



**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**“LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL SELF DEFENSE, UNA APROXIMACIÓN  
DESDE EL DERECHO COMPARADO”**

Monografía como opción de grado del estudiante de Jurisprudencia Elkin Oismer Patiño  
Lancheros

Tutora: Doctora María Camila Correa Flórez

Bogotá, 6 de mayo del 2021

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN .....	2
INTRODUCCIÓN .....	2
METODOLOGIA.....	3
I. EVOLUCION CONCEPTUAL Y TEORICA PARTIENDO DE LA DOCTRINA.....	4
II. EN TORNO A LA LEGITIMA DEFENSA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO .....	7
II. EL SELF DEFENSE EN EL SISTEMA ANGLOSAJON .....	13
III. LAS REGLAS DE SELF DEFENSE Y SU SEMEJANZA CON LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. ....	15
Imminent Threat o Regla del Peligro Inminente .....	15
Reasonable Fear of Harm o Regla del Miedo Razonable .....	16
Proportional Response o Regla de la Respuesta Proporcional .....	17
Duty to retreat o Regla del Deber de Retirarse.....	18
Stand Your Ground o Deber Defender la Posición .....	18
Castle Doctrine o Doctrina del Castillo.....	20
IV. CASOS ESPECÍFICOS DISCUTIDOS EN MATERIA DE LEGITIMA DEFENSA.....	21
V.  BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PRECLUSIÓN EN LEGITIMA DEFENSA Y SOBRE EL SOBRESEIMIENTO EN SELF DEFENSE.....	22
VI. EL PROPÓSITO DE DEFENDERSE Y EL CONOCIMIENTO DE LA AGRESIÓN ILEGITIMA EN LA LEGITIMA DEFENSA Y EN LA SELF DEFENSE .....	28
CONCLUSIONES .....	33
BIBLIOGRAFÍA.....	34

## **RESUMEN**

Este texto aborda, desde la dinámica del derecho comparado, las figuras de la Legítima Defensa establecida en el Código Penal Colombiano-Ley 599 de 2000- y la figura del “Self Defense” anglosajón, buscando con ello definir y estudiar ambos conceptos en aras de encontrar similitudes y diferencias sustanciales en ambos ordenamientos, tanto desde su concepción jurídica como en los requisitos y figuras de cada concepto, analizando en qué momento una persona que se siente agredida puede reaccionar legítimamente para repeler una conducta intencional de otro, orientada a producir daño, a lesionar un bien jurídico tutelable.

**Palabras Clave:** Legítima Defensa, Self Defense, Similitudes, Diferencias, Conducta intencional, bien jurídico tutelable.

## **ABSTRACT**

This text approaches, from the dynamics of comparative law, the figures of Legitimate Defense established in the Colombian Penal Code-Law 599 of 2000- and the figure of Anglo-Saxon “Self Defense”, thereby seeking to define and study both concepts for the sake of find substantial similarities and differences in both legal systems, both from their legal conception and in the requirements and figures of each concept, analyzing at what moment a person who feels attacked can legitimately react to repel an intentional conduct of another aimed at causing harm to injure a legal asset that can be protected.

**Key Words:** Legitimate Defense, Self Defense, Similarities, Differences, Intentional conduct, protected legal asset.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo realizar un acercamiento al concepto de la Legítima Defensa en el Ordenamiento Jurídico Nacional, tanto en el desarrollo histórico como en su origen y evolución, esto en comparación con el “Self Defense” anglosajón; para lo anterior se pondrá de manifiesto la configuración jurídica que tienen ambas figuras como causales de ausencia de responsabilidad penal y se delimitarán los criterios y requisitos que deben cumplirse, tanto en el Sistema Continental, como en el Sistema del Common Law, para la prevalencia de la Legítima Defensa o de la Self Defense ante una agresión inminente y no conjurable racionalmente por vía distinta.

Para el logro de este objetivo se acudirá al derecho comparado para definir el alcance que en materia penal tiene el uso legítimo y proporcional de la fuerza. Aquí, en este apartado, será necesario la revisión del artículo 32 de la Ley 599 de 2000 y la remisión a ciertos conceptos jurisprudenciales que darán claridad y contenido al concepto de la Legítima Defensa como criterio de ausencia de responsabilidad penal.

En este sentido, y casi en la misma perspectiva, se acudirá a un contraste conceptual y sistémico de lo que significa el instituto Self Defense del Common Law; para tales efectos se compararán los requisitos de cada instituto jurídico penal a fin de concluir que en ambas figuras converge la existencia de un *Imminent Threat* o Peligro Inminente, de una *Proportional Response* o Respuesta Proporcional y de un *Stand Your Ground* o Deber Defenderse ante una acción que pudiera resultar lesiva.

De otro lado, y con el propósito de comparar y contrastar las actuaciones procesales que se surte en ambas figuras para la declaración de ausencia de responsabilidad penal, se identificarán las etapas, ritos o procedimientos penales que deben agotarse para que un Juez o un Gran Jurado acceda a declarar la preclusión de una investigación por legítima defensa, o se dicte un sobreseimiento porque la Self Defense se ha ajustado a estrictas causales de justificación como el peligro o riesgo inminente.

Por último, y a manera de corolario, se abordarán algunos rasgos del sistema acusatorio norteamericano y del sistema acusatorio nacional buscando con ello evidenciar que en ambos sistemas jurídicos convergen axiomas propios del principio acusatorio, por cuanto en ambos ordenamientos, las solicitudes de Preclusión y de Sobreseimiento deben ser sometidas a un control jurisdiccional o de garantías de un tercero equidistante a las dos partes en confrontación.

## **METODOLOGIA**

### **Dogmática jurídica**

Para el desarrollo de esta monografía se acude al método dogmático jurídico el cual consiste en desarrollar una investigación fundamentado en la norma, la doctrina y la jurisprudencia tomando como temas centrales el derecho a la legítima defensa en el sistema colombiano y la concepción de "la self defense" del sistema anglosajón, no con la intención de concluir este trabajo proponiendo planteamientos novedosos o netamente críticos frente a las concepciones en cada sistema jurídico, haciendo uso del derecho positivo para presentar el tema abordado no como problemático, si no con la intención de hacer un ejercicio descriptivo y expositivo encaminado a evidenciar tanto similitudes como diferencias entre los sistemas jurídicos, así como facilitar el estudio y la transmisión del conocimiento partiendo del compendio de información empleado para el desarrollo del presente texto.

“La dogmática jurídica considera que el objeto de investigación jurídica deber ser el Derecho, y lo entiende como la norma, la doctrina y la jurisprudencia. La dogmática no considera otro saber (sea reflexivo, especulativo o empírico) que no sea el saber jurídico que emane de la norma, la doctrina jurídica (sobre la norma) y la jurisprudencia (sobre la norma).” (fl.rojas,ph.D,2019)

Teniendo en cuenta el fin que persigue la elaboración del presente texto encontramos como acertada la elección del método dogmático ya que el mismo al acepta al derecho como una disciplina de autorreferencia al reconocer al saber jurídico como un saber científico, lo cual nos permite realizar un trabajo investigativo y comparativo sin tener como requisito el planteamiento de una tesis o un postulado.

## **I. EVOLUCION CONCEPTUAL Y TEORICA PARTIENDO DE LA DOCTRINA**

Es necesario empezar a abordar el tema objeto de análisis para este texto haciendo un breve resumen del origen y la evolución teórica del concepto de legítima defensa basado en el texto de Claus roxin “DERECHO PENAL PARTE GENERAL PARTE I” en el cual se expone no solo los postulados históricos y evolutivos del concepto sino que además se pueden evidenciar los conceptos disimiles que exponen tanto el fundamento jurídico del mismo así como los limites aplicables dependiendo la óptica de los principales postulados.

El requisito primero para que se pueda hablar de defensa es la existencia de una agresión entendiendo la misma como *“la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana”* el elemento de la conducta humana cobra relevancia para excluir de la figura a los animales y a las personas jurídicas ya que las mismas no pueden actuar en el umbral comprendido por el derecho penal, la exigencia de una conducta humana además debe comprender las no acciones como una conducta en si misma, ya que si bien un sector doctrinante afirma que como requisito de la existencia de una agresión es obligatorio un hacer activo, esta teoría para Roxin no es convincente puesto que es posible “ matar o lesionar a alguien mediante omisión, no se ver por qué esas acciones de homicidio o lesiones no van a ser consideradas agresiones”(Roxin, 1997)

Con fundamento en lo anterior es pertinente explicar cuando puede haber lugar a la legitima defensa frente a una agresión omisiva, identificando que el sujeto activo de la conducta omisiva debe ser calificado ya que debe recaer en el un deber de garante sobre la evitación de un resultado es decir que con su omisión de una obligación en específico surge la agresión y es ahí donde la legitima defensa frente a una agresión omisiva se puede configurar ya sea constriñendo al agresor a actuar de forma tal que se evite el resultado nocivo o siendo el tercero defensor mismo quien por sus actuaciones evite el resultado dañoso.

Dos elementos de amplia discusión son tanto la antijuricidad y la actualidad como requisitos para la configuración de un derecho a la legítima defensa, requisitos que, si bien serán ampliados posteriormente en este texto en el ejercicio comparativo que se pretende, es pertinente exponer las diferentes posturas de los postulados históricos y como han evolucionado.

Respecto de la antijuricidad del hecho agresor se plantean posiciones distintas ya que ciertos postulados fundamentan como requisito la mera antijuricidad de la agresión como requisito para que se pueda configurar el ejercicio de legítima defensa mientras que en otros postulados se exige no solo la antijuricidad de la acción sino que además la misma se concrete en un daño cierto, por otro lado están quienes exponen que incluso cuando el daño fuese ocasionado por una acción que carece de antijuricidad el acaecimiento mismo del daño da derecho al agredido de defenderse legítimamente respetando por supuesto los demás principios como el de la proporcionalidad y necesidad, este postulado a su vez es concordante con la posición doctrinal que atribuye la antijuricidad de una agresión partiendo únicamente del resultado

Para algunos teóricos la legítima defensa solo procede cuando estamos frente a una agresión Culpable lo cual se traduce en que en ausencia de culpabilidad se entiende que no hay una agresión, para otros como Jakobs *“solo puede ser excluida la legítima defensa frente a agresiones evidentemente inculpables, para no cargar el riesgo de error sobre el agredido.”* (Roxin, 1997)

Es también relevante profundizar en el aspecto atenuante o excluyente de responsabilidad penal en el que desencadenan las conductas entendidas o amparadas dentro de la figura de legítima defensa para esto es completamente pertinente exponer que el mecanismo de la ley penal para sancionar los delitos surge en principio de la antijuricidad de los mismos ya que si bien en palabras del doctor Zaffaroni *“No todas las conductas antijurídicas son delitos, pero todos los delitos son conductas antijurídicas”* (Zaffaroni, