

Entre la legítima defensa y la venganza

Un análisis de los requisitos de la
legítima defensa en el ordenamiento penal
colombiano a la luz de casos prácticos

Yesid Reyes Alvarado
Hernán Darío Orozco López
Editores

Universidad
Externado
de Colombia

135
Años

Yesid Reyes Alvarado
Hernán Darío Orozco López
Editores

Entre la legítima defensa y la venganza

Un análisis de los requisitos
de la legítima defensa
en el ordenamiento penal colombiano
a la luz de casos prácticos

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Entre la legítima defensa y la venganza : un análisis de los requisitos de la legítima defensa en el ordenamiento penal colombiano a la luz de casos prácticos / Ricardo Echavarría Ramírez [y otros] ; Yesid Reyes Alvarado, Hernán Darío Orozco López, editores ; prólogo Carmen Eloísa Ruiz López. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

242 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587907025 (impreso)

1. Legítima defensa – Colombia 2. Derecho penal – Colombia 2. Procedimiento penal – Colombia 3. Acción y defensa (Derecho) – Colombia 4. Abuso de confianza -- Colombia I. Reyes Alvarado, Yesid, 1960- , editor II. Orozco López, Hernán Darío, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

343.2 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca.
octubre de 2021

ISBN 978-958-790-702-5

- © 2021, YESID REYES ALVARADO Y
HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ (EDS.)
- © 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: Julián Hernández - Taller de Diseño
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

**ASPECTOS CONTROVERSIALES
DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.
A MANERA DE ESTUDIO PRELIMINAR**

YESID REYES ALVARADO*

A juzgar por las noticias que aparecen en los medios de comunicación, en los últimos tiempos se han incrementado los casos de personas que han reaccionado de forma violenta frente a ataques a su patrimonio económico o integridad física. La facilidad con que muchos de esos casos son presentados ante la opinión pública como acciones justificadas y más dignas de elogio que de reproche deja traslucir una creciente desconfianza de la ciudadanía en las autoridades encargadas de su seguridad –que lleva a valorar positivamente acciones de justicia por propia mano– y, a la vez, una falta de conocimiento sobre las complejidades teóricas que hay detrás de figuras como la legítima defensa.

Los textos que componen este libro han sido elaborados básicamente a partir de informaciones de prensa colombianas (en algunos casos se pudieron consultar datos de las correspondientes investigaciones iniciadas por la Fiscalía

* Profesor del área de Derecho Penal de la Universidad de los Andes. Magíster en Ciencias Penales, Criminológicas y Criminalísticas de la Universidad Externado de Colombia, doctor por la Universidad Autónoma de Madrid y becario de investigación de la Fundación Alexander von Humboldt en la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn (Alemania).

General de la Nación), no con el propósito de comentar decisiones judiciales –que en la mayoría de los casos analizados no se habían producido–, sino con la única finalidad de poner en evidencia algunos de los problemas que esos supuestos de hecho plantean en relación con los requisitos de la legítima defensa. Por eso, más que un ejercicio tradicional de comentar jurisprudencia, de lo que se trata aquí es de mostrar que esta causa de justificación esconde más complejidades de las que usualmente mencionan la doctrina y la jurisprudencia nacionales cuando se ocupan de ella, lo cual no solo amerita estudiarlas más detalladamente, sino que también aconseja tener mayor cuidado en la forma como esta clase de actuaciones son presentadas ante la opinión pública.

De manera muy general se puede decir que la legítima defensa se caracteriza por la existencia de una agresión frente a la que el ofendido reacciona afectando un derecho del atacante. Puede afirmarse que existe consenso en cuanto a que la agresión debe ser injusta, así como actual o inminente, y en lo atinente a que la reacción debe ser necesaria¹ frente a aquella. Aunque son formulaciones que parecen no encerrar mayor complejidad, un análisis más detenido de los elementos que componen esta figura revela lo contrario; la naturaleza, la ubicación y el alcance de la legítima defensa dependen no solamente de la postura que se asuma en relación con su fundamento², sino de la concepción que se tenga sobre la estructura de la teoría del delito. Adicionalmente, el análisis particular de cada uno de sus componentes deja ver que ellos esconden más complejidades de las que en una primera aproximación se perciben. Los supuestos de hecho

-
- 1 Aunque en países como el nuestro se acostumbra a incluir la proporcionalidad como un requisito indiscutible de la legítima defensa, en la doctrina y la jurisprudencia foráneas el tema es objeto de complejas discusiones, como en páginas posteriores se señalará.
 - 2 Si bien en la actualidad la teoría dualista goza de mayor aceptación, el debate en torno al fundamento de la legítima defensa sigue abierto.

que se analizan en este libro permiten a quienes aquí los comentan revelar algunos de esos inconvenientes, mostrar las dificultades teóricas que su análisis plantea y esbozar fórmulas de solución que permitan superarlos.

1. LA AGRESIÓN INJUSTA

Cuando se hace referencia a una “agresión injusta” como primer elemento de la legítima defensa parece haber consenso en cuanto a que con esa expresión se alude a un comportamiento antijurídico³ –no entendido en el contexto del injusto penal⁴ en cuanto no debe ser típico⁵– y previo a la

-
- 3 Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 198. Zaffaroni afirma que “[l]a conducta agresiva debe ser, además, ilegítima, lo que es sinónimo de antijurídica, es decir toda conducta que afecta bienes jurídicos (lesiva) sin derecho” (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 620). Para Roxin, “[l]a antijuridicidad de la agresión coincide con el concepto de antijuridicidad de la teoría general del delito” (ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, § 15/14, p. 615). En la misma línea, Mir Puig afirma que “[a]gresión ilegítima’ equivale a agresión antijurídica” (MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016, § 16/50, p. 449). En opinión de Velásquez, “[q]ue la agresión no sea lícita significa, pues, que debe vulnerar *objetivamente* el ordenamiento jurídico”; por eso considera preferible referirse a ella como “*antijurídica, indebida, ilícita o injustificada*”; cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020, p. 495.
- 4 “[N]i todo injusto penalmente relevante constituye agresión a los efectos de la legítima defensa, no lo es, por ejemplo, una mera omisión del socorro debido; ni toda agresión ha de constituir necesariamente a la vez un injusto penal punible”; COCA VILA, IVÓ, “La legítima defensa frente a omisiones”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 69, 2016, p. 106.
- 5 “[L]a agresión debe ser contraria al orden jurídico, no autorizada por ninguna ley ni derecho, sin que ello signifique que deba dirigirse a un ilícito penal, y puede ser constitutiva de ilícito civil, laboral o administrativo, etc. Que la agresión no sea lícita significa, pues, que debe vulnerar *objetivamente* el ordenamiento jurídico”; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, cit., p. 495.

imputación personal (culpabilidad⁶); en términos simples, esto significa que el concepto de “injusta” con el que en este contexto se suele aludir a esta agresión no coincide con la noción de “injusto” que la doctrina mayoritaria reserva para caracterizar al primero de los elementos de la teoría del delito⁷. El consenso se resquebraja cuando se plantean dos preguntas relacionadas con la tentativa; la primera es si lo injusto de la agresión surge cuando la conducta puede ser apreciada como constitutiva de una tentativa, o si puede considerarse existente antes de ese momento, frente a lo cual algún sector de la doctrina⁸ se inclina por esta última alternativa⁹. La segunda se refiere a si una conducta calificada como tentativa inidónea (aun siendo punible¹⁰) debe ser considerada como una agresión injusta o no, cuestión que la opinión dominante contesta en sentido negativo¹¹; de la

- 6 Si la agresión tuviera que ser culpable, quedaría excluida la posibilidad de legítima defensa frente a inimputables; cfr. WILENMANN, JAVIER, “Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa”, *Política Criminal*, vol. 10, n.º 20, diciembre de 2015, disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A7.pdf, p. 656.
- 7 Sobre la necesidad de no “insertar” el concepto de agresión en la teoría del delito, cfr. WILENMANN, cit., p. 665.
- 8 Jakobs, por el contrario, afirma que “[e]l ataque es actual cuando se materializa esta pérdida, es decir –en esta medida análogamente a la regulación de la tentativa– cuando ésta es inminente” (JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, § 12/23, p. 468).
- 9 Para Welzel, “[n]o es necesario que la agresión haya alcanzado ya el carácter de tentativa punible de delito” (WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, § 14, II, 1, b), p. 123). Roxin, por su parte, sostiene que la agresión puede situarse ya en “la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa”; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/23, p. 619; esta es la opción por la que se inclina MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ, en este mismo libro, en “Asalto con armas de fuego y legítima defensa”, pp. 121 y 122.
- 10 Como fuera de Colombia se reconoce –con razón– por la doctrina ampliamente mayoritaria.
- 11 Roxin afirma que “[t]ampoco es una agresión la tentativa inidónea” (ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/9, p. 612); Mir, a su turno, sostiene que “no constituye agresión la tentativa inidónea” (MIR PUIG, *Derecho penal*.

respuesta que se dé a este segundo interrogante depende que esos supuestos de hecho sean tratados como una legítima defensa, como una modalidad de error (defensa putativa) o incluso como susceptibles de ser resueltos mediante la figura del miedo insuperable¹².

En favor de aceptar la existencia de una agresión ilegítima cuando la conducta aún no ha alcanzado el grado de tentativa, sino que permanece en el estadio de los actos preparatorios, se afirma que no tiene “sentido esperar para la defensa hasta que sea demasiado tarde o casi para tomar contramedidas”¹³, y que nadie está obligado “a tolerar un riesgo, que no tiene por qué tolerar”¹⁴. Sobre el supuesto de que los bienes jurídicos no están protegidos frente a cualquier clase de amenaza o lesión, sino solamente respecto de aquellas conductas que al ser creadoras de un riesgo jurídicamente desaprobado constituyen una indebida forma de atacarlos¹⁵, debería admitirse que toda conducta que permanezca dentro del riesgo permitido no solo está

Parte general, cit., § 16/48, p. 448); y Zaffaroni opina que “no puede defenderse legítimamente quien es víctima de una tentativa inidónea” (ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 620). Luzón, por su parte, reduce la prohibición a los casos de tentativa imposible (cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., p. 149).

