

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

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.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

CONTENIDO

Prólogo

Carmen Eloísa Ruiz López

Aspectos controversiales de la legítima defensa. A manera de estudio preliminar

Yesid Reyes Alvarado

¿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

Hernán Darío Orozco López

El caso de los fleteros de Castropol. Especial atención a los requisitos de actualidad de la agresión y proporcionalidad de la acción defensiva

Ricardo Echavarría Ramírez

Susana Escobar Vélez

Asalto con armas de fuego y legítima defensa ¿putativa? Sobre la existencia de la agresión, la agresión tentada, la proporcionalidad y el exceso de la acción defensiva

María Camila Correa Flórez

¿Legítima defensa en casos de abuso de confianza? Un estudio de los requisitos de la agresión de acuerdo con el

ordenamiento jurídico colombiano
Sofía Naranjo Valencia

Actualidad de la agresión y exceso en la legítima defensa.
Comentario de un caso de asalto a una pareja de esposos
Juan Gabriel Navarrete Montoya

La acción defensiva del agente de policía: entre la legítima
defensa y el estricto cumplimiento de un deber legal
Brayan Andrés Giraldo Blandón

El caso Legarda. Entre la legítima defensa, el caso fortuito
y la *aberratio ictus*
Mauricio Cristancho Ariza

Consentimiento y consumo en la jurisprudencia
colombiana: ¿una defensa *a pesar* del titular del bien
jurídico?
Andrés Felipe Díaz Arana

Notas al pie

PRÓLOGO

La defensa legítima de los derechos es fundamento de cualquier sociedad: nadie puede ser obligado a soportar la disminución injusta de sus derechos sin la opción de defenderlos¹.

Uno de los temas más apasionantes en la dogmática penal es el estudio y aplicación de la legítima defensa, que en términos generales ha sido entendida como el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la afectación de un derecho de un tercero, ante una agresión injusta, actual o inminente, que hace necesaria la acción defensiva.

Este es el tema objeto de estudio del presente libro colectivo, en el que los autores desarrollan, a partir del análisis de casos, los más relevantes problemas dogmáticos y prácticos de la legítima defensa. La complejidad de la discusión teórica sobre el cumplimiento total o parcial de sus requisitos, así como el análisis de su contenido en el ordenamiento penal colombiano, pero también el debate sobre las dificultades de su aplicación en la práctica, conducen a los autores a asumir el reto de presentar propuestas de solución.

Algunos de los interrogantes que intenta resolver el libro se plantean ya desde el estudio introductorio, en el que Yesid Reyes Alvarado aborda problemáticas actuales, por ejemplo, si la agresión injusta debe ser entendida como delito, o si se trata de una agresión antijurídica, no entendida como injusto punible. O la referida a qué ocurre

ante supuestos de tentativa o supuestos anteriores incluso a ella. ¿Tiene relevancia jurídica, respecto a la legítima defensa, el considerar punible o no punible la tentativa inidónea, por ejemplo? Con este tipo de interrogantes el estudio introductorio nos conduce a las principales controversias a las que nos enfrenta la legítima defensa, pasando por la relevancia de los *fenómenos comunicativos, interpretativos y valorativos* y su incidencia en la configuración de requisitos como la agresión injusta. ¿Qué ocurre con la denominada legítima defensa putativa, es un supuesto de legítima defensa, se configura una agresión injusta o se trata de un supuesto de error y cómo debe ser resuelto?

Con profundidad, el estudio introductorio aborda otro de los componentes de la legítima defensa, esto es, el de cómo debe entenderse la actualidad de la agresión, para lo cual parte de ejemplos discutidos en doctrina y jurisprudencia, como los supuestos de hurto, en los que la víctima dispara su arma de fuego en contra de los agresores cuando estos ya han emprendido la huida. ¿Se puede afirmar la existencia de agresión actual en estos casos? Si esa agresión se corresponde con una conducta tipificada, ¿cómo opera ante supuestos de mera conducta o de resultado?, ¿debe hacerse diferenciación entre consumación y agotamiento formal y material?, ¿hasta qué momento debe ser entendida o extendida la actualidad de la agresión?, y ¿qué incidencia tiene respecto a la configuración del exceso en las justificantes en la legislación colombiana?

Otro de los aspectos controversiales que aborda Reyes Alvarado es el de qué se debe entender por necesidad de la defensa y proporcionalidad de la defensa, temática en la que surgen interrogantes relacionados con la valoración de la conducta y los medios empleados para defenderse de la agresión; como también con la relevancia para la doctrina y la jurisprudencia nacionales de la proporcionalidad: ¿debe

ser considerada esta última como requisito estructural de la legítima defensa, o como elemento limitador, sin que se configure la misma? ¿En dónde y cómo operan los límites ético-sociales de la legítima defensa? Otro interrogante está referido a en qué consiste el principio de la *solidaridad mínima* y si el mismo opera en supuestos de legítima defensa.

