigir, en la defensa de bienes, que la agresión constituya delito, conforme lo establece el art. 8º, num. 4-1 del Código Penal español (C.P.E.).

b) Una segunda vertiente no exige expresamente que la agresión constituya delito<sup>12</sup>. Esta posición, llevada al extremo y considerando defendibles los bienes penalmente protegidos sin exigir la tipicidad de la agresión, podría ampliar la defendibilidad. En efecto, como casi todos los bienes jurídicos gozan, de alguna forma, de protección penal, aunque solo sea enunciativa o parcial, si fuera complementada por todo el ordenamiento jurídico llevaría, en sus resultados, a la teoría de la defendibilidad de todos los bienes jurídicos<sup>13</sup>.

2. En el extremo opuesto se colocan quienes consideran defendibles todos los intereses jurídicos, entre ellos, aunque no exclusivamente, los penales; por tanto, no es necesario que la agresión constituya delito<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Entendidos como aquellos que pueden ser objeto de legítima defensa, es decir, que pueden admitirse (pueden defenderse) o es posible la legítima defensa. Reciben denominaciones distintas, de acuerdo con la particular preferencia del autor: bienes jurídicos defendibles, derechos o intereses defendibles, etc.

<sup>9</sup> El que hagamos particular referencia a la doctrina española se explica por la gran influencia que esta tiene en la nuestra, sobre todo en la más reciente; por ello el estudio comparativo que realizamos.

<sup>10</sup> E. GIBERNAT, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, U. Complutense, 1979, pág. 55; D. M. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1978, pág. 517; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Edit. Civitas, 1988, pág. 343.

<sup>11</sup> En desacuerdo en este aspecto, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pág. 343.

<sup>12</sup> J. MONTES (*Derecho penal español*, parte general, Madrid, Martín de los H., 1917, vol. I, pág. 454): "el Código Penal la extiende a todos los derechos a los que se aplica"; A. BENITO Y CURTO (*Elementos de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Librería General, 1901, pág. 87): "que se ponga en peligro la integridad personal del agredido"; y J. VALDÉS RUBIO (*Derecho penal*, Madrid, Impresión del Asilo, 1913, pág. 172): "solo cuando la pérdida sea irremediable, vida y honestidad".

<sup>13</sup> Expresamente en contra de esta visión, D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 528, requiriendo la tipicidad en la agresión.

<sup>14</sup> Así, gran parte de la doctrina alemana: H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 123; R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, parte general, Barcelona,

3. Desde un punto de vista crítico del derecho penal, no nos satisface la opinión restrictiva de los bienes defendibles (solamente los penales protegidos en los tipos), pues ordinariamente olvida, cuando resalta la entidad de los bienes jurídico-penales ante el resto del ordenamiento jurídico, que ellos no representan los bienes de mayor relevancia social dignos de ser protegidos por aquel. Acogemos aquí las observaciones provenientes de la criminología crítica, en el sentido de que mediante la selección de los intereses jurídicos tutelados, los de máxima importancia para la sociedad apenas quedan fragmentariamente protegidos en las descripciones legales, no tienen respaldo en ninguna norma penal o la tienen en forma insuficiente<sup>15</sup>. Además, en el ordenamiento jurídico se encuentran regulaciones en contextos diferentes del derecho penal propiamente dicho, que ofrecen una más amplia y mejor protección de derechos relevantes en la sociedad; por ello consideramos provechoso partir de todo el ordenamiento jurídico y extraer el máximo posible de protección a los derechos, para poder defenderlos más ampliamente ante agresiones injustas; la sola perspectiva penal minimiza estas expectativas.

Limitarnos a la sola defendibilidad de los bienes jurídico-penales sería renunciar en gran parte a la defensa de los intereses más relevantes socialmente, hacia lo cual orientamos la propuesta de ampliación de las reglas permisivas.

Así, podríamos partir de los derechos constitucionales (Tít. I de la Constitución española [C. E.] y Tít. III de la Constitución Colombiana [C. C.]), comprendidos en ellos los derechos fundamentales, interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados<sup>16</sup>,

Edic. Ariel, 1962, pág. 378; G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, parte general, Madrid, Edit. Edersa, 1982, pág. 140; E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 454; H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, t. I, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981; A. MERKEL, *Derecho penal*, Madrid, Edit. La España Moderna, s/f, pág. 233; J. WESSELS, *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pág. 94; y F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid, Edit. Reus, s/f, pág. 346. En la doctrina española: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. IV, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1961, pág. 122; L. SILVELA, *El derecho penal*, Madrid, Tipografía de R. de la Fe, 1903, pág. 155; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, t. I, Madrid, 1969, págs. 816-817; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966, pág. 99; F. CASTEJÓN, *Derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1931, pág. 117; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. Madrid, Edit. Akal, 1986, pág. 274; J. CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de MAURACH*, pág. 365; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, PPU, 1984, pág. 370; y J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, pág. 236. En la doctrina colombiana: A. REYES ECHANDÍA, "El problema social...", cit., pág. 51; el mismo, *La antijuridicidad*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 233-235; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 415; y J. ROMERO SOTO, *Causales de justificación en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1981, págs. 52-212.

<sup>15</sup> E. SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 29 y A. BARATTA, ob. cit., pág. 62-63.

<sup>16</sup> En Colombia L. C. PÉREZ (ob. cit., pág. 415) ha dicho certeramente que en general son bienes o intereses defendibles, aquellos a que se refieren la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los pactos internacionales referentes a la misma materia.

de los bienes juridicopenales, civiles, etc.; en fin, de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Concuerda esta visión con la afirmación de que las causales de justificación provienen de cualquier parte del ordenamiento jurídico y no solo del derecho penal. Así, el art. 8º num. 11 del C. P. E. y el art. 29, num. 1 y 3 del Código Penal colombiano, establecen como suficiente para que se configure una causal de justificación, que se trate de un deber, derecho, oficio o cargo; ¿cómo determinar estos casos sin remitirnos a todo el ordenamiento jurídico? En igual sentido, el art. 8º num. 4 del C. P. E. expresamente utiliza el vocablo “derechos” (“que obre en defensa de la persona o derechos”); en forma similar el art. 29, num. 4 del C. P. C., que habla de “la necesidad de defender un *derecho*, expresión que también se utiliza en la regulación del estado de necesidad en el num. 5 del mismo artículo, a diferencia del C. P. E. que habla en este caso de “bien jurídico”, obligando a la doctrina a darle un sentido más amplio al vocablo utilizado.

Agreguemos que nos identificamos con quienes interpretan la expresión “delito” del art. 8º, num. 4-1 del C. P. E. (referida a los bienes) en sentido amplio, es decir, comprensiva de delito y falta; en todos los demás casos la agresión no requiere el carácter de delito<sup>17</sup>. De conformidad con el C. P. C. hay todavía mayores razones para no acoger de plano la exigencia de delito en la agresión, pues ni siquiera en los bienes lo prevé.

En conclusión, nos manifestamos por la defendibilidad de todos los intereses jurídicos.