- 12 En este último sentido se pronuncia María Camila Correa Flórez en este mismo libro, “Asalto con armas de fuego y legítima defensa”, p. 133, y en un texto anterior (CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, “Legítima defensa, legítima defensa putativa y miedo insuperable: sus principales diferencias a la hora de eximir de responsabilidad penal”, en RICARDO POSADA MAYA, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ y MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ, *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Universidad Sergio Arboleda-Grupo Editorial Ibáñez-Universidad de los Andes, Bogotá, 2017, n.º 5, p. 268).
- 13 ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/21, p. 619.
- 14 Como en este mismo volumen afirma CORREA FLÓREZ, “Asalto con armas de fuego y legítima defensa”, p. 121.
- 15 En el entendido de que la infracción de las normas constituye un indicador de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado se podría afirmar, con Molina Fernández, que “[s]olo es ilegítimo el ataque infractor de normas”; MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, “La legítima defensa del derecho penal”, *RJUIAM*, n.º 25, 2012-I, p. 26.

amparada por el ordenamiento jurídico sino que, por eso mismo, debe ser tolerada por los demás aun cuando ella sea susceptible de poner en peligro¹⁶ o, incluso, de dañar bienes jurídicos¹⁷.

Portar unas gonzúas, un objeto contundente o un cuchillo puede representar un peligro para el patrimonio económico o la integridad física de los demás; pero mientras esa conducta pueda ser considerada como un mero acto preparatorio por no abandonar el ámbito del riesgo permitido, no debe ser considerada como constitutiva de una agresión injusta. Lo mismo se puede decir de la actitud de deambular en las noches, ataviado con un abrigo negro de cuello alto, con gafas oscuras y las manos en los bolsillos. Si el legislador considera que comportamientos como esos no deben ser tolerados por el elevado peligro que representan para la convivencia en comunidad, siempre puede intentar elevarlos a la categoría de delito, que es lo que en los últimos años ha llevado a la cuestionable práctica de incrementar significativamente los delitos de peligro concreto y, lo que es peor, los de peligro abstracto. Pero mientras eso no ocurra, dichas conductas no solo deben ser toleradas, sino que frente a ellas no hace falta ni sería lícito tomar contramedidas. Es importante precisar que esta conclusión no equivale a sostener que la agresión injusta deba ser típica, sino tan solo creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado¹⁸, que es solo el primero de los requisitos de la imputación objetiva.

16 “Tampoco es invocable la legítima defensa contra actividades peligrosas que se mantengan dentro del cuidado exigible en el tráfico (*riesgo permitido*)”; MOLINA FERNÁNDEZ, “La legítima defensa del derecho penal”, cit., p. 27.

17 Por eso no son ilegítimas las agresiones de quien actúa en legítimo ejercicio de un derecho (cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., p. 262) o en ejercicio de una actividad profesional (cfr. *ibíd.*, p. 264).

18 Esto sobre el supuesto de que el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado supone la infracción de normas que no necesariamente son de naturaleza penal; cfr. REYES, YESID, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 123-131.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la valoración de conductas como las descritas en el párrafo anterior siempre se hace dentro de un determinado contexto y desde una perspectiva *ex ante*¹⁹. Por consiguiente, no es el solo hecho de tener en la mano un objeto contundente o un arma de fuego lo que puede ser calificado como una agresión lícita o antijurídica, sino lo que a través de esos comportamientos se comunica. Mientras la actitud de un policía que con su arma de dotación en la mano vigila a quien ha sido sorprendido en flagrancia no se interpreta como una agresión ilícita de su parte, la actuación de quien eleva sobre su cabeza un ladrillo mientras discute airadamente con alguien a quien acaba de derribar sí es susceptible de interpretarse como una agresión antijurídica, en la medida en que revela el comienzo de ejecución de una conducta delictiva (tentativa). Por eso, mientras en el primer caso la legítima defensa es inadmisibile, resulta perfectamente válida en el segundo.

Si se acepta que la valoración de una conducta depende de lo que ella comunique²⁰, entonces la calificación que se haga de una agresión como real o irreal debe obedecer al mismo parámetro. En el ámbito social, la realidad no se reduce a lo ontológico²¹; si así fuera no existirían las personas (ni naturales ni jurídicas), ni el Estado, ni el delito mismo; solo habría individuos y naturaleza, cuyas relaciones estarían regidas por la necesidad. Conceptos como los de agresión o

19 No solo en cuanto a la determinación de la existencia de la agresión injusta, sino también para evaluar la necesidad abstracta y concreta de la defensa, lo que hace indispensable tomar en consideración los conocimientos y capacidades especiales de que disponía quien invoca la legítima defensa (cfr. REYES, YESID, "El concepto social-comunicativo de acción", en AA.VV., *Libro homenaje a Agustín Jorge Barreiro*, vol. I, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, p. 740). En este sentido se pronuncian tanto CORREA FLÓREZ ("Asalto con armas de fuego y legítima defensa ¿putativa?", p. 124, 128, 130, 132, 133 y 134) como RICARDO ECHAVARRÍA y SUSANA ESCOBAR ("El caso de los fleteros de Castropol", p. 98 a 100, 110, 112 y 113) en este mismo volumen.

20 Cfr. REYES, "El concepto social-comunicativo de acción", cit., p. 740.

21 Cfr. REYES, "El concepto social-comunicativo de acción", cit., p. 740.

ilicitud no son ontológicos (en realidad ningún concepto lo es), sino que constituyen formas simbólicas y consensuadas de denominar lo que un comportamiento comunica. Por eso el significado de una conducta depende de cómo se la interprete a partir de unos parámetros de común aceptación; ese es el fundamento de la muy socorrida figura del hombre medio, que describe la forma como cualquier persona se comportaría (o debería hacerlo, si se alude a sus variantes de hombre prudente o *pater familias*) en determinada situación.

Cuando vemos que en medio de un altercado callejero alguien desenfunda un arma de fuego, la dirige hacia la cabeza de una persona y se dispone a apretar el gatillo, interpretamos esa conducta como el comienzo de un atentado contra la integridad personal, como una tentativa de homicidio. En la medida en que eso es lo que dicha conducta comunica, la interpretación que de ella se hace conforme a los parámetros de común aceptación constituye una realidad apta para producir interacción social, como podría ser la intervención de un oficial de policía para desarmar al sujeto o la de la propia víctima reaccionando con la celeridad suficiente para causarle la muerte al agresor. La circunstancia de que después de culminado el episodio se establezca que el arma era de juguete no cambia en nada la situación, porque la vida en sociedad no se reduce a una relación aséptica con el mundo ontológico, sino que está edificada sobre la interpretación consensuada de las conductas de sus integrantes; el eje de la vida en comunidad es la comunicación.

Lo anterior significa que si desde una perspectiva *ex ante* una conducta es susceptible de interpretarse como una indebida forma de ataque a un bien jurídico, no solo puede ser calificada como una tentativa sino –en el contexto de la legítima defensa– como una agresión ilícita. Como la referencia a la idoneidad de la conducta en la tentativa solo tiene sentido desde una perspectiva *ex ante* (*ex post* todas las

tentativas son inidóneas²²), su calificación como tal depende de que la conducta hubiera podido ser interpretada como una indebida forma de ataque al bien jurídico, lo que no ocurriría, por ejemplo, en el caso de quien clava alfileres en un muñeco de trapo con el expreso propósito de causarle la muerte al enemigo que la figura representa.

Aplicar estas consideraciones al supuesto de hecho mencionado en un párrafo anterior lleva a admitir que la conducta de quien fue abatido cuando se disponía a accionar un arma de fuego contra alguien constituyó una agresión ilícita²³, frente a la que la víctima o un tercero estaban autorizados a reaccionar, aun cuando posteriormente se estableciera que el arma era de juguete o estaba descargada²⁴. Si de acuerdo con la concepción dominante esa conducta es constitutiva de una tentativa (inidónea) punible²⁵, es decir, si se trata de un comportamiento que autoriza al Estado a procesar y condenar a su autor, resulta difícil de entender que cuando se analiza ese mismo comportamiento desde la perspectiva

22 Cfr. REYES, YESID, *El delito de tentativa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 177.

23 Esta solución es defendida por Jakobs (a través de otra vía argumentativa): “En la amenaza con un arma fingida –no cognoscible como tal por la persona amenazada– está justificada aquella defensa (según el modo de ataque, en el marco de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo) que habría estado justificada en caso de amenaza con un arma idónea, sin tener en cuenta el análisis sobre la idoneidad que surja de una consideración *ex post*”; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 11/9, p. 426.

24 “Cuando alguien toma en sus manos un objeto que por su configuración externa puede ser tenido por cualquiera en su lugar como un auténtico revólver, el hecho de accionarlo contra otra persona creyendo que se trata de una verdadera arma cuando en realidad es una perfecta imitación de ella supone el desarrollo de una conducta punible a título de tentativa, en cuanto puede ser entendida como llevada a cabo sobre una correcta configuración de la realidad”; REYES, *El delito de tentativa*, cit., p. 178.

25 En Colombia, sin embargo, la doctrina ampliamente mayoritaria sostiene (invocando la normatividad penal) que la tentativa inidónea es impune. En este sentido se pronuncian también RICARDO ECHAVARRIA Y SUSANA ESCOBAR en este mismo libro, “El caso de los fleteros de Castropol”, p. 99. En contra, cfr. REYES, *El delito de tentativa*, cit., pp. 170 y ss.

de la legítima defensa se asegure que no constituyó una agresión ilícita.

Para poder afirmar que algo que ocurre en el mundo natural configura una “agresión” y que además ella es “injusta”, es indispensable que el observador realice una valoración de ese acontecimiento ontológico. Y esto solo es posible si cuenta con códigos de interpretación comunes (en este caso la significación gramatical y jurídica de las expresiones “agresión” e “injusta”), que le permitan entender el significado de la secuencia causal que percibe. En cuanto esa interpretación tiene lugar, el concepto de realidad cambia, porque deja de ser meramente ontológico (pura causalidad) para convertirse en valorativo; esa transformación es importante por cuanto la vida social no está regida por la pura necesidad (como sí ocurre en la naturaleza), y puesto que permite entender que la realidad social, construida a partir de la interpretación que caracteriza la comunicación consensuada, es mucho más amplia que la realidad ontológica.