Resaltamos la forma en que el libro nos muestra que la regulación de la legítima defensa en Colombia ha dejado por fuera aspectos de gran relevancia en la dogmática comparada, entre ellos, la exigencia de una acción defensiva que afecte exclusivamente al agresor, aspecto que toca directamente con los límites, en relación con lo cual suele centrarse la doctrina nacional en la necesidad de defensa, idoneidad de la conducta y proporcionalidad respecto a la agresión. ¿Qué ocurre cuando la conducta defensiva afecta derechos de un tercero?

De forma similar, se estudia la delimitación estructural de figuras como la legítima defensa y supuestos de estricto cumplimiento de un deber legal, legítimo ejercicio de un derecho o el ejercicio de actividad lícita: ¿cuáles de ellos corresponden a la órbita de las justificantes y cuáles deben ser considerados como parte del riesgo permitido? Finalmente, Reyes Alvarado aborda el alcance del aspecto subjetivo de la justificante: ¿se requiere actuar con ánimo defensivo, es suficiente el conocimiento objetivo de actuar bajo la justificante?, y ¿qué ocurre con la persona que actúa sin el conocimiento objetivo de la situación justificante?

El aporte a la obra de Hernán Darío Orozco López responde al interrogante sobre si podemos hablar de defensa legítima de la propiedad mediante acciones que atentan contra la vida del agresor. Para ello, a partir de un reciente caso, estudia los principales problemas jurídicos que se presentan en torno a los requisitos y límites de la legítima defensa, y la ponderación entre agresión/defensa,

esto es, en el caso objeto de estudio, patrimonio económico/vida e integridad personal. De especial interés resulta el acápite correspondiente al aspecto temporal de la legítima defensa en supuestos de hurto, en donde, con fundamentos doctrinales, el autor llega a responder si se trata de una agresión actual, lo que implicaría actuar dentro de los límites de la legítima defensa, y por ende bajo la causal eximente; y se pregunta, de no ser así, cuáles serían sus consecuencias respecto a la responsabilidad penal y cuándo se configura un caso de *exceso extensivo*. ¿Y, por otra parte, qué ocurre cuando hay alteración del estado psíquico de la víctima de la agresión? Interrogantes que resuelve Orozco López con una toma de postura fundamentada, en la que incluye explicaciones respecto al *límite ético-social* de la legítima defensa, ante requisitos como los de necesidad y proporcionalidad, así como ante el denominado *exceso intensivo*, considerado tanto en el ámbito nacional como en el comparado. Como suele suceder con los aportes de este autor, es amplia e interesante la explicación y descripción doctrinal respecto a cómo se ha entendido y puede ser interpretado el problema jurídico, en este caso, el de la proporcionalidad en la legítima defensa, especialmente ante el interrogante que plantea como hipótesis de trabajo, a saber, el de la legitimidad de la defensa del patrimonio mediante acciones que atentan contra la vida del agresor. ¿Cuál es el rol del principio de solidaridad ante situaciones de agresión? ¿Cuál es la naturaleza y cómo debe ser interpretado el elemento subjetivo de la legítima defensa?

Ricardo Echavarría Ramírez y Susana Escobar Vélez, a partir de otro caso, abordan con especial atención el estudio de los requisitos *actualidad de la agresión* y *proporcionalidad de la acción defensiva* en la legítima defensa. ¿Qué ocurre en los supuestos en que el arma no es idónea, aunque aparenta serlo, o en supuestos de error sobre la existencia de la agresión? ¿Cómo debe entenderse

lo injusto de la agresión y el requisito *actual* o *inminente* con especial referencia al delito de hurto? Como suele ocurrir en obras colectivas, los autores marcan en este punto algunas diferencias con posturas contenidas en el mismo volumen, lo que contribuye a enriquecer la discusión e interpretación jurídica, al abordar los *límites ético-sociales* que de manera constante son retomados por los diferentes aportes contenidos en el libro. Con estos elementos, Echavarría y Escobar toman postura por una corriente doctrinal de la que se derivan nuevos interrogantes.

Por su parte, María Camila Correa Flórez sigue la metodología del libro consistente en partir de un caso para desde allí abordar los ataques con arma de fuego y la legítima defensa, real o putativa, centrando su estudio en la existencia de la agresión, la agresión tentada, la proporcionalidad y el exceso de la acción defensiva. De particular interés resulta el estudio de las capacidades especiales, respecto a la proporcionalidad y necesidad al incorporarse en la acción defensiva. ¿Deben ser tenidas en cuenta o no las capacidades y conocimientos especiales en relación con la necesidad y proporcionalidad de la acción defensiva? Y, como consecuencia de ello, ¿son relevantes las capacidades y conocimientos especiales para efectos de reconocer la eximente? A continuación, la autora expone las consecuencias de una y otra postura, para finalmente fundamentar la suya.