#### B) Defendibilidad de los intereses individuales solamente o también de los sociales

Una segunda pregunta divide a la doctrina: ¿son defendibles solamente los intereses, bienes o derechos individuales<sup>18</sup>, o también los sociales o comunitarios<sup>19</sup>?

<sup>17</sup> E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. 1, vol. 1, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1971, pág. 361; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 541; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 122; J. ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 274; y M. MAGALDI, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, págs. 71-282; y MIR PUIG, ob. cit., pág. 370.

<sup>18</sup> Es el parecer de quienes expresamente excluyen la defensa de bienes comunitarios en sí, aunque excepcionalmente algunos la aceptan en los bienes patrimoniales del Estado. Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., pág. 109; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 537; D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 510-533; MIR PUIG, ob. cit., pág. 365; J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., págs. 232-233 (aunque en la edición de 1989 abandona este criterio); y J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pág. 330.

<sup>19</sup> Autores que llevan al extremo la defendibilidad de todos los intereses jurídicos, manifestándose de manera expresa por la defendibilidad de bienes comunitarios: M. DE RIVACOBA, *Del fundamento de la legítima defensa*, Bilbao, U. de Deusto, 1965, pág. 279-281. En Alemania, F. VON LISZT, ob. cit., pág. 346; R. MAURACH, ob. cit., pág. 379. En otros autores se deduce de su planteamiento: L. SILVELA, ob. cit., pág. 155; J. DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1960, pág. 817. En Colombia, L. C. PÉREZ, ob. cit., pág. 415. Algunos se refieren a bienes en concreto, como A. REYES ECHANDÍA (“El problema social...”, cit., pág. 192), quien señala como defendibles: la tierra, la paz, el trabajo, la justicia; en *La antijuridicidad*, cit., pág. 192, se muestra partidario de defender la seguridad interior y exterior del Estado. Otros, aunque se pronuncian sobre bienes en concreto, sientan criterios generales que pueden ser aplicados a otros bienes, como es el caso de J. ROMERO SOTO (ob. cit.), quien extiende la legítima defensa a bienes del particular que coincidan con el interés general y por

Lógicamente, aquellos que anteriormente se pronunciaron por la sola defendibilidad de los bienes juridicopenales, limitarán la segunda respuesta a los bienes jurídicos, individuales o sociales, *penales*.

1. Quienes toman partido por la sola defendibilidad de los intereses jurídicos o derechos individuales, lo hacen principalmente por las siguientes razones:

— El texto legal así lo impone;

— La legítima defensa de bienes jurídicos comunitarios está encomendada a órganos del Estado;

— El momento histórico de su origen la estableció solo para los bienes jurídicos individuales; y

— Su fundamento<sup>20</sup>.

a) Comenzaremos por el último de los argumentos, presentando al margen algunas observaciones<sup>21</sup>.

Se ha sostenido que el fundamento de la legítima defensa es doble: tiene un aspecto individual, consistente en la necesidad de defensa de un bien jurídico particular, y otro aspecto supraindividual, cual es la defensa del ordenamiento jurídico. Por intermedio de la defensa del *bien jurídico personal, particular, individual*, también se defiende el ordenamiento jurídico<sup>22</sup>. Sin embargo, una lectura de las iniciales teorías fundadoras de la legítima defensa nos permite hacer algunas observaciones. Por un lado, dada la gran influencia de la teoría carrariana<sup>23</sup> en España, se entendía que la defensa era *individual* en el sentido de *privada* —desde el individuo—, a diferencia de la defensa pública (estatal), que normalmente debía proteger al individuo y sus bienes jurídicos. Como aquella solo era explicable en circunstancias especiales en que “falta la protección estatal”, las teorías fundadoras acogieron este requisito como fundamento o bien como presupuesto; mas lo que nos

tanto son bienes que hacen parte de ese interés general, como por ejemplo: seguridad, vida, comunicación (pág. 95). En el derecho de huelga, como interés colectivo indivisible, especie de legítima defensa colectiva o social, entendido el interés colectivo como objeto indivisible, común e indirectamente ligado a todos aquellos que recurren a la huelga (págs. 113-114); también en el trabajo, recta administración de justicia (pág. 213).

<sup>20</sup> D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 81, 533, 537 y 543.

<sup>21</sup> J. SANDOVAL FERNÁNDEZ, “Anotaciones...”, cit., pág. 287.

<sup>22</sup> D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 80. Este fundamento ha sido seguido por la doctrina más reciente: MIR PUIG, ob. cit., pág. 365; J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 232 (aunque en la edición de 1989 abandona este criterio) y J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 481.

<sup>23</sup> F. CARRARA (*Programa de derecho criminal*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 201 y 202), autor de la teoría de la defensa subsidiaria, según la cual “el derecho a castigar que tiene la autoridad social, emana de la ley natural, la ley eterna del orden que debe ser completada por la sanción impuesta a quien la infringe. Pero la autoridad solo podrá actuar cuando haya habido agresión contra el derecho y cuando por consiguiente, en el momento de la violación se habría empleado legítimamente la defensa privada, si hubiese sido materialmente posible”. Cuando la defensa pública no es eficaz y la privada puede serlo, recobra esta su lugar para defender sus derechos, cesando así el derecho que le asiste a la sociedad para castigarla.

interesa destacar ahora es qué se protege o defiende en esa excepcionalidad, esto es, en el momento en que la defensa privada recobra su lugar. La clase de respuesta dada a este interrogante permite agrupar en dos extremos a las teorías fundadoras:

1) Teoría del fundamento individual<sup>24</sup>, según la cual se defiende al individuo en sí o sus bienes jurídicos.

2) Teoría del fundamento supraindividual<sup>25</sup>, según la cual se defiende el ordenamiento jurídico.

Estas dos posiciones dieron paso más tarde a las teorías iniciales del doble fundamento<sup>26</sup>, integrando las dos anteriores e intentando superar su unilateralidad, hasta llegar, finalmente, al ya señalado fundamento actual.

Como se ha visto en el origen y posterior proyección del fundamento de la legítima defensa, considerarle *individual*, en el sentido de *privada* o *desde el individuo* —adjetivación con la que estaríamos de acuerdo— no ofrece mayor problema. Cosa bien distinta es si aquel calificativo se utiliza para señalar como defendibles únicamente los bienes jurídicos individuales. En efecto, son fácilmente representables situaciones en las que desde el individuo se pueden defender derechos, intereses, y bienes sociales o colectivos, y por intermedio suyo también el ordenamiento jurídico, confluyendo en el doble fundamento. ¿De dónde surge entonces y cómo se explica ese otro agregado en el fundamento de la legítima defensa? Creemos encontrar la explicación en el hecho de que el momento histórico del surgimiento de la legítima defensa y hasta bastante tiempo después, los bienes jurídicos de mayor importancia para el derecho penal<sup>27</sup> y para el conjunto del ordenamiento jurídico eran los individuales, por lo cual era obvio que se privilegiase su defensa; pero, además, los bienes jurídicos considerados sociales o comunitarios sobre los cuales se centró la pretensión de su defendibilidad fueron el Estado, el ordenamiento jurídico, el orden

<sup>24</sup> E. CUELLO CALÓN, ob. cit., págs. 355-756; F. PUIG PEÑA, *Derecho penal*, parte general, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 334; DE BENITO, *Defensa legítima*, Barcelona, Enciclopedia Jurídica Española, 1910, pág. 493; L. SILVELA, ob. cit., pág. 156; A. GROIZARD, *El Código Penal*, Salamanca, t. 1, Imp. Esteban, 1895, pág. 218; J. PACHECO, *El Código Penal*, Madrid, Imp. Tello, 1881, pág. 150; F. CASTEJÓN, ob. cit., pág. 108; A. QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., págs. 967 y ss.; N. ALCALÁ ZAMORA, "Legítima defensa y proceso", en *Estudios penales*, Bilbao, U. de Deusto, 1965, págs. 3-4; M. MAGALDI, ob. cit., págs. 16-213 y J. ROMERO SOTO, ob. cit., págs. 16-213.

<sup>25</sup> BENITO Y CURTO, ob. cit., pág. 87.

<sup>26</sup> En Colombia, A. REYES ECHANDÍA (*La antijuridicidad*, cit., págs. 142-143), aunque parezca que se inclina más a la perspectiva del fundamento supraindividual, es más correcto situarle en los orígenes del doble fundamento; el objeto de la legítima defensa coincide con el objeto del derecho, la protección de bienes jurídicos: "con su acción confirma el derecho". L. C. PÉREZ (ob. cit., pág. 413) no habla expresamente del fundamento de la legítima defensa; tampoco precisa si cuando habla de defensa del interés general se refiere a la defensa del ordenamiento jurídico y si cuando se refiere a la propia hace alusión a los bienes jurídicos personales (aunque este último aspecto lo afirme en los bienes jurídicos defendibles).

<sup>27</sup> Acogemos el argumento histórico, pero para preguntar si en el momento actual la legítima defensa debe quedarse adscrita al momento histórico de su surgimiento, o sin desconocer este origen adecuarse a las nuevas exigencias sociales y jurídicas.

público<sup>28</sup>, ante los cuales, desde un planteamiento democrático, había que apuntarse a su no defendibilidad.

Sin embargo, el actual momento social-jurídico plantea otras premisas, que llevan a considerar como demasiado restringido un fundamento en los solos bienes individuales. En esta época los intereses jurídicos comunitarios o sociales han tenido una mayor relevancia, por lo que la discusión sobre su defendibilidad, si bien en principio podría considerarse concluida con la exclusión de los bienes tradicionalmente considerados colectivos, también está hoy referida a otros bienes en los que no parece acertada su exclusión: el medio ambiente el trabajo, el derecho de huelga, la vida, la salud. Además, una democracia participativa tiene que garantizar la protección y disfrute de los intereses de mayor relevancia social, más aún cuando estos ya están reconocidos de manera considerable, aunque formal y no materialmente, como intereses jurídicos, cuya defensa legítima, ejercida por sus portadores directos, se constituye en importante instrumento al servicio de la construcción democrática.

En síntesis, nos parece que desde el fundamento de la legítima defensa se puede afirmar que tiene un aspecto personal-individual constituido por la necesidad de defender derechos personales<sup>29</sup>, y un aspecto más general consistente en que también se protege el ordenamiento jurídico.

b) En cuanto a las razones legales, a lo ya dicho cuando tratamos la teoría de la defendibilidad de todos los intereses jurídicos solo queremos agregar que el C. P. E. utiliza la expresión "derechos": "El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos", lo mismo que el C. P. C.: "por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno". Les asiste entonces sobrada razón a los doctrinantes que no encuentran en estos textos distinción alguna entre los derechos personales que se pueden defender<sup>30</sup>, excepción hecha del C. P. E. respecto de los bienes. En principio, por tanto, son defendibles todos los derechos.

c) Por último, el argumento según el cual la defensa de bienes jurídicos comunitarios está encomendada a órganos del Estado y por tanto el individuo no puede

<sup>28</sup> MIR PUIG, ob. cit., pág. 372; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pág. 331; J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 233; y D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 533-535.

<sup>29</sup> Expresión que no debe ser entendida como sinónimo de *bienes jurídicos individuales*, tal como lo entiende LUZÓN PEÑA. La legítima defensa no está restringida a los bienes juridicopenales (protegidos en los tipos) y mucho menos se limita a los solo bienes juridicopenales individuales. La objeción se extiende a todos los autores que se identifican con su planteamiento.

<sup>30</sup> A. REYES ECHANDÍA (*La antijuridicidad*, cit., págs. 177-178) sostiene que no existe limitación alguna respecto de los bienes personales susceptibles de defensa: todos los que sean predicables de la persona. Así lo manifiesta este mismo autor en *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 223. Por su parte, L. C. PÉREZ (ob. cit., pág. 415) afirma que el concepto de persona abrió los horizontes de la justificante; persona es el individuo como ser social. Los bienes objeto de tutela son todos los que asisten al hombre por el hecho del nacimiento y de su existencia. Finalmente, J. ROMERO SOTO (ob. cit., págs. 51, 94, 213 y 214) manifiesta que no es necesario que la ofensa comprenda determinadas categorías de intereses, ya que al respecto no se hace distinción alguna; defendibles son todos los derechos. El texto legal, al decir "un derecho", no hace especificación alguna.

defenderlos<sup>31</sup>, está estrechamente unido a los bienes jurídicos tradicionalmente considerados colectivos: ordenamiento jurídico, orden público, Estado y demás bienes jurídicos similares, mediatizados en su ejercicio y defensa por órganos especializados del Estado constituidos para tal fin, sobre los cuales el individuo no tiene otra participación diferente de la de incidir en su conformación, y muchas veces ni siquiera esto, siendo los criterios de ejercicio-defensa y la toma de decisiones pertinentes evaluados y asumidos por esos órganos.

Ahora bien, si se quisiese extender aquel criterio a los derechos sociales o colectivos que hemos presentado como defendibles, no resultan igualmente válidos los argumentos arriba esgrimidos. En efecto, tratándose de *derechos personales*, el individuo tiene participación directa en su ejercicio y por tanto en su defensa, aunque se trate de una participación con otros, plural, pues en estos casos es el derecho de todos y cada uno lo que se defiende, cuestión de la cual no se puede apropiarse un órgano del Estado, que a lo sumo podrá contribuir en tal propósito.

Algo similar aconteció con un criterio insito en el anterior, cual es el de "conveniencia social", que nosotros preferimos denominar de "conveniencia a la democracia participativa". En este sentido, si además de imponerse como bienes jurídicos instituciones y órganos de control garantizadores de un sistema político social que favorece ciertos intereses hegemónicos en desmedro de otros más relevantes socialmente, también se regula su legítima defensa, se consolidaría una democracia restringida, facilitada por el amparo jurisdiccional que le daría esta permisión, por lo que no sería conveniente si nos proyectamos hacia una democracia participativa. Esto ocurriría si se defiende un *tipo de Estado* que obedezca a las orientaciones descritas, una determinada concepción de orden público, una moralidad, la seguridad interior o exterior del Estado, etc. Por el contrario, los derechos socialmente aludidos contribuyen a esa democracia participativa, permitiendo que se incluyan y garanticen materialmente intereses socialmente relevantes que antes quedaban excluidos, siendo por tanto "conveniente" su defendibilidad.

De todas maneras, tanto la "defensa encomendada a órganos del Estado" como la "conveniencia a la democracia participativa" cumplen como criterios policriminales una importante función en la delimitación de los bienes jurídicos defendibles, como lo veremos posteriormente.

### C) Los derechos defendibles

Hemos visto al comienzo que dos preguntas agrupan y polarizan a la doctrina en la temática que nos ocupa. Al contestarlas nos manifestamos por la defendibilidad

<sup>31</sup> Así se pronuncia la doctrina cuando alega que la defensa: no es solicitada; no es conveniente; se basa en inseguros presupuestos subjetivos; criterios vagos; defensa en principio con los recursos de que dispone el Estado; en extremo subjetivo; contribuiría más al perjuicio que al beneficio; no le compete al individuo; encierra una abierta contradicción entre la facultad del particular y a la de la autoridad. Véase, entre otros, a R. MAURACH, ob. cit., pág. 379; C. ROXIN, "Las restricciones ético-sociales a la legítima defensa", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, Madrid, 1982, pág. 303; W. SAUER, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1956, pág. 303; y D. M. LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 540.

de *todos los derechos*, y no solo los penales, protegidos por los tipos, lo cual incluye entonces, además de los *derechos individuales*, los sociales o colectivos. Queremos no obstante puntualizar algunos aspectos, buscando delimitar más claramente nuestra posición:

1. Cuando se dice "todos los derechos" no se pretende dar la idea de una sumatoria de derechos, una especie de recolección en cada una de las ramas del derecho, cuya totalidad constituiría los defendibles. Simplemente se pretende partir de todo el ordenamiento jurídico como conjunto, intentando lograr una sistematización a partir de la cual se obtengan los *derechos personales, individuales y sociales* (denominación esta última que preferimos por resultar más acorde con la sistematización de la justificación, el texto legal y los criterios complementarios de política criminal), siempre y cuando dicha sistematización se haga en sentido amplio, es decir, comprendiendo los derechos constitucionales-fundamentales, interpretados conforme a la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados; de los bienes jurisdiccionales, etc.; en fin, de todo el ordenamiento jurídico.

2. El texto legislativo es amplio, pues concede la defensa a la persona y sus derechos sin limitación, excepción hecha de los bienes y moradas en el C. P. E.

3. La sistematización de la justificante contribuye a la delimitación de los derechos defendibles. Así, por ejemplo, no puede defenderse unilateralmente el ordenamiento jurídico, ya que desde el fundamento falta el principio de protección de un derecho personal.

4. En cuanto a la defendibilidad de los derechos individuales existe relativo acuerdo en la doctrina. Sin embargo, es mejor aclarar que no queremos dar a entender que la legítima defensa solamente regula la actuación de un individuo contra otro<sup>32</sup>, o eventualmente de varios, teniendo como referente el *derecho de un solo individuo* (así tradicionalmente la legítima defensa de la vida, el patrimonio, etc., de una persona o de un tercero con o por aquella). También comprende la agresión a bienes jurídicos de *grupos sociales o colectividades*, no como entes abstractos ("sentimientos del pueblo", "la nación", etc.), sino como *grupos de individuos-persona* (grupo social) determinado o determinable; por ejemplo, la vida o la salud de un barrio o pueblo específico. Aquí ya no se trata de la simple defensa del *bien mío* o de *otro* sino del de todos y cada uno de aquellos individuos.

No pasa lo mismo con la defendibilidad de los derechos sociales o colectivos. Por ello, en procura de su delimitación se pueden ensayar diversas perspectivas:

a) Desde el punto de vista penal es posible colocar los bienes jurídicos como referencia principal, por haber sido estos donde mayormente se ha desenvuelto la polémica. Nuestro intento concluyó en considerar defendibles:

— *Los bienes jurídicos base y condición de subsistencia del sistema* (los tradicionalmente denominados bienes jurídicos individuales): vida, salud, honor, etc., extendiéndolos a situaciones en las que se defiende no solamente el bien jurídico

<sup>32</sup> A. QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., págs. 98, 99 y 109.

de una persona, sino de *todas y cada una* de las que integran un grupo social o colectividad;

— Algunos *bienes jurídicos colectivos* propiamente dichos, entre los que destacamos el medio ambiente y el trabajo, quedando excluidos en su totalidad los *bienes jurídicos institucionales* (administración de justicia, fe pública, etc.) y los *bienes jurídicos de control* (autoridad, seguridad exterior e interior del Estado, etc.)<sup>33</sup>. Esta experiencia, a pesar de los esfuerzos por darle una mayor proyección, se quedaba lógicamente en el mismo sitio donde metodológicamente había comenzado: en los bienes juridicopenales, dejando por fuera toda la regulación extrapenal del ordenamiento jurídico; quedaba como una elaboración que confrontaba, en su propio terreno, a la teoría de la sola defendibilidad de bienes juridicopenales, presentando una propuesta de extenderla a la defensa de colectividades en razón de bienes jurídicos de gran relevancia social; pero, en últimas, demostraba los límites y dificultades infranqueables de aquella teoría en la finalidad perseguida. Ciertamente, desde una visión sistemática de los bienes defendibles, esta perspectiva sirve de muy poco.

b) A similares consecuencias se puede arriesgar una perspectiva que tome los derechos constitucionales fundamentales como criterio de solución, preguntándose si son defendibles “en sí mismos”, minimizando o despreciando una orientación sistemática que tenga en cuenta todo el ordenamiento jurídico. Un primer pronunciamiento nos dirá que no es posible, porque los derechos fundamentales establecen una relación entre los particulares y el Estado, no de los particulares entre sí; además, son indeterminados. Sin embargo, esta aseveración podría objetarse, al menos por discutible, mostrando cómo la doctrina acepta el criterio de la relación mediata entre particulares, o yendo inclusive más allá<sup>34</sup>; de igual forma sería confrontable la afirmación de que todos los derechos fundamentales son indeterminados. Pero, sea cual fuere la postura asumida, no se puede concluir que los derechos constitucionales fundamentales de nada sirven en la delimitación de los derechos defendibles o, por el contrario, que ellos en sí mismos son suficientes para delimitarlos.

c) Más aconsejable resulta<sup>35</sup> la perspectiva de los derechos como sistema, es decir, sin aislar los derechos constitucionales de los bienes juridicopenales, estos de la regulación civil, etc., de todos entre sí, ni negar sus jerarquías y especificidades. Así, por ejemplo, derechos como la vida, integridad física y moral (art. 15 del la C. E.); honor (art. 18-1 de la C. E. y Tit. III de la C. C.) están desarrollados

<sup>33</sup> Sobre los conceptos de bienes jurídicos base y condición de subsistencia del sistema y bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema y, entre estos últimos, los referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema (institucionales), a la organización del aparato estatal (de control) y a la satisfacción de las necesidades de carácter social y económico (colectivos), véase a J. BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos”, en el mismo, *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, pág. 181.

<sup>34</sup> J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relación entre particulares*, Madrid, Edit. Civitas, 1986, pág. 42. A. E. PÉREZ LUÑO *Los derechos fundamentales* (Madrid, Edit. Tecnos, 1988, pág. 22), quien sostiene que en el Estado social y democrático cuando los derechos fundamentales son amenazados por centros de poder, el poder público debe garantizarlos.

<sup>35</sup> Sin que con ello queramos restar importancia al debate aludido, sino más bien por considerar que en la problemática de los bienes defendibles es posible hallar una mejor solución por otras vías.

por el C. P. E. (Tít. VIII cap. I y Tít. X) y por el C. P. C. (Tít. XII y XIII). El medio ambiente (art. 45-1 de la C. E., desarrollado en el C. P. E. en el Tít. V, cap. 2, sec. 2 y por el C. P. C. en su Tít. VII). El trabajo (art. 35-1 de la C. E. y Tít. V, cap. 2 sec. 3 del C. P. E.; y Tít. III de la C. C. y Tít. X, cap. VI del C. P. C.). Si seguimos expandiéndonos a las otras regulaciones del derecho laboral, administrativo, civil, etc., llegamos a la conclusión de que se trata de *derechos claramente determinados, válidos en las relaciones entre particulares y de estos con el Estado*; por tanto, son derechos exigibles mediante la legítima defensa o el estado de necesidad, siempre que se llenen los demás requisitos que les son propios.

Hay casos en los que pareciera que la única manera de sustentar la defendibilidad del derecho es la de presentarlo como derecho constitucional fundamental, pues a primera vista solo está consagrado en la Constitución; sin embargo, por la vía de la sistematización habría una solución mejor. Así, en el derecho a la educación (art. 27 de la C. E.) o a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la C. E.)<sup>36</sup>, por ejemplo, antes que todo debe haber otro referente en el ordenamiento jurídico, en lo atinente a derechos humanos, en el resto del ordenamiento jurídico interno, en la misma Constitución en articulados que contribuyan a su precisión, como podría ser el caso del art. 35-1 de la C. E. (derecho al trabajo), de conformidad con toda la legislación laboral, penal, administrativa, etc., en fin, en todo lo concerniente a esta materia; y precisamente allí se plantea la obtención de una *remuneración suficiente* para satisfacer las necesidades y las de la familia, no siendo ello cosa distinta del salario, en el cual queda abarcada la educación y el poder gozar de una vivienda digna.

Por último, creemos que antes de elaborar un listado de derechos defendibles, labor interminable, sería más atinado que en la búsqueda de soluciones frente a los *problemas de nuestra realidad social-jurídica*, se diseñen finalmente los criterios más convenientes para su aplicación.

Los criterios politicocriminales antes explicados completan la delimitación; así, tanto “la defensa encomendada a órganos del Estado” y el de “conveniencia democrática” sirven para completar la exclusión de derechos no personales, como, por ejemplo, el orden jurídico, el orden público, el Estado como tal, los denominados bienes jurídicos institucionales y de control y el resto de derechos similares.

### 3. MOVIMIENTOS SOCIALES EN EJERCICIO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA O DEL ESTADO DE NECESIDAD Y FORMAS DELICTIVAS NO JUSTIFICADAS

#### A) *Movimientos sociales: legítima defensa o estado de necesidad*

1. Hemos insistido en que somos partidarios de un modelo de democracia participativa. Afirmarlo requiere una particular preocupación porque los intereses de mayor relevancia social logren ser satisfechos y protegidos convenientemente.

<sup>36</sup> Motivo de polémica en el Seminario sobre “Derecho penal y Constitución”, celebrado en la U. Autónoma de Barcelona, cit.

Adelantamos además que las reglas permisivas, en especial la legítima defensa y el estado de necesidad, pueden constituirse en destacados instrumentos para aquella perspectiva, en la medida que se trate de la defensa de intereses jurídicos agredidos o puestos en peligro.

Se trata de buscar el “consabido” y “trajinado” encuentro entre realidad social y derecho, entre aquella y el derecho penal, para lo cual es imprescindible una “voluntad social para la democracia”, cuya carencia seguirá haciendo de las “reformas” al derecho y de todos los intentos por ligarlo a la solución de los problemas sociales, proyectos fallidos o “retóricas esquizofrénicas” que ocultan esa “otra personalidad”, lo que realmente quieren: promover una democracia restringida que ignora y atropella los intereses que dice proteger. Es pues la búsqueda de una convivencia realmente democrático-participativa, de la tolerancia entre los hombres, el pluralismo, lo cual constituye la base de la concepción jurídica aquí expuesta. Luego, desde esta perspectiva queremos hacer un análisis de la defensa de ciertos derechos efectuada por sus portadores directos, mediante movimientos sociales que han sacudido a Colombia en procura de una democracia esquivada<sup>37</sup>. Se trata de unos cuantos ejemplos entresacados de la inagotable realidad social, pero desde luego podrían ser muchos más.

## 2. ¿Qué reclaman?

Sin perjuicio de que en cada uno de estos movimientos se puedan encontrar intereses específicos que los diferencian de los demás, resulta fácil hallar en todos ellos un denominador común: sus ordinarias reclamaciones se originan en la falta de agua, luz, alcantarillado, aseo público, salud pública (hospitales, medicinas, medidas preventivas, etc.), escuelas (creación o puestas en funcionamiento), trabajo (o mejores condiciones de él), la vida, entre tantas otras exigencias de similares características y a las cuales se van agregando otras más en el transcurso de los acontecimientos, como son el respeto al derecho de reunión, asociación, expresión, la libertad de personas a las que, no obstante realizar comportamientos justificados, se les priva de la libertad; en fin, una espiral de reclamaciones de nunca acabar, mientras no se solucionen los problemas sociales que son su centro y prolongación.

3. En un Estado que se dice social y democrático, o que por lo menos aspira a ello; o como el nuestro, que supuestamente interviene en la economía, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía con el fin de lograr el desarrollo integral; para dar pleno empleo a los recursos humanos y materiales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico

<sup>37</sup> Nuestro presidente de la República, en un discurso que luego se le extravió, había dicho: “El verdadero reto de las instituciones colombianas no es el de evitar los paros reprimiéndolos, sino cómo evitarlos tramitando las reivindicaciones por los canales de la institucionalidad. Hoy lo que está exigiendo el pueblo colombiano es protagonismo. Que no sea un convidado de piedra en las decisiones que más lo afectan y quiere; en estos paros y marchas que el Estado sea su interlocutor”; véase “Marchismo-Leninismo”, en Revista *Semana*, núm. 317, Bogotá, 1988, pág. 28.

e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular (art. 32 de la C. C.), la satisfacción de las necesidades esenciales para la subsistencia del individuo. Todo ello, pues, debe ocupar un lugar preferente en la intervención estatal. Si, por el contrario, al reforzar en demasía la satisfacción de ciertos intereses en detrimento de otros no logra alcanzar ese cometido, se habrá mostrado incapaz de proporcionar el mínimo esencial que le pudiese proyectar hacia una democracia participativa, con lo cual la intervención del Estado se torna intolerable en los sectores que margina. Es el caso de los países de democracia restringida en Latinoamérica, incluyendo el nuestro. La situación es diferente en la mayoría de los países europeos, que por lo menos conservan ese mínimo. De todos maneras, el Estado se convierte así en vulnerador de los intereses que declara proteger y de los individuos —sus portadores directos—. Propugnando una democracia social y participativa bien puede impedirse esta situación.

Lo anterior se confirma cuando el Estado no garantiza en los aludidos sectores el funcionamiento eficaz de los servicios públicos, que satisfagan las necesidades esenciales mínimas del individuo; no se trata de fallas propias en el servicio que puedan subsanarse poco a poco, sino de su inexistencia o mal funcionamiento crónico. Por ejemplo, en muchos barrios y pueblos no hay agua potable (ausencia de acueducto, o este no funciona o funciona mal). No hay luz (porque no llegan las instalaciones o no es posible pagar sus costos). No hay alcantarillado. El aseo público tampoco funciona adecuadamente (las basuras se acumulan en cualquier parte). En algunos barrios las epidemias cunden; no existen medios para poder adquirir medicamentos; los hospitales son insuficientes (“no hay camas”, se dice); no hay medidas preventivas eficaces que toquen fondo en medio de tantas privaciones. En muchas zonas no hay escuelas o no hay oportunidad de estudiar, o si las hay, ¿para qué estudiar cuando las expectativas sociales son tan pocas? La universidad está vedada para grandes sectores de la sociedad. De esta forma podríamos seguir describiendo nuestra cruda realidad hasta la saciedad.

La situación se agrava todavía más si añadimos la desidia, la torcida aplicación que órganos del Estado o sus funcionarios les dan a los planes que podrían paliar la insatisfacción, produciendo nuevas fuentes de vulneración.

Otro tanto acontece con las actuaciones de grupos de poder particulares, que por su incidencia en el Estado, en sus órganos y funcionarios, o directamente, vulneran los mentados intereses: pensemos en el empresario que en su exacerbado afán de lucro simula motivos suficientes para lograr el cierre definitivo de la empresa, dejando en la calle a sus operarios, cuando lo que busca es sustraerse a las prestaciones sociales de los trabajadores, al pago de salarios y demás cargas contraídas; quien conculca el derecho de asociación o de huelga; el que destruye materias primas o productos con el fin de aumentar los precios; el que contamina con su empresa, lesionando a los seres humanos o a la naturaleza.

En todos los casos anotados se trata de la vulneración de *derechos personales defendibles*: es la vida (como existencia o calidad de vida), la salud, el derecho a la educación, el trabajo, la libertad de pensamiento, reunión, asociación, el derecho de huelga, a conservar el medio ambiente cuando éste incide grandemente en la calidad de vida y de cualquier otro derecho en la amplia gama de los defendibles.



La realización de políticas y comportamientos provenientes del Estado, sus órganos o funcionarios o de los grupos de poder mencionados, constituye agresiones o situaciones de peligro de derechos defendibles, contra las cuales los portadores directos pueden ejercer la legítima defensa o el estado de necesidad, según el caso.

4. Cómo defender estos derechos es cuestión sobre la cual no es posible ofrecer una respuesta precisa. Inicialmente hay una limitación en el texto legal: que la defensa sea proporcionada a la agresión (art. 29-4 del C. P. C.), por lo que debe ser la praxis social la que dé la última palabra sobre las formas de defensa. Para dar una idea sobre la multiplicidad de formas ofrecidas por la vida real, resaltamos a continuación algunas de las posibles reacciones a las situaciones que venimos comentando:

a) Conexiones fraudulentas de agua y luz. El caso más frecuente es el "perico": los habitantes de los barrios hacen su propia instalación y extraen la energía del cable más cercano (actividad de sumo riesgo en la que muchos han perdido la vida). ¿Podría decirse que estas personas realizan un hurto (art. 349 del C. P. C.)?

b) En el caso de los trabajadores ante el empresario, si estos se oponen al cierre de la empresa y deciden ponerla en funcionamiento mientras la justicia laboral despeja su razón jurídica, ¿podría imputárseles como delito el obligar al celador a que permita el acceso de los trabajadores, no obstante su airada y firme oposición? ¿Obligarlo a que abra las dependencias, entregar las llaves, etc.? ¿Realizar todos estos comportamientos en la persona del empresario que en forma provocadora intenta impedir la penetración en la empresa? ¿Ocasionar daños en las cosas (puertas, cerraduras, etc.), necesarios para poner en funcionamiento la empresa? ¿Habrá delito contra la autonomía personal? ¿Constreñimiento ilegal (art. 276 del C. P. C.)? ¿Daño en bien ajeno (art. 370 del C. P. C.)?

c) Frente a la contaminación producida por una empresa, impedida por un grupo de trabajadores o vecinos del barrio afectado o un grupo ecológico tipo *Greenpeace*, etc., pues de lo contrario hubiera producido consecuencias funestas para vidas humanas, flora y fauna (calidad de vida y existencia), ¿se les podrá imputar violación de habitación o sitio de trabajo si fue necesario acceder a las dependencias? ¿Constreñimiento ilegal si hubo necesidad de vencer la oposición de alguien (jefe de personal, etc.)?

d) Oponerse a la destrucción de materias primas y productos, inclusive por intermedio de la fuerza, y si se trata de mercancías para el consumo de la población distribuirías entre los más necesitados, ¿podrá considerarse hurto (arts. 349 y 350 del C. P. C.) o constreñimiento ilegal?

e) La ocupación de hospitales, clínicas y demás centros con el fin de obtener pronta y eficaz atención, por ejemplo en unidades que cuentan con los mejores equipos, requeridos para la ocasión pero que solo están al servicio de "especiales grupos de personas" dados los altos costos de servicios, que se niegan a dar atención a los pacientes de escasos o ningún recurso. Piénsese en los casos de tragedias masivas, epidemias, etc., en que los segundos son decisivos y, sin embargo, no hay vacilación en decir: diríjase al hospital X, que este caso no nos pertenece; lo que equivale a decir: donde usted debe ir, aunque sea después de muerto. ¿Podrá calificarse como delito la ocupación realizada en estas circunstancias?

f) Cuando para dar a conocer a la opinión pública la agresión o el peligro sobre los derechos defendibles o como instrumento de presión (defensa) se utilice la vía pública (concentraciones, manifestaciones, etc.), o incluso para garantizarlos materialmente cuando también son negados estos derechos, ¿se podrá considerar tal conducta como delito o contravención?

Ahora bien, de sobra está decir que en todos estos ejemplos y en las demás situaciones similares, cuando afirmamos que se trata de agresiones (o peligros) a *derechos personales defendibles*, damos por supuesto que deben concurrir todos los requisitos exigidos por la legítima defensa o el estado de necesidad, según el caso, para que se configure la justificante; es igual que cuando se dice que la vida es un derecho defendible, caso en el cual no se está afirmando que se actúa siempre en legítima defensa, inclusive cuando no se cumple el requisito de la agresión, la racionalidad de los medios, etc.