En cuanto el derecho solo tiene sentido dentro de una comunidad organizada, no opera sobre la realidad reducida de lo ontológico, sino sobre una realidad comunicativamente ampliada. Un simio que presencia el momento en que un adolescente toma de un bolso ajeno un fajo de dólares percibe el mismo acontecer causal que un ser humano. Pero si ese ser humano no vive en estado natural, sino que forma parte de una comunidad social, percibe algo más que el simio: ve un hurto. Esa particular apreciación responde a una interpretación de la realidad ontológica que también transcurrió frente a los ojos del simio, pero que únicamente puede hacerse con base en códigos de comunicación compartidos. Solo así la persona puede entender que el dólar es algo más que papel con dibujos de color, que hay cosas ajenas y propias, e incluso que el adolescente tiene capacidad de culpabilidad y que está desarrollando una conducta delictiva. Nada de esto fue percibido por el simio que presencié el mismo acontecimiento natural, porque

mientras él interpretaba esa realidad natural con sus propios códigos de comunicación (los animales también los tienen), el ciudadano lo hizo con base en los parámetros que rigen la vida en sociedad. Dicho de una forma más simple, quien percibe la realidad siempre la modifica²⁶.

Quienes sostienen que una de las características que debe tener la agresión es la de ser real²⁷, y con base en ello afirman que la tentativa inidónea no lo es y, por consiguiente, no autoriza a reaccionar frente a ella en legítima defensa²⁸, trabajan con un concepto de realidad ontológico, ajeno a la realidad social; en otras palabras, valoran desde una perspectiva jurídica (que trasciende la ontológica) unos hechos a los que les niegan su trascendencia más allá de lo ontológico, con lo cual mezclan de manera inadecuada dos mundos: el de la realidad social (se sitúan en él para decidir lo que es delito) con el de la realidad natural (confinan en él la conducta sobre la que deciden).

Esta inconsistencia lleva a otras más. En el caso de quien, amenazando con un arma de fuego a su víctima, la obliga a entregarle su dinero, ¿aquel comete un delito de hurto, que además es agravado por el uso del arma de fuego? Quienes

26 Sobre cómo el observador transforma el mundo, cfr. MATURANA, HUMBERTO y VARELA, FRANCISCO, *El árbol del conocimiento*, Lumen-Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003, p. 130.

27 En contra de reconocer la legítima defensa cuando la agresión es solo aparente, cfr. BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que se derivan facultades y deberes de salvaguardia*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 268; y BOLEA BARDON, CAROLINA, "El exceso intensivo en la legítima defensa putativa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 51, 1998, p. 628. En este mismo libro sostienen esa postura SOFÍA NARANJO VALENCIA, "¿Legítima defensa en casos de abuso de confianza? Un estudio de los requisitos de la agresión de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano", p. 140, y JUAN GABRIEL NAVARRETE, "Actualidad de la agresión y exceso en la legítima defensa", pp. 156, 158 y 162.

28 Aparte de los ya mencionados en notas anteriores, cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit., pp. 265 y 266; en el comentario que hace parte de este libro sostienen esa postura ECHAVARRÍA RAMÍREZ y ESCOBAR VÉLEZ, "El caso de los fleteros de Castropol", pp. 96 y 97.

responden afirmativamente a esta pregunta²⁹ lo hacen argumentando que, si bien el arma es inidónea para causar lesiones o muerte, sí es apta para intimidar a las víctimas, lo cual es evidente con solo ver el desenlace de la conducta descrita. Frente a esta propuesta de solución cabe preguntarse: ¿cómo puede intimidar un arma que no es idónea para causar daño a la integridad personal? La única respuesta posible es que, desde una perspectiva *ex ante*, las víctimas se sienten intimidadas porque no podían saber si el arma funcionaba o no; como, dadas sus características externas, interpretaron que era auténtica, se asustaron y prefirieron entregar sus pertenencias para evitar un daño a su integridad física.

Desde mi punto de vista, esa respuesta es correcta; pero lo es porque explica la conducta de las víctimas no con base en una realidad ontológica (el arma es de fogueo), sino con fundamento en una realidad comunicativamente ampliada a través de la interpretación que de ella se hace con base en códigos compartidos al interior de una sociedad. Pero a partir de esa respuesta todavía cabe formular una pregunta más: si la visión ampliada de la realidad (la intimidación que *ex ante* provocó el arma de fogueo) produce el efecto jurídico de calificar la conducta del autor como un hurto agravado, es decir, como una indebida forma de ataque a un bien jurídico, ¿por qué no puede producir el efecto jurídico de justificar la reacción de la víctima frente a ella, si ya se la calificó como una indebida forma de ataque al bien jurídico? A mi modo de ver, la respuesta correcta a esta pregunta debe ser en el sentido de admitir que el comportamiento descrito produce efectos jurídicos no solo para ser considerado como un hurto agravado, sino también para que se lo aprecie como una agresión injusta frente a la cual es válida una reacción en legítima defensa.

29 En este libro sostienen esa postura ECHAVARRÍA RAMÍREZ y ESCOBAR VÉLEZ, "El caso de los fleteros de Castropol", p. 97.

Es curioso que se suela admitir que frente a supuestos de hecho como el descrito es viable la legítima defensa, pero solo en relación con el patrimonio económico y no respecto de la integridad personal, siempre sobre el supuesto de que la conducta era inidónea para afectar este último bien jurídico³⁰. Me resulta llamativo, porque ese planteamiento desconoce que el ataque al patrimonio económico fue posible solo porque las víctimas accedieron a entregar sus pertenencias para evitar el daño que con el arma de fogeo (que *ex ante* ellas percibían como auténtica) les podía causar el agresor. Si en el análisis del caso se prescinde del uso del arma (o se les advierte a las víctimas que se trata de un juguete), estaríamos frente al caso de una persona que le pide a otra que le entregue sus pertenencias, sin ejercer contra ella ninguna clase de presión o intimidación para conseguirlo, lo que difícilmente podría configurar una conducta delictiva.

Quienes aceptan en estos casos la legítima defensa únicamente frente a la agresión al patrimonio económico todavía tienen un interrogante más por resolver: ¿la proporcionalidad de la reacción debe ser valorada asumiendo que el arma de fuego es auténtica (como se aprecia *ex ante*) o admitiendo que es de fogeo (como se determinó *ex post*)? La respuesta no es fácil; si la reacción debe tomar en cuenta la existencia de un arma real, entonces sería justificable una respuesta muy fuerte –que incluso abarca la muerte del ladrón–, que solo podría explicarse como una defensa de la propia vida, y no del patrimonio. Si, por el contrario, se opta por decir que la reacción debe medirse frente a un arma de fogeo³¹, entonces lo cuestionable no es la proporcionalidad de la defensa, sino la existencia de una agresión frente a la que puede ejercerse esta justificante. Esto es así porque si

30 En este libro sostienen esa postura ECHAVARRÍA RAMÍREZ y ESCOBAR VÉLEZ, “El caso de los fleteros de Castropol”, p. 98.

31 En este libro sostienen esa postura ECHAVARRÍA RAMÍREZ y ESCOBAR VÉLEZ, “El caso de los fleteros de Castropol”, pp. 98 y 99.

dentro del análisis de la legítima defensa se asume que el arma era de fogeo no se requiere llegar al requisito de la proporcionalidad dado que –según la opinión dominante– una conducta inidónea no da lugar a una agresión ilegítima.

El problema de esta propuesta es que si no hay agresión y la persona reacciona afectando un bien jurídico de quien porta el arma de fogeo (lesionándolo, por ejemplo), sería ella quien estaría cometiendo un delito. Pese a su generalización, esta parece la solución más compleja desde el punto de vista teórico: se afirma que la agresión ilegítima existe para justificar la reacción de la víctima solo frente al patrimonio económico (aunque este solo se pone en peligro a través de la amenaza a la integridad de las víctimas por el uso del arma), pero para analizar la proporcionalidad de la reacción quien se defiende debe tener en cuenta que el arma es de fogeo, es decir, debe asumir que ella era inidónea para afectar su integridad personal, lo que según la doctrina dominante la torna en incapaz de ser considerada como una agresión. Con esta propuesta, la agresión injusta existe o desaparece según el elemento de la legítima defensa que se analice.

Similares consideraciones pueden hacerse en relación con la llamada defensa putativa, sobre cuya ubicación sistemática las opiniones suelen estar divididas entre quienes la tratan como una hipótesis de error de tipo y los que la consideran una modalidad de error de prohibición³². En lo que parece haber acuerdo doctrinal y jurisprudencial es en que la defensa putativa no debe ser considerada como una modalidad de legítima defensa porque la agresión que podría dar lugar a ella es tan solo una apariencia de peligro y no un peligro real³³, diferenciación que descansa sobre un

32 Sobre esta polémica, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 10/107, p. 278.

33 Cfr. BOLEA BARDON, “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa”, cit., p. 628. En este mismo libro sostienen esa postura ECHAVARRÍA RAMÍREZ y ESCOBAR VÉLEZ, “El caso de los fleteros de Castropol”, *infra*, p. 99.

concepto de realidad reducido al mundo de lo ontológico. Desde esta perspectiva hablar de un peligro real es una contradicción, porque el peligro es un juicio de valor que se refiere a la probabilidad de que en un futuro pueda presentarse una situación que apreciamos como desfavorable. Más que algo que existe en el mundo de lo natural, es una interpretación de lo que podría ocurrir a partir de lo que percibimos, siempre con base en códigos compartidos al interior de la comunidad social.

Cuando se admite, como usualmente se hace, que el error invencible sobre el presupuesto objetivo de una justificante elimina la tipicidad³⁴, se acepta que una “apariencia” tiene capacidad para incidir en un concepto ampliado de realidad (en un sentido social-comunicativo) y para generar efectos jurídicos. Con la misma lógica debería admitirse que esa “apariencia” de agresión afecta un concepto ampliado de realidad en la medida en que permite que un comportamiento sea valorado como peligroso y, por consiguiente, puede producir el efecto jurídico de considerar legítima la reacción defensiva frente a él. Así como se estima que interpreta correctamente la realidad quien causa la muerte de una persona porque dispara sobre ella creyendo (como cualquiera en su lugar lo hubiera hecho) que es un espantapájaros, debería admitirse que interpreta correctamente la realidad quien mediante un disparo mata a una persona porque entiende como una agresión un gesto suyo (como cualquiera en su lugar lo habría hecho). La consecuencia de interpretar correctamente una conducta como lícita (disparar contra un espantapájaros) lleva a que jurídicamente se la valore como permitida (no susceptible de imputación objetiva); la consecuencia de interpretar correctamente una conducta ajena como agresión injusta debe llevar a que

34 Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 10/107, p. 278.

jurídicamente esa persona esté excepcionalmente facultada para repelerla, en virtud de una legítima defensa.

De las anteriores consideraciones puede extraerse una última consecuencia. Si desde una perspectiva *ex ante* esa conducta puede ser válidamente interpretada como una agresión ilícita que justificaría tanto la aplicación de una sanción penal a su autor como la reacción contra él en legítima defensa, entonces no cabe hablar de ningún error en el comportamiento de quien se defiende. No lo hay porque en un contexto social (único en el que son concebibles el delito y el derecho) la agresión ilícita existió; por lo tanto, los casos que la doctrina califica como de error invencible sobre los presupuestos objetivos de una justificante (como en la llamada defensa putativa) no son técnicamente errores que excluyen la tipicidad; se trata de hipótesis en las que la persona interpreta correctamente la realidad (como cualquiera en su lugar lo habría hecho, para expresarlo con una fórmula habitual), de tal manera que frente a lo que constituye una agresión ilícita real el afectado puede actuar de manera justificada³⁵.

2. LA ACTUALIDAD DE LA AGRESIÓN

Pese a que la opinión dominante prescinde de la tipicidad para valorar lo injusto de la agresión, cuando analiza su actualidad hace continuas referencias a ella como un factor indispensable para determinarla. En este sentido, se afirma que como en el hurto “la consumación pende de la sustracción de la cosa de la órbita de protección del dueño

35 Con esta propuesta desaparece la crítica de quienes consideran una contradicción el hecho de que se otorgue un tratamiento más benévolo a la defensa putativa (la conducta es considerada atípica) que a la legítima defensa (la conducta es típica, pero está justificada); sobre esta crítica, cfr. CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación; la muerte del tirano de casa*, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad de los Andes, Bogotá, 2017, p. 150 y CORREA FLÓREZ, “Legítima defensa, legítima defensa putativa”, cit., p. 262.

[...] el transeúnte asaltado puede defenderse del atracador que lo agrede aun en el momento en que este huye con la cosa sustraída sin lograr ponerla bajo su propia custodia”³⁶. Limitar la actualidad de la agresión al momento consumativo de delitos como el hurto no solo significa condicionar indirectamente la injusticia de la agresión a la tipicidad de la conducta, sino que además excluye la posibilidad de que la legítima defensa pueda ser ejercida entre las fases de consumación y agotamiento; una importante consecuencia práctica de esta propuesta sería la de que algunas acciones que la víctima pudiera emprender en ese interregno contra el ladrón podrían ser calificadas como agresiones injustas, frente a las que este podría defenderse legítimamente.

Si, por el contrario, se mantiene la tesis de que la conducta puede ser considerada como agresión injusta sin que necesariamente se adecue a un tipo penal, su actualidad podría extenderse más allá de la consumación hasta el agotamiento³⁷, en los delitos en que esa diferencia es procedente³⁸. Conforme a este planteamiento, quien despoja a alguien de su billetera y huye con ella habrá consumado formalmente un delito de hurto, pero mientras no logre poner a buen recaudo el botín faltará su consumación material o agotamiento, lo que haría posible la legítima defensa³⁹ y, de otro lado, impediría que el ladrón perseguido pudiera reaccionar a su vez en legítima defensa contra la víctima que pretende impedirle que escape con el producto del delito.

36 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, cit., p. 494. En este mismo libro sostienen esa postura ECHAVARRÍA RAMÍREZ y ESCOBAR VÉLEZ, “El caso de los fleteros de Castropol”, p. 105.

37 En este mismo libro sostiene esa postura HERNÁN DARÍO OROZCO, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor? Un análisis de los requisitos de la legítima defensa a la luz del ordenamiento penal colombiano”, pp. 64 y 65.

38 “La situación es distinta cuando, como ocurre por regla general, coinciden consumación formal y agotamiento o terminación material”; cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., § 15/27, p. 622.

39 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., § 15/27, p. 622.

Una dificultad adicional que presenta el estudio de la actualidad de la agresión tiene que ver con las consecuencias que se podrían derivar del no cumplimiento de ese requisito; debido a la forma genérica en que está redactada en Colombia la norma sobre el exceso en las justificantes⁴⁰, no queda claro si cuando la persona atacada reacciona después de que la agresión ha perdido actualidad debe reconocérsele la atenuante punitiva del exceso o si, por el contrario, debe negarse la existencia de la legítima defensa incluso en la modalidad de incompleta. Con la denominación de exceso extensivo la doctrina alude a aquellos casos en los que se reacciona frente a una agresión injusta después de que ella ha dejado de ser actual⁴¹. En principio podría decirse que, siendo la actualidad un elemento estructural de la legítima defensa, su demostración es indispensable para que esta nazca a la vida jurídica, con lo que su inexistencia debería llevar a negar la justificante. La solución es correcta si se piensa en la víctima de un hurto que, después de varias semanas de averiguaciones, logra identificar el lugar donde vive el ladrón, penetra a su domicilio contra la voluntad de este y mediante violencia recupera los bienes que le habían sido ilícitamente arrebatados.

El ejemplo no ofrece dificultades porque, en la forma como está concebido, no deja dudas en cuanto a que la agresión injusta ya había desaparecido; pero no todos los casos tienen esa claridad. Fijar en la práctica el momento preciso en el que el hurto se consuma o el instante en el que se agota no es tan fácil como describirlo en un plano teórico. Esto explica los debates que hay en torno a si ese delito se

40 El numeral 7 del artículo 32 del Código Penal colombiano señala que “[e]l 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”.

41 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., p. 241.

entiende consumado en el momento en que el autor se apodera de la cosa mueble ajena en el sentido de que la toma en sus manos (extrayéndola del bolsillo de la víctima, por ejemplo), o solo cuando es sacada de la órbita de custodia de la víctima y pasa, así sea momentáneamente, a la del delincuente. Aunque la opinión dominante se inclina –con razón– en favor de esta última alternativa, no puede desconocerse que en la práctica no es fácil para un ciudadano común (ni siquiera lo es para el estudioso del derecho penal) determinar cuándo un objeto ha abandonado momentánea o definitivamente la órbita de custodia de la víctima y ha ingresado a la del delincuente. Similares consideraciones pueden hacerse en torno al concepto de agotamiento, entendido como el momento en que el ladrón asegura la custodia sobre los bienes hurtados de tal manera que no debe temer por acciones tendientes a su recuperación⁴².

Sea que se fije el límite de la actualidad de la agresión en la consumación del delito de hurto o en su agotamiento, lo cierto es que no son conceptos que se puedan establecer con la precisión requerida para afirmar de manera inequívoca la existencia o ausencia de ese requisito de la legítima defensa. Por eso resulta preferible que si del análisis *ex ante* de la situación se evidencia con claridad que la agresión ya había cesado (como en el ejemplo que he señalado en un párrafo anterior), se niegue no solo la existencia de la legítima defensa completa, sino también de la incompleta (el denominado exceso intensivo)⁴³. Sin embargo, la víctima tendría todavía la posibilidad de invocar en su favor el haber

42 Sobre estas definiciones de consumación y agotamiento puede verse el comentario de Orozco que hace parte de este libro, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?”, pp. 63 y 64.

43 Según Mir Puig, “[i]mporta distinguir claramente el ‘exceso extensivo’ del ‘exceso intensivo’, puesto que el primero excluye tanto la legítima defensa completa como la incompleta, mientras que el segundo permite la eximente incompleta”; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 16/63, p. 453.

actuado al amparo de un miedo insuperable que le eximiría de responsabilidad penal, o de buscar una reducción punitiva demostrando que su actuación se produjo en estado de ira o intenso dolor⁴⁴. En el otro extremo imaginable, esto es, cuando esa valoración *ex ante* indica con claridad que el delito de hurto no estaba consumado (o no estaba agotado, para quienes fijan en este momento el límite máximo de la legítima defensa en estos casos), se debe admitir la justificante completa.

En una opción intermedia, cuando la apreciación *ex ante* de la situación muestra que el delito de hurto ya estaba consumado (o agotado, según la tesis que se siga sobre la actualidad de la agresión), pero que la víctima, movida por un error vencible, consideraba lo contrario, se debe negar la existencia de la legítima defensa por ausencia de uno de sus requisitos esenciales, pero restaría la posibilidad de reconocer en favor de la víctima un error de tipo vencible que podría generarle una responsabilidad a título de imprudencia, en caso de que su conducta admita esa modalidad⁴⁵. Desde el punto de vista de la pena que podría serle aplicada a la víctima del hurto en esta última hipótesis, es factible que sea similar a la que le correspondería si se le reconociera la eximente incompleta (exceso intensivo), como algunos proponen; pero me parece que la solución del error resulta preferible ante las dificultades prácticas que supone la fijación de los límites propios de la consumación y el agotamiento.

44 Estas opciones son analizadas en el comentario de Orozco que hace parte de este libro, "¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?", p. 67.

45 Aunque con referencia expresa a las hipótesis en las que hay falta de cuidado en la forma de reaccionar (el disparo de advertencia alcanza al agresor), Roxin acepta que se puede responder a título de imprudencia cuando el autor se defiende de una agresión injusta; cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., § 15/44, p. 631 y nota 77.

3. LA NECESIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA DEFENSA

De acuerdo con la opinión más generalizada, la necesidad de la defensa hace referencia a que la conducta reactiva sea la requerida para repeler la agresión, sin generar un riesgo inmediato para los propios bienes⁴⁶. Una noción como esta lleva a centrar el análisis en la valoración de la conducta sin limitarla a los medios utilizados, permite efectuar un análisis sobre su idoneidad⁴⁷ para repeler la agresión, y evita que quien se defiende pueda quedar expuesto a riesgos para sus bienes jurídicos como consecuencia de su reacción.

Frente a la amplitud del concepto de necesidad, cabe preguntarse si hay un espacio para introducir como elemento autónomo de la legítima defensa el de la proporcionalidad –como ocurre en la normatividad colombiana⁴⁸– o si este resulta superfluo, como parece desprenderse de las legislaciones penales de países como Alemania y España. En la doctrina alemana, por ejemplo, esa limitación de la defensa frente a “agresiones totalmente insignificantes” no se considera como un problema de necesidad de la defensa, sino como parte de las “restricciones ético-sociales”⁴⁹ a la legítima defensa⁵⁰.

46 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., § 15/41, p. 628.

47 Sobre la idoneidad de la conducta defensiva, cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., § 15/41, p. 629.

48 Según el numeral 6 del artículo 32 de Código Penal colombiano, no hay lugar a responsabilidad penal cuando “[s]e obre por la *necesidad* de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, *siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión*” (los resaltados son míos).

49 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, cit., § 15/46, p. 632. Estas limitaciones en el plano ético (indispensables como correctivos de las teorías con las que tradicionalmente se fundamenta la legítima defensa) probablemente se deriven de planteamientos de Kant (cfr. PAWLIK, MICHAEL, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, en AA.VV., *La antijuricidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, p. 30).

50 Como ejemplos de limitaciones ético-sociales de la legítima defensa se mencionan los casos de bagatela (disparar contra un ladrón que se ha apoderado de una botella de jarabe cuyo valor era de 10 peniques en 1949), los

Para resolver este dilema se ha propuesto reducir el requisito de la proporcionalidad a la comparación entre los bienes jurídicos que entran en conflicto; esta postura presenta como ventajas su compatibilidad con las teorías que ven en la protección individual y la prevalencia del derecho el fundamento de la legítima defensa⁵¹, y la posibilidad de negarla cuando se presenta una extrema desproporción entre los bienes jurídicos involucrados⁵². Su principal problema radica en que obligaría a las víctimas a tolerar cualquier ataque injusto a sus bienes jurídicos cuando la única forma de defenderlos sea lesionando bienes de mayor valor en cabeza del agresor; por esta vía el atacante quedaría en una situación privilegiada para emprender su agresión ilegítima, en detrimento de la posición y los derechos de la víctima⁵³.

Para superar estos inconvenientes se puede optar por replantear el fundamento de la legítima defensa, como señala Hernán Darío Orozco en el comentario que hace parte de este libro⁵⁴. A partir de una fundamentación interpersonal de ella⁵⁵, se sostiene que el agresor debe “asumir los costos de la medida defensiva del agredido para defender su ámbito de

provenientes de niños, inmaduros, ebrios o enfermos mentales, y –con muchas limitaciones– aquellos en los que la agresión proviene de un círculo de relaciones interpersonales que fundamentan una posición de garantía, como entre esposos o entre padres e hijos; cfr. GROPP, WALTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Springer Lehrbuch, Berlin-Heidelberg, 2001, § 6B/83-87, pp. 191 y 192.

- 51 Las llamadas teorías dualistas. Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 16/41, p. 446.
- 52 Para ilustrar esta situación suele invocarse el caso hipotético del anciano inválido que mata de un disparo al muchacho que ha trepado a un árbol para robarle una manzana.
- 53 Sobre los problemas que plantea esta forma de entender la proporcionalidad puede verse, en este mismo libro, OROZCO, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?”, pp. 77 y 78.
- 54 Cfr. OROZCO, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?”, p. 79.
- 55 En relación con esta fundamentación de la legítima defensa puede verse el planteamiento desarrollado por Pawlik a partir de un replanteamiento de las interpretaciones que tradicionalmente se hacen de las posturas de Kant y Hegel en esta materia, en el sentido de calificarlos como los creadores de las

libertad”⁵⁶, y se afirma que la reacción estaría limitada por el principio de solidaridad mínima que impide “afectar de manera grave la salud o la vida del agresor para defender bienes de poca importancia”⁵⁷.

Otra alternativa para intentar armonizar los conceptos de necesidad y proporcionalidad que emplea la legislación penal colombiana al definir la legítima defensa sería la de entender el primero de forma abstracta, esto es, interpretando la necesidad como aquella situación que ameritaría una reacción; por su parte, la noción de proporcionalidad se correspondería con una comprensión concreta de necesidad, es decir, se entendería como aquella conducta requerida para repeler la agresión sin exponer la incolumidad de los propios bienes jurídicos⁵⁸. Esta diferenciación entre los conceptos de necesidad y proporcionalidad permitiría negar aquella en los casos de extrema desproporción entre los bienes jurídicos involucrados (por falta de necesidad abstracta), y rechazar esta cuando la conducta reactiva supera la requerida para repeler la agresión (por falta de necesidad concreta). Las consecuencias prácticas que de ello se derivarían son la posibilidad de descartar la existencia de una legítima defensa cuando no hay necesidad abstracta de defenderse (los casos que la doctrina califica como de extrema desproporción) y la opción de reconocer un exceso intensivo (con la consiguiente reducción punitiva) para los casos en que la reacción resulte desproporcionada frente a la agresión.

tesis individual y supra individual. Cfr. PAWLIK, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, cit., pp. 17 y 18.

56 Así lo afirma OROZCO en este mismo libro, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?”, p. 79.

57 Así lo sostiene OROZCO en este mismo libro, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?”, p. 82.

58 Sobre una diferenciación entre la necesidad abstracta y la concreta (aun cuando en un contexto argumentativo distinto del aquí planteado), cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 16/62, p. 453, § 16/65, pp. 454 y 455, y § 16/67, p. 454.

4. LA LIMITACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A LA ACTUACIÓN CONTRA EL AGRESOR Y SUS BIENES JURÍDICOS

Cuando se hace referencia a los límites de la legítima defensa, normalmente se piensa en que ella solo es admisible si existe la necesidad de defenderse, lo que suele circunscribir el análisis a determinar si no había otra forma menos lesiva de reaccionar frente a la agresión⁵⁹, si la conducta a través de la cual se reaccionó frente a ella era idónea para conseguirlo⁶⁰ y si, además, puede ser considerada proporcional frente a la magnitud del ataque al bien jurídico⁶¹. Menos atención recibe entre nosotros un aspecto que, si bien parece obvio, encierra varias complejidades; se trata de la exigencia de enfocar la conducta defensiva exclusivamente contra el agresor, cuyos bienes jurídicos son los únicos que deben ser objeto de la reacción⁶².

La incorporación de ese requisito a la estructura de la legítima defensa permite abordar varias situaciones que, en el contexto de esa justificante, pueden involucrar afectación a bienes jurídicos de terceros. Ese sería el caso del agredido que echa mano de una valiosa escultura ajena (incluso si le pertenece al propio atacante⁶³) para golpear en la cabeza a

59 JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, § 32/II, 2, c), p. 368.

60 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado*, cit., § 32/II, 2, b), p. 368.

61 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado*, cit., § 32/II, 2, b), p. 368.

62 A diferencia de lo que ocurre en Colombia, en otros países la doctrina acostumbra a ocuparse expresamente de esta cuestión, tal como puede observarse, por ejemplo, en las obras de Welzel (cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., § 14, II, 3, p. 127), Jakobs (cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 12/28, p. 471), Roxin (cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/104 y § 15/105, pp. 664 y 665) y Zaffaroni (cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 622).

63 Lo cual plantea el problema adicional de si en la legítima defensa la lesión a los bienes jurídicos del agresor está limitada solamente a la afectación de los que sirvieron para la agresión o, por el contrario, puede extenderse a todos los bienes del atacante (cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/108,

su agresor y de esa manera repeler el ataque del que está siendo objeto, con lo que no solo le quita la vida a aquel, sino que provoca la destrucción o el sensible deterioro de la obra de arte. Frente a esta situación es factible reconocer que la muerte del atacante está amparada por la legítima defensa, al paso que el daño al bien ajeno estaría, generalmente⁶⁴, cubierto por un estado de necesidad (defensivo⁶⁵) justificante.

Otra hipótesis se presenta cuando se reacciona en contra de la agresión pese a que la forma en la que se lo hace puede afectar la integridad personal o la vida de un tercero; la doctrina acostumbra a citar como ejemplo un antiguo caso de la jurisprudencia alemana en el que se juzgó a un hombre que, al intentar rechazar a un intruso que había penetrado abusivamente a su casa de noche, terminó por golpear de manera imprudente a su esposa⁶⁶. Si bien respecto de ella el comportamiento del marido no puede justificarse como una legítima defensa (en cuanto no era la agresora), sí es posible considerarlo amparado por un estado de necesidad

pp. 666 y 667). Por esta última alternativa se inclinan Welzel (cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., § 14, II, 3, p. 127), Jakobs (cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 12/28, pp. 471 y 472) y Roxin (cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/108, pp. 666 y 667).

64 Las excepciones pueden presentarse cuando el bien del tercero era utilizado por el agresor, como en la hipótesis de quien intenta atropellar a su enemigo con un automóvil que previamente ha robado; si el atacado dispara contra quien pretende arrollarlo y no solo lo lesiona (o le causa la muerte) sino que además ocasiona daños al vehículo, se discute si estos últimos quedan cubiertos por la legítima defensa (en cuanto formarían una unidad con el agresor) o si, por el contrario, deben ser cobijados por un estado de necesidad justificante. En favor de la primera solución, cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/107, p. 666.

65 Sobre el concepto de estado de necesidad defensivo como aquel en el que el peligro proviene del objeto contra el que se dirige la reacción, cfr. FREUND, GEORG, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2.^a ed., Springer-Lehrbuch, Berlin-Heidelberg, 2009, § 3/80, p. 101.

66 Cfr. RGST 58, 27.

(agresivo⁶⁷) disculpante⁶⁸, en la medida en que para proteger su integridad personal el procesado terminó por afectar la de su cónyuge.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el reconocimiento de un estado de necesidad disculpante depende de que en el caso analizado se reúnan los requisitos de esta figura⁶⁹. Por eso, mientras esta solución sería correcta para quien al ser amenazado con un cuchillo por un atracador dispara sobre él ocasionándole lesiones⁷⁰ (o incluso la muerte) a un tercero⁷¹, no puede aplicarse si ese mismo resultado se produce como consecuencia de los tiros que la víctima hace contra el ladrón que huye con el botín⁷²; aun cuando su conducta podría estar justificada en relación con los daños que hubiera podido producir en la integridad física del delincuente, debe responder por el homicidio del transeúnte al que alcanzó con sus disparos⁷³, siempre que su conducta pueda ser calificada como dolosa o imprudente.

Aplicar la figura de la *aberratio ictus* a supuestos de hecho como el de quien da muerte a un tercero al intentar

67 Sobre el concepto de estado de necesidad agresivo como aquel en el que el objeto contra el que se dirige la reacción no está en relación con la fuente del peligro, cfr. FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, cit., § 3/78, pp. 100 y 101.

68 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/105, p. 665.

69 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/104, p. 664.

70 Lo que, a su vez, abre la posibilidad de que ese tercero reaccione válidamente, esto es, amparado por la legítima defensa, en contra de quien se está defendiendo del agresor; ello se explica porque, si bien la conducta de quien lesiona al tercero está exculpada (por el estado de necesidad disculpante), es antijurídica y por lo tanto puede ser válidamente considerada como una agresión injusta frente a la que es legítimo reaccionar. En este sentido, cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., § 14, II, 3, p. 127 y ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/104, p. 665.

71 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/104, p. 665.

72 La disparidad de bienes jurídicos involucrados (patrimonio económico del agredido e integridad personal –o incluso vida– del tercero) impide el reconocimiento de un estado de necesidad disculpante.

73 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 15/104, pp. 664 y 665.

defenderse del atracador que amenaza su vida⁷⁴ es una solución incompleta porque, al ocuparse de la posible configuración dolosa de la conducta, mantiene el problema en el ámbito de la tipicidad. Con cualquiera de las dos opciones teóricas disponibles para tratar la *aberratio ictus*⁷⁵, el agredido habrá desplegado una conducta típica desde el punto de vista objetivo y subjetivo⁷⁶, lo que obligaría a examinarla posteriormente desde la perspectiva de las justificantes; pero, como respecto del daño causado al tercero no es viable el reconocimiento de la legítima defensa (no se trataba de un agresor), su comportamiento deberá ser examinado en el ámbito de la culpabilidad, donde podría quedar cobijado por el estado de necesidad disculpante.

Distinta es la situación si la afectación al tercero se produce por una circunstancia imprevisible⁷⁷ y ajena a la voluntad⁷⁸ del autor⁷⁹, como cuando la bala que el agredido dispara contra

74 En ese sentido puede verse el análisis que en este mismo libro hace CRISTANCHO, MAURICIO. "Caso Legarda. Entre la legítima defensa, el caso fortuito y la *aberratio ictus*", pp. 205, 206 y 212.

75 Las soluciones más frecuentes para casos de *aberratio ictus* son dos: la primera consiste en considerar que el error es relevante y, por consiguiente, afirmar que hay un concurso entre tentativa de homicidio respecto de aquel a quien se quería matar, y homicidio imprudente (o con dolo eventual) en relación con quien resultó muerto. La segunda propone considerar irrelevante el error y sancionar por un delito doloso consumado, como ocurre con las hipótesis de *error in objecto*. Sobre estas alternativas, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 10/137, p. 285.

76 La desviación en el golpe es un problema que atañe al dolo y, por consiguiente, hace parte del estudio del tipo subjetivo.

77 Sobre la imprevisibilidad como característica subjetiva del caso fortuito, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, "Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 16, 1963-2, pp. 273 y 274.

78 No al dolo; sobre la importancia de esta precisión en el análisis de hipótesis de caso fortuito, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito", cit., p. 290.

79 Desde el punto de vista del derecho penal no tiene importancia la consideración del caso fortuito como hecho natural totalmente desligado de una conducta humana (como un terremoto); por el contrario, es un concepto que guarda relación con una acción de alguien (en el sentido de que "hubo participación de una conducta humana en la producción del resultado imprevisible"), pues

su atacante se desvía al golpear contra uno de sus huesos y termina causando la muerte a un tercero que se hallaba en las proximidades⁸⁰. En una hipótesis como esa, el disparo mortal no puede ser considerado como una acción atribuible a quien utilizó el arma en contra del atacante; aquí es importante precisar que si bien el uso de la pistola en contra del asaltante puede ser válidamente considerado como una acción, eso no significa que cualquier modificación del mundo exterior causalmente conectada con ella deba serle atribuida a su autor como una acción suya, incluyendo aquellos desarrollos que –si bien están vinculados a una de sus acciones (entendida como causa)– resultan imprevisibles⁸¹. Si durante una práctica reglamentaria en un campo de tiro un deportista impacta mortalmente a quien de manera imperceptible e imprevisible descendía de un helicóptero que sobrevolaba el predio, su muerte debe ser considerada producto de un caso fortuito y no de una acción desplegada por el tirador.

5. LA DIFERENCIA ENTRE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, EL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO Y EL EJERCICIO DE ACTIVIDAD LÍCITA

Otro aspecto que no es frecuentemente tratado en profundidad es el referido al solapamiento de algunas justificantes

solo las conductas de las personas son susceptibles de valoración desde una perspectiva normativa; en este sentido, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito”, cit., pp. 276 y 277, quien, con razón, afirma que “[s]i la acción humana no se presenta como *conditio sine qua non* del resultado imprevisible, es claro que el caso fortuito pierde inmediatamente su relevancia juridicopenal” (ibíd., p. 278).

80 Ese es el supuesto de hecho analizado en este libro por CRISTANCHO, “Caso Legarda. Entre la legítima defensa, el caso fortuito y la *aberratio ictus*”, p. 205.

81 Este razonamiento solo es posible si se admite que el caso fortuito pertenece al ámbito de lo subjetivo (en cuanto vinculado a la imprevisibilidad) y no de lo objetivo (en cuanto atado exclusivamente a la causalidad); cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, “Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito”, cit., pp. 277 y 278.

entre sí, lo que plantea el problema de determinar cuál debe ser utilizada cuando más de una podría ser aplicable a una situación concreta. Cuando un policía lesiona con su arma de dotación a quien le agrede para evitar ser capturado, ¿su conducta está justificada porque se desarrolló en cumplimiento de su deber legal o por tratarse de una legítima defensa?⁸². La doctrina mayoritaria suele resolver esta cuestión a partir de una diferenciación entre causas de justificación genéricas y específicas⁸³, que permitiría privilegiar la aplicación de aquellas que han sido creadas para casos puntuales de conflictos de intereses de especial importancia, como ocurriría con las normas que autorizan el aborto en determinados casos⁸⁴, o con aquellas que en otros ámbitos del derecho están concebidas para proteger algunos bienes jurídicos⁸⁵.

En términos generales se sostiene que la posibilidad de aplicar una justificante genérica como la legítima defensa debe ceder ante la precisión de la figura que ampara el bien

82 Este es el tema que en este libro aborda BRAYAN ANDRÉS GIRALDO, “La acción defensiva del agente de policía: entre la legítima defensa y el estricto cumplimiento de un deber legal”, pp. 177 a 179.

83 Sobre la distinción entre causas genéricas (incluidas en la parte especial de los códigos penales) y específicas (incorporadas en artículos concretos de la parte especial) de justificación, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, “Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad”, en AA.VV., *Estudios penales. Libro homenaje a J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 511.

84 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, “El Estado de necesidad como ley general (aproximación a un sistema de causas de justificación)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2.ª época, n.º extraordinario, 2000, p. 201. Esto sería aplicable incluso cuando esas hipótesis en las que el aborto no es punible no son producto de una ley sino, como ocurre en Colombia, de una decisión de la Corte Constitucional, como lo pone de presente Giraldo en el comentario que hace parte de este libro, “La acción defensiva del agente de policía: entre la legítima defensa y el estricto cumplimiento de un deber legal”, pp. 180 y 181.

85 Otros, como Baldó, aluden de manera más general a la existencia de “reglas propias de preferencia entre causas de justificación”; cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit., p. 136.

jurídico de manera concreta, en aplicación del principio de especialidad⁸⁶. Con el propósito de facilitar la priorización de las justificantes conforme a unos parámetros generales, Molina Fernández ha propuesto organizarlas en una estructura piramidal⁸⁷ que no solo le permite plantear la existencia de un fundamento único para todas las justificantes⁸⁸ y entender al estado de necesidad como el vértice de esa pirámide⁸⁹, sino que, además, le sirve para poner de presente que ellas no funcionan de manera independiente, sino como parte de un sistema⁹⁰.

Un nivel previo de análisis, indispensable de abordar antes de establecer un orden que permita apreciar las

86 Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., p. 412; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "Naturaleza del sistema de justificación en derecho penal", en AA.VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, p. 386.

87 De acuerdo con su planteamiento, "las distintas causas de justificación de un ordenamiento jurídico no operarían de manera independiente entre sí, sino ordenadas en una estructura piramidal que va de lo más general y abstracto a lo más específico, en cuya cúspide aparecería un principio básico que expresaría la propia esencia de la justificación, y que sería desarrollado en escalones posteriores de sucesiva mayor concreción, que actuarían como reglas especiales respecto a los escalones previos, creando así un sistema coherente y efectivo de resolución de conflictos entre bienes jurídicos"; MOLINA FERNÁNDEZ, "El Estado de necesidad como ley general", cit., p. 200.

88 "En conclusión, la teoría del interés preponderante, como expresión última de toda causa de justificación, se limita a decir algo tan neutro y a la vez tan obvio como que los conflictos de intereses en el seno de un sistema jurídico deben resolverse a favor de los intereses preponderantes conforme a las valoraciones de dicho sistema jurídico, pero *no pone límites a lo que pueda ponderarse*. [...] Bajo el rótulo de ponderación de intereses no se encuentra tanto una fórmula más de justificación como la propia expresión de la idea de justificación: *traduce el componente mínimo de racionalidad cuando se actúa en situaciones de conflicto*"; MOLINA FERNÁNDEZ, "El Estado de necesidad como ley general", cit., pp. 217 y 218.

89 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, "El Estado de necesidad como ley general", cit., p. 227.

90 Expresado en sus propias palabras, el sistema que propone debería poder "cumplir las funciones de ordenación, regulación y orientación a la solución de problemas en este especial ámbito de la responsabilidad penal"; MOLINA FERNÁNDEZ, "El Estado de necesidad como ley general", cit., pp. 199 y 200.

relaciones existentes entre las distintas justificantes como parte de un sistema⁹¹, tiene que ver con la necesidad de diferenciar entre las causas que afectan la tipicidad y las que inciden en la antijuridicidad de la conducta. Cuando en 1939 Welzel hizo énfasis en una concepción dinámica del bien jurídico y como consecuencia de ello planteó la existencia de conductas socialmente adecuadas que deberían permanecer al margen del derecho penal⁹², una de las polémicas que suscitó fue, precisamente, la de si ellas eliminaban la tipicidad o la antijuridicidad de la conducta, lo que en última instancia conducía a preguntarse si había alguna diferencia entre las justificantes y la adecuación social. La figura que Welzel introdujo en la teoría del delito resultaba novedosa y controversial, no solo porque afectaba de manera sustancial el concepto que hasta entonces se tenía del bien jurídico, sino porque no parecía encajar en el esquema entonces vigente de la teoría del delito. Esta última dificultad llevó a Welzel a dudar sobre su ubicación sistemática⁹³, y abrió la posibilidad de que la doctrina mayoritaria pudiera desechar su utilidad con el argumento de que los casos para los que

91 Al ocuparse de las relaciones entre las causas de justificación, Molina se refiere a la integración de un sistema piramidal “que condiciona recíprocamente su espacio de aplicación, estableciendo relaciones horizontales y verticales entre ellas”; MOLINA FERNÁNDEZ, “Naturaleza del sistema de justificación en derecho penal”, cit., p. 385.

92 Cfr. WELZEL, HANS, “Studien zum System des Strafrechts”, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975, pp. 141-144.

93 Inicialmente la propuso como un mecanismo excluyente de tipicidad (cfr. WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, cit., p. 152. También en “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW* 58, 1939), pero posteriormente la calificó como una causal genérica de antijuridicidad (cfr. WELZEL, HANS, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4.ª ed., Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1961, p. 25, y desde la 4.ª hasta la 8.ª edición de su manual), para luego volver a situarla en el ámbito de la tipicidad (desde la 9.ª hasta la 11.ª y última edición de su manual).

podría servir la adecuación social ya podían resolverse con ayuda de las causas de justificación⁹⁴.

El desarrollo que tuvo esta figura varias décadas después, con su evolución hacia el concepto de riesgo permitido como parte de la imputación objetiva (que, a su vez, reemplaza al injusto)⁹⁵, volvió a plantear la necesidad de distinguir entre las causas de justificación y el riesgo permitido, especialmente frente al cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, una actividad lícita o un cargo público⁹⁶. En cuanto el concepto de riesgo permitido hace referencia a los comportamientos desarrollados de acuerdo con las normas⁹⁷ que rigen el ejercicio de determinada actividad social, parece claro que alude a conductas que carecen de interés para el derecho penal por ser consideradas de manera general como adecuadas al comportamiento que se espera de los ciudadanos en sus diversos roles sociales⁹⁸. Las causas de justificación, por el contrario, son autorizaciones excepcionales de comportamiento; se refieren a conductas que como regla general constituyen una indebida forma de ataque al bien jurídico por no hacer parte de aquellas que corresponden al ejercicio de un determinado rol social. El ataque al bien jurídico queda al margen del derecho penal solo porque en las especiales circunstancias en que se

94 El más detallado y sólido análisis crítico en este sentido provino de HIRSCH, HANS-JOACHIM, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", *ZStW* 74, 1962, pp. 89-117 y 126.

95 Cfr. REYES, *Imputación objetiva*, cit., pp. 103-109.

96 Molina cree que el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho no deberían ni siquiera ser considerados como "una genuina causa de justificación", porque no dicen "nada que no esté ya implícito en el propio término 'justificación'"; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, "El Estado de necesidad como ley general", cit., p. 225.

97 Que pueden ser de naturaleza jurídica (como el Código de Tránsito) o extra-jurídica (como la llamada *lex artis*), escritas o no escritas; cfr. REYES, *Imputación objetiva*, cit., pp. 123-131.

98 Para Freund, el concepto de riesgo permitido es relevante en parte para la tipicidad de la conducta, y en parte como principio de las justificantes; cfr. FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, cit., § 3/44, p. 88.

desarrolló (en el marco de un conflicto de derechos) se lo puede justificar, no porque las normas que regulan el desarrollo de una determinada actividad social lo permitan⁹⁹.

Esta diferenciación reduce las justificantes a la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento¹⁰⁰, mientras el cumplimiento de un deber legal, el ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público deben ser consideradas como manifestaciones del riesgo permitido. Esto no significa que todo lo que haga un servidor público deba ser automáticamente calificado como parte del riesgo permitido, pues la diferencia entre esta figura y las justificantes no depende de la genérica existencia de un rol, sino de la manera concreta como se regula su ejercicio. En Colombia, por ejemplo, los policías están autorizados a disparar sus armas de fuego solo “en defensa propia o de otras personas”¹⁰¹, lo que indica que se trata de una autorización excepcional que debe ser considerada como una forma de justificación y no como parte del riesgo permitido¹⁰². Por el contrario, cuando un policía priva de la libertad a quien acaba de sorprender en flagrancia cometiendo un delito, desarrolla un deber que es propio de su cargo y por consiguiente se trata de un comportamiento que corresponde al riesgo permitido y no a una causa de justificación.

Similares consideraciones valen frente al ejercicio de cualquier otra actividad lícita, de tal manera que mientras el cirujano que, operando conforme a la *lex artis*, realiza cortes

99 Cfr. REYES, *Imputación objetiva*, cit., pp. 109 y 110.

100 Con excepción de la denominada “conformidad”, que excluye la tipicidad de la conducta; cfr. REYES, *Imputación objetiva*, cit., pp. 171 y 172.

101 Artículo 13 de la Resolución 02903 del 23 de junio de 2017 del Ministerio de Defensa Nacional, “Por la cual se expide el Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, por la Policía Nacional”.

102 Una posición diferente sostiene GIRALDO en este mismo libro, “La acción defensiva del agente de policía: entre la legítima defensa y el estricto cumplimiento de un deber legal”, pp. 190 y 191.

en la piel y tejidos del paciente se mantiene dentro del riesgo permitido (son conductas que corresponden a la forma ordinaria de ejercer su profesión), cuando, disponiendo de un solo respirador artificial, lo utiliza para salvar la vida de uno de los dos pacientes que lo requerirían para sobrevivir, su conducta debe ser analizada desde la perspectiva de un estado de necesidad disculpante.

6. EL ASPECTO SUBJETIVO

La consideración puramente objetiva de las justificantes estaba estrechamente relacionada con estructuras ontológicas de la teoría del delito en las que su parte objetiva se encontraba conformada por todo aquello que ocurriera fuera del intelecto, al paso que su faceta subjetiva correspondía a lo que acaeciera dentro de la mente del ser humano¹⁰³. Con base en esos parámetros, la imputabilidad y la culpabilidad eran considerados los componentes subjetivos de la teoría del delito, al paso que la tipicidad y la antijuridicidad se reputaban como su faceta objetiva. El paulatino reconocimiento de las dificultades que esa distinción planteaba condujo al replanteamiento de muchos de los elementos de la teoría del delito y, en lo que atañe a las justificantes, a reconocer que en ellas también es indispensable la presencia de un aspecto subjetivo¹⁰⁴. El consenso actual, sin embargo, no abarca todas las facetas que se derivan de este requisito.

Un primer aspecto que sigue siendo objeto de divergencias conceptuales es el relacionado con el alcance que se debe otorgar al elemento subjetivo de la legítima defensa.

103 Cfr. REYES, *El delito de tentativa*, cit., pp. 513 y 514.

104 Sobre ese paulatino cambio de opinión en la doctrina a partir de la segunda mitad del siglo XX, cfr. MAURACH, REINHART, "Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechen", *NJW*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Frankfurt, 1962, p. 771.

Mientras la jurisprudencia alemana exige—desde la época del antiguo Tribunal Imperial— que la persona actúe con ánimo defensivo (aunque no sea el único motivo que la aliente), la doctrina mayoritaria considera que basta con que la persona tenga conocimiento objetivo de la situación justificante¹⁰⁵. En respaldo de esta última postura debe decirse que lo que ocurra dentro del fuero interno del ciudadano no le compete al Estado y, por consiguiente, debe permanecer al margen del escrutinio del derecho penal. Si objetivamente la persona se comporta como debe hacerlo en desarrollo de un determinado rol social, el Estado no está autorizado para cuestionar las razones por las que obró de esa manera¹⁰⁶.

El otro ámbito de discusión tiene que ver con la forma como debe ser valorada la conducta de quien, sin conocimiento objetivo de la situación justificante, causa la muerte de alguien que se disponía a atentar contra su vida. Una parte de la doctrina considera que aun cuando en situaciones como esa es claro el desvalor de acción, la muerte del agresor no sería reprochable como desvalor de resultado, lo que debería conducir a responsabilizarlo como autor de una tentativa y no de un delito consumado; este planteamiento corresponde a la estructura que usualmente se confiere a la tentativa como un delito completo desde el punto de vista

105 “La expresión ‘obrar en defensa’ no presupone, a nuestro juicio, ningún ánimo o móvil específicos, y sí, en cambio, el *conocimiento* de que se actúa en una *situación de defensa*, lo que, a su vez, implica el conocimiento de que existe una agresión ilegítima” (RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 1976, p. 49). “[P]ara la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante” (ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 14/94, p. 597). En igual sentido se pronuncia OROZCO en este mismo libro, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?”, pp. 84 y 85.

106 Como afirma OROZCO en este mismo libro, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor?”, p. 85, exigir que quien se defiende lo haga movido por un ánimo defensivo sería una manifestación de derecho penal de autor.

subjetivo pero incompleto desde una perspectiva objetiva¹⁰⁷. Como, además, el autor no habría podido conseguir lo que se proponía (el resultado de injusto perseguido por él no se produjo), se trataría de una tentativa inidónea¹⁰⁸.

Una solución distinta es posible a partir de la consideración de la tentativa como un delito perfecto, que no surge a la vida jurídica con la simple creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que adicionalmente requiere de su realización en el resultado (entendido como quebrantamiento de la norma¹⁰⁹), de la misma forma que en los llamados delitos consumados. Asumiendo que la imputación objetiva de la tentativa y la consumación son iguales, lo único que permitiría saber si en las hipótesis de legítima defensa sin conciencia de la justificante estamos en frente de una u otra de esas manifestaciones delictivas sería la determinación de la norma objeto de quebrantamiento. Quien dispara sobre otro con intención de matarlo crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que, en caso de que se produzca el pretendido fallecimiento, se habrá realizado en el resultado entendido como quebrantamiento de la norma que sanciona la indebida causación de la muerte de un ser humano. Como la norma infringida es esa y no la que prohíbe intentar matar a otro, la conducta es objetivamente imputable a título de homicidio consumado y no de tentativa de homicidio¹¹⁰.

107 Para una descripción de cómo se llega a esa conclusión a partir de una estructura de la teoría del delito edificada sobre los desvalores de acción y resultado y su incidencia en el tratamiento de la tentativa, cfr. HARRO, OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, pp. 231 y 232.

108 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., § 14/101, p. 600; RUDOLPHI, HANS JOACHIM, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, 5.ª ed., Alfred Metzner Verlag, Neuwied/Kriftel, 1991, § 22 Rn. 29; VOGLER, THEO, *Leipziger Kommentar (LK)*, 10.ª ed., t. 1, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, § 22 Rn. 140.

109 Cfr. REYES, *El delito de tentativa*, cit., pp. 76-80.

110 Por una vía distinta, un sector doctrinal sostiene que en los casos de justificantes sin conciencia se configura un delito consumado y no una tentativa;

La circunstancia de que el autor de esa conducta no fuera objetivamente consciente de que actuaba en defensa de su vida (en el momento en que disparó con el propósito de acabar con la vida de su enemigo este se disponía a hacer lo propio con él) no altera en nada el juicio de imputación objetiva. En lo que atañe a la legítima defensa (cuya existencia se valora después de terminado el análisis de imputación objetiva), sería viable reconocerle la eximente incompleta que, según la legislación penal colombiana, le permitiría una atenuación punitiva por haber excedido los límites propios de la legítima defensa, uno de los cuales es –desde mi punto de vista– el conocimiento objetivo de la situación justificante¹¹¹.

Los comentarios que hacen parte de este libro permiten inferir que la solución de los problemas particulares que presenta la legítima defensa depende de la tesis que se acepte sobre la fundamentación de esta justificante, la que a su vez está condicionada por la concepción que se tenga sobre la teoría del delito en temas como su estructura (¿son la antijuridicidad y la culpabilidad dos elementos independientes?), la configuración del injusto o de la imputación objetiva, y el concepto mismo de acción, con las implicaciones que de él se derivan para la teoría del error. Es precisamente esta estructura sistémica la que permite entender los errores que pueden derivarse de una valoración apresurada y poco fundamentada de supuestos de hecho como los que en este libro se analizan.

cfr. MAURACH, REINHART y GÖSSEL KARL-HEINZ, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 2, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, § 40/10, p. 15; ZIELINSKI, DIETHART, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, pp. 263-266.

111 Cfr. REYES, *El delito de tentativa*, cit., p. 520.

REFERENCIAS

- BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que se derivan facultades y deberes de salvaguardia*, Bosch, Barcelona, 1994.
- BOLEA BARDON, CAROLINA, "El exceso intensivo en la legítima defensa putativa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 51, 1998.
- COCA VILA, IVÓ, "La legítima defensa frente a omisiones", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 69, 2016.
- CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, "Asalto con armas de fuego y legítima defensa", en este mismo libro.
- CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, en RICARDO POSADA MAYA, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ y MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ, *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Universidad Sergio Arboleda-Grupo Editorial Ibáñez-Universidad de los Andes, Bogotá, 2017, n.º 5.
- CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación; la muerte del tirano de casa*, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad de los Andes, Bogotá, 2017.
- CRISTANCHO, MAURICIO, "Caso Legarda. Entre la legítima defensa, el caso fortuito y la *aberratio ictus*", en este mismo libro.
- ECHAVARRÍA, RICARDO y ESCOBAR, SUSANA, "El caso de los fleteros de Castropol. Especial atención a los requisitos de actualidad de la agresión y proporcionalidad de la acción defensiva", en este mismo libro.
- FREUND, GEORG, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2.ª ed., Springer-Lehrbuch, Berlin-Heidelberg, 2009.
- GIRALDO, BRAYAN ANDRÉS, "La acción defensiva del agente de policía: entre la legítima defensa y el estricto cumplimiento de un deber legal", en este mismo libro.
- GROPP, WALTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Springer Lehrbuch, Berlin-Heidelberg, 2001.

- HIRSCH, HANS-JOACHIM, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", *ZStW* 74, 1962.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.
- MATURANA, HUMBERTO y VARELA, FRANCISCO, *El árbol del conocimiento*, Lumen-Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003.
- MAURACH, REINHART, "Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechen", *NJW*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Frankfurt, 1962.
- MAURACH, REINHART y GÖSSEL, KARL-HEINZ, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 2, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "El Estado de necesidad como ley general (aproximación a un sistema de causas de justificación)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2.^a época, n.º extraordinario, 2000.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "La legítima defensa del derecho penal", *RJUAM*, n.º 25, 2012-I.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "Naturaleza del sistema de justificación en derecho penal", en AA.VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006.

- NARANJO VALENCIA, SOFÍA, “¿Legítima defensa en casos de abuso de confianza? Un estudio de los requisitos de la agresión de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano”, en este mismo libro.
- NAVARRETE, JUAN GABRIEL, “Actualidad de la agresión y exceso en la legítima defensa. Comentario de un caso de asalto a una pareja de esposos”, en este mismo libro.
- OROZCO, HERNÁN DARÍO, “¿Defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor? Un análisis de los requisitos de la legítima defensa a la luz del ordenamiento penal colombiano”, en este mismo libro.
- OTTO, HARRO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992.
- PAWLIK, MICHAEL, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, en AA.VV., *La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013.
- REYES, YESID, “El concepto social-comunicativo de acción”, en AA.VV., *Libro homenaje a Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019.
- REYES, YESID, *El delito de tentativa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.
- REYES, YESID, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 2005.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, “Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad”, en AA.VV., *Estudios penales. Libro homenaje a J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, “Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 16, 1963-2.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 1976.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- RUDOLPHI, HANS JOACHIM, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, 5.ª ed., Alfred Metzner Verlag, Neuwied / Kriftel, 1991, § 22, Rn. 29.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020.
- VOGLER, THEO, *Leipziger Kommentar (LK)*, t. 1, 10.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, § 22, Rn. 140.
- WELZEL, HANS, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1961.
- WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- WELZEL, HANS, "Studien zum System des Strafrechts", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1975.
- WILENMANN, JAVIER, "Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa", en *Política Criminal*, vol. 10, n.º 20, diciembre de 2015, disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A7.pdf
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZIELINSKI, DIETHART, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

YESID REYES ALVARADO

Abogado de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia y en Criminología de la misma universidad. Magíster en Ciencias Penales, Criminológicas y Criminalísticas de la Universidad Externado de Colombia y doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Bonn. Profesor de Derecho Probatorio en la Universidad Santo Tomás de Bogotá (1986-1989). Profesor invitado en la Universidad Autónoma de Madrid (1992-1994). Profesor de Derecho Penal en la Universidad Santo Tomás de Bogotá (1996-2005). Profesor de Derecho Penal en la Universidad de los Andes (2006-2014). Conjuez de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2001-2014). Ministro de Justicia y del Derecho (2014-2016). Director del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia (2016-2019). Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes.

HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ

Abogado y exbecario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) para la realización de estudios de maestría y doctorado. Magíster en Derecho de la Universität Regensburg (Alemania). Doctor en Derecho de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania). Docente-investigador del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

La legítima defensa constituye una de las instituciones irrenunciables de cualquier orden jurídico de libertades, por lo que ha sido estudiada en profundidad en los sistemas de los que se ha nutrido históricamente el derecho penal colombiano. En nuestro ámbito, sin embargo, son escasos los trabajos que se ocupan de los fundamentos teóricos y de los criterios y límites de aplicación de la legítima defensa, lo que ha repercutido de manera negativa en una praxis judicial poco profunda y no pocas veces confusa.

El denominador común de los textos que componen este volumen consiste precisamente en analizar, a la luz del ordenamiento penal colombiano, una serie de recientes casos prácticos relativamente complejos, en los cuales la discusión gira en torno al cumplimiento total o meramente parcial de los requisitos de la legítima defensa. De esta manera, se pretende avivar la discusión teórica en Colombia sobre este tema trascendental y, al esbozar las principales líneas argumentativas para dotar de contenido a los requisitos de la legítima defensa, prestarle un aporte a nuestra praxis jurídica que desafortunadamente se enfrenta a complejas situaciones de esta naturaleza prácticamente todos los días.