La legítima defensa en casos de abuso de confianza es el tema presentado por Sofía Naranjo Valencia, quien centra su trabajo en los requisitos de la agresión, injusta, actual o inminente. Comparte posturas como las descritas por Orozco López, respecto a circunstancias excepcionales en las que es admisible aceptar la acción defensiva luego de consumada la agresión, con un nexo temporal delimitado. Es en este punto en el que aborda el interrogante referido a cómo debe entenderse ese límite temporal de la agresión

en el delito de abuso de confianza en relación con el principio de *autotutela*.

Los casos de asalto a parejas son de reiterada ocurrencia en nuestra realidad cotidiana. A partir de un supuesto de hecho con estas características, Juan Gabriel Navarrete Montoya aborda el requisito de la actualidad de la agresión y el *exceso* en la legítima defensa. Con especial claridad, hace énfasis en la diferenciación doctrinal del *exceso extensivo* (relación con la actualidad de la agresión) y el *exceso intensivo* (relación con la necesidad y la proporcionalidad), así como en sus consecuencias jurídicas, en la importancia de aplicar los límites a la legítima defensa y en los aportes doctrinales decantados por la ley y la jurisprudencia nacional. El autor también se ocupa del fascinante límite entre supuestos de legítima defensa y miedo insuperable como causal excluyente de culpabilidad.

Desde otro punto de vista, ¿se admite la legítima defensa de un agente de la policía en ejercicio de su cargo o se trata del cumplimiento de un deber legal? Brayan Andrés Giraldo Blandón se ocupa de este interesante interrogante a partir de un supuesto fáctico, en el que se indaga por la relación existente entre la legítima defensa y otras causales que en el ordenamiento jurídico colombiano son agrupadas como causales excluyentes de responsabilidad; el fundamento normativo de unas y otras causales excluyentes merece diferenciación en su construcción dogmática, para de esta manera establecer si algunas de ellas deberían ser reagrupadas en las más generales. La relación entre justificantes específicas y otras más generales es objeto de análisis en el texto de Giraldo Blandón.

A su turno, Mauricio Cristancho Ariza también parte de un caso difundido por medios de comunicación para plantear la delimitación entre los supuestos de *legítima defensa*, *caso fortuito* y *aberratio ictus*. ¿Qué ocurre cuando la acción defensiva afecta a terceros ajenos a la

agresión y a la necesidad racional de acción defensiva? ¿Nos encontramos bajo supuestos de *caso fortuito* o de *aberratio ictus*? Para tomar postura al respecto, el autor aborda doctrina y amplia jurisprudencia nacional.

Finalmente, Andrés Felipe Díaz Arana, de manera particularmente interesante, se ocupa en su artículo de supuestos como aquellos que se derivan de establecer si es posible predicar la legítima defensa ante agresiones del mismo titular del bien jurídico. ¿Puede esa “acción defensiva” ser la base de la permisión de una legítima defensa, ahora respecto a agresiones a bienes jurídicos de terceros? Para responder esta pregunta, Díaz Arana parte del estudio del *consentimiento sustituto* y su relevancia, con abundantes referencias jurisprudenciales. Resultan de particular relevancia los interrogantes formulados por el mismo autor al confrontar los intereses y derechos individuales y de autonomía, respecto a agresiones que puedan surgir de su presunta defensa.

Sobra señalar la importancia del tema, así como los aportes y la compilación de la doctrina más actual que logra realizar la obra colectiva, al igual que la referencia a las líneas jurisprudenciales de mayor relevancia.

Para el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia es grato presentar a la comunidad académica una obra con las más actuales discusiones sobre los requisitos y límites de la legítima defensa. Dada la complejidad de los interrogantes a los que nos enfrenta este volumen, así como la diversidad de las soluciones expuestas, consideramos cumplido el objetivo de dejar planteada la discusión y enriquecidos los escenarios de debate y argumentación. A los autores de la obra colectiva, así como a sus editores, felicitación y reconocimiento por el esfuerzo para concretar la presente publicación. Agradecemos de manera especial el apoyo al trabajo académico por parte de la Rectoría de la

Universidad Externado de Colombia, así como al equipo del
Departamento de Publicaciones por su esmerada labor.

CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ

Directora

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho
Universidad Externado de Colombia

**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 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 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 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 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 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 ganzúas, 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.

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 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 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 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 fogeo), 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 fogeo) 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.

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 fogueo (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 fogueo³¹, 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 dentro del análisis de la legítima defensa se asume que el arma era de fogueo 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 fogueo (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 fogueo, 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 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