#### B) Los grupos paramilitares o de autodefensa: comportamientos delictivos, no justificados

1. Totalmente diferentes de las conductas caracterizadas anteriormente como justificadas (en ejercicio de la legítima defensa o del estado de necesidad) se nos presentan los comportamientos llevados a cabo por "grupos paramilitares", también denominados "grupos de autodefensa", razón por la cual resulta inadmisibles en derecho penal hacerlos aparecer como formas de legítima defensa colectiva, como pretenden algunos voceros de las altas esferas sociales<sup>38</sup>.

Quizás el equívoco inicial está en identificar la autodefensa (en su acepción más amplia: defensa de sí mismo, pero utilizada también en el lenguaje corriente para describir disímiles comportamientos) con la legítima defensa, concepto estricto del derecho penal, integrado por precisos caracteres de orden legal, jurisprudencial y doctrinal. No toda autodefensa es legítima defensa; solo lo será si cumple con los requisitos de aquella.

El primer estudio que conocemos en el derecho penal colombiano en el cual se considera que una concreta manifestación social-política de la autodefensa —la guerrilla campesina del Tolima y Sumapaz— es una forma de *legítima defensa*

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, el fragmento de la carta dirigida al señor presidente de la República, en el artículo "El drama cordobés", publicado en la Revista *Semana*, num. 352, Bogotá, 1989, pág. 28, encabezado de la siguiente manera: "Los ganaderos de la región están tratando de no recurrir a la fórmula paramilitar", en el que se afirma: "Estamos dispuestos, Señor Presidente, incluso a renunciar a esa *legítima defensa colectiva* usada en otras regiones con reconocido éxito", opinión que significa un tácito reconocimiento de la supuesta legitimidad de los *grupos paramilitares* y la *justicia privada* (subrayado nuestro). Lo cual corrobora lo que ha venido sosteniendo esta Revista en otros números (365, mayo 2-8 de 1989, pág. 36; 364, abril 25-mayo 1 de 1989, pág. 27; 351, enero 24-30 de 1989, pág. 23; y 345, diciembre 13-19 de 1988, pág. 39), en los que sostiene que una de las expresiones de las "autodefensas" ha tenido lugar con la reacción de ganaderos, hacendados y empresarios tradicionales, quienes han visto rebasada su capacidad de tolerancia por el constante boleteo de los alzados en armas. Estas afirmaciones las confirma el coronel Klein, instructor de los mencionados grupos, quien agrega que altos funcionarios del gobierno y militares tenían conocimiento de su actividad (*El Tiempo*, agosto 26, 27 y 28, Bogotá, 1989; y *El Espectador*, agosto 26 y 28, Bogotá, 1989).

colectiva, se encuentra en la tesis del maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA, donde ya se vislumbraba el futuro jurista que sería. Esta caracterización la hacía con base en tres justificaciones: política, constitucional y penal, analizando en esta última la correspondencia existente entre los requisitos de la legítima defensa y la autodefensa campesina<sup>39</sup>. Nosotros, en esta oportunidad, solo nos referiremos, siguiendo la metodología propuesta por el profesor REYES, a la justificación penal, para contrastando, demostrar que lo conocido actualmente como "autodefensas" nada tiene que ver con la legítima defensa.

2. Contrastando los requisitos de la legítima defensa con los comportamientos de los grupos de "autodefensa" o "paramilitares", encontramos:

a) *Fundamento* 1) Ya dijimos que a partir del fundamento de la legítima defensa no es posible defender el ordenamiento jurídico unilateralmente, pues falta el principio de protección. Si alguien estima que las autoridades públicas son incapaces de aplicar el ordenamiento jurídico con suficiente rigor y eficiencia, no podría reemplazarlas en su función acudiendo a la legítima defensa.

2) El concepto de *defensa privada* recalca que desde el individuo se defienden sus derechos y con ellos el ordenamiento jurídico que los protege; confluyen ambos. No se pretende en cambio reemplazar o prescindir de la defensa pública o estatal. Conforme a esta visión resulta imprescindible, para actuar en legítima defensa, cumplir con los requisitos que impone el ordenamiento jurídico.

Bien diferente es el criterio de *justicia privada*<sup>40</sup>, en el que se reemplaza la autoridad estatal, imponiendo:

— Un catálogo de normas, distinto del ordenamiento jurídico estatal, que prohíbe las conductas lesivas de sus intereses: denunciarlos, juzgarlos, detenerlos o cualquiera otra clase de medida en su contra; de normas que facultan la comisión de delitos para el logro de sus fines: homicidios, constreñimientos, secuestros, etc.

<sup>39</sup> Resumiendo en demasía, los argumentos son los siguientes:

— *Justificación política*: el gobierno no es más que una delegación del poder; el mandante es el pueblo que le traspasa una parte de su autonomía. Cuando se rompe el contrato al pueblo le queda: cambiar el gobierno mediante elecciones o la revolución; si la primera vía es negada, no hay otra que la acción de masas, de un pueblo despojado de sus más elementales derechos.

— *Justificación constitucional*: la maquinaria estatal se dio a la tarea de violar sistemáticamente la vida, honra y bienes de los ciudadanos, no a defenderlos; por lo que el pueblo debe asumir el papel constituyente primario por las vías de hecho.

— *Justificación juridicopenal*: cuando el pueblo exige sus derechos esenciales en nombre de la democracia y es desoído, la actuación de la guerrilla aparece como legítima defensa colectiva; es una reacción de muchedumbre, identificada por la defensa de intereses.

A continuación el profesor REYES analiza la correspondencia entre los requisitos de la legítima defensa y el movimiento de autodefensa: fundamento, bienes a que se extiende; violencia actual e injusta que ponga en peligro la persona, el honor o los bienes, y la proporcionalidad entre la defensa y la agresión ("El problema social...", cit., págs. 49, 55, 59, 63, 68 y 74). Posteriormente, en *La antijuridicidad*, cit., pág. 215, consideró que el estudio de su tesis había hecho un enfoque correcto de la legítima defensa colectiva, transcribiendo párrafos de aquella.

<sup>40</sup> La Corte Suprema de Justicia al referirse a los grupos paramilitares ha considerado que proceden por fuera del *status* jurídico, degenerando en formas de delincuencia y de justicia privada. Vid. Acción de inexecutable contra algunos artículos de la ley 48 de 1968 y del decreto 3398 de 1965, mayo 25 de 1989, pág. 16. Magistrado ponente, Fabio Morón Díaz.

— Un aparato que administra "su justicia", que va desde las altas esferas jerárquicas hasta los jefes y mandos de cada uno de los grupos.

— Un procedimiento sumario y oculto.

— Unas penas consistentes en el terror generalizado, además de lista de sentenciados, amenazas, sufragios, etc. Pena de muerte que cobija al sentenciado, sus parientes, allegados o cualquier otro inocente ciudadano que pase por el lugar elegido para cumplir la "sentencia".

Por lo general estos grupos son expresión de una concepción autoritaria del poder, que impone sus intereses por medio de la fuerza y no de la participación social-democrática, contra la cual se pronuncian; esto nos explica que formen un solo frente o sean la prolongación de aquellas visiones sociopolíticas que desde hace tiempo vienen enarbolando en Colombia las ideas del autoritarismo; se trata de nefastas orientaciones que han cegado la vida de insignes demócratas, empeñados en llevar el país hacia un mañana sin retorno.

b) *Los derechos defendibles* 1) Hemos dicho que son defendibles todos los derechos individuales y sociales, excepto los bienes jurídicos como el ordenamiento jurídico, el orden público, el Estado como tal (su seguridad exterior e interior), la nación y demás bienes similares, en razón de que no son derechos personales y porque los criterios politicocriminales complementarios, esto es, el de "la defensa encomendada a órganos estatales"<sup>41</sup> y el de "no conveniencia a la democracia", los excluyen como derechos defendibles<sup>42</sup>.

2) Ha sido muy discutida en nuestro país por estos días la problemática de la defensa nacional, y concretamente el decreto 3398 de 1965, tema del cual se ocupó recientemente la Corte Suprema de Justicia<sup>43</sup>. Del art. 3° de este decreto, en concordancia con sus arts. 25 y 33-344, podría deducirse, como en efecto se

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, parecía ordenarse la Corte Suprema de Justicia cuando, al referirse a los paramilitares, expresa: "su pretensión de sustituir la acción legítima del ejército, la policía nacional y de los organismos de seguridad del Estado, que son las autoridades a cuyo cargo se encuentra la función exclusiva del restablecimiento del orden público" (providencia cit., pág. 16).

<sup>42</sup> Aunque estimamos suficientes las razones para excluir la defendibilidad del orden público, agrega todavía más el criterio político criminal del "perjuicio más que beneficio" en la defensa de este bien por parte del particular, confirmado empíricamente en este caso. La Corte, recogiendo un sentir generalizado, afirma de los grupos de "autodefensa", que son "grupos criminales que contribuyen con su presencia a agravar la situación de orden público" (C. S. J., cit., pág. 16).

<sup>43</sup> Fallo anteriormente citado.

<sup>44</sup> "Art. 3°.—Todos los colombianos están obligados a participar activamente en la defensa nacional, cuando las necesidades públicas lo exigen para defender la independencia nacional y las instituciones patrias".

"Art. 25.—Todos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad".

"Art. 33-3.—El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de Comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas".

hizo, que los particulares podían ejercer la defensa de la nación, otorgada por la C. C. al ejército<sup>45</sup>; que dentro de la “participación activa” en la defensa nacional los particulares podían tomar las armas —más aún, las de uso privativo de las Fuerzas Armadas— por su propia cuenta o bajo la asesoría de miembros del ejército (“comandos autorizados”), que los utilizaría para estas “actividades”<sup>46</sup>.

Pero lo que el texto constitucional realmente ordena es que en esa especial situación de “necesidad pública”, todos los colombianos están obligados a tomar las armas, haciendo parte del ejército, instituido como “órgano del Estado”; para esta clase de defensa serán llamados los reservistas, se ampliará el personal de servicio, etc. He allí la verdadera obligación-deber. La actividad del particular queda pues limitada a colaborar o cooperar, sin participar en actividades agresoras<sup>47</sup>.

En síntesis, la defensa de la nación no es una facultad que se pueda ejercer en legítima defensa, ni tampoco es una obligación-deber que le impone el Estado al particular.

c) *Agresión injusta, actual o inminente.* La agresión, entendida como toda puesta en peligro de derechos, proveniente de una conducta humana, debe reunir determinadas características, entre ellas la de injusticia<sup>48</sup>, actualidad o inminencia<sup>49</sup> (art. 29-4 del C. P. C.). Si la agresión injusta no ha existido o no es inminente o actual, no puede invocarse la legítima defensa como justificante. En las formas antes vistas de “autodefensa” no existe agresión injusta (cuando, por ejemplo, una persona los denuncia, captura, juzga, etc.), o aquella ya no es actual o inminente; por tanto no hay necesidad de defensa, lo cual torna su actuación en agresiva y retributiva<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Art. 165 de la C. C.: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar”.

Art. 166 de la C. C.: “La Nación tendrá para su defensa un ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares”.

<sup>46</sup> Es una constante en este decreto la utilización de “definiciones que todo lo pueden comprender”, ha dicho el magistrado Gustavo Gómez Velásquez en el salvamento de voto al fallo de la Corte que venimos comentando, lo que facilita interpretaciones contraproducentes.

<sup>47</sup> Es necesario que mediante una orientación democrática se insista en una nueva regulación para la defensa nacional (de conformidad con Gómez Velásquez, salvamento de voto aludido, pág. 1).

<sup>48</sup> E. MEZGER (ob. cit., pág. 55): “Cuando contradice las normas jurídicas de valoración”; R. MAURACH (ob. cit., pág. 379): “valorada en sentido objetivo-negativo por el ordenamiento jurídico”; H. H. JESCHECK (ob. cit., pág. 465): “la que vulnera objetivamente el ordenamiento jurídico”. Esto, para citar solo a algunos autores, entre los muchos que opinan al respecto. Para nosotros es aquella que contradice el ordenamiento jurídico en su conjunto.

<sup>49</sup> Entre los muchos autores que se ocupan del tema, H. H. JESCHECK (ob. cit., pág. 466): que amenaza de forma inmediata, tiene lugar efectivamente o todavía continúa; empieza desde que se presenta el peligro; J. BUSTOS RAMÍREZ (*Manual*, cit., pág. 234): basta que haya indicios suficientemente claros de la proximidad de la agresión: una agresión sigue siendo tal mientras no se ha consumado totalmente la lesión al bien jurídico; S. MIR PUIG (ob. cit., pág. 370): peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido; A. REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, cit., págs. 147 y 148: actual, *strictu sensu*, es la que ya ha comenzado y no ha concluido aún, la que se concretó en daño real y persiste todavía; inminente, cualquier gesto, actitud o amenaza que evidencien daño inmediato en la persona.

<sup>50</sup> Según la Corte: “su carácter retributivo y agresivo” (C. S. J., cit., pág. 16).

Sintetizando, los comportamientos de los grupos paramilitares o de “autodefensa” no son expresión de la legítima defensa colectiva, sino una clara actividad antijurídica-delictiva.

Queremos finalmente resumir una idea central de este trabajo: hemos caracterizado los movimientos sociales primeramente señalados, como importantes expresiones orientadas hacia la construcción de una democracia participativa, que permita la satisfacción de los intereses socialmente significativos; luego, cuando estos últimos están protegidos en el ordenamiento jurídico (intereses jurídicos-derechos defendibles), la defensa ejercida por sus portadores directos, frente a agresiones y peligros, puede efectuarse ejerciendo la legítima defensa o el estado de necesidad.

Por el contrario, los grupos paramilitares constituyen claras expresiones delictivas, no justificadas, contrarias a un ideal democrático-participativo.

El dilema, más allá de la ostensible diferencia en las caracterizaciones jurídico-penales analizadas, en situaciones tan disímiles, sigue siendo: democracia participativa o autoritarismo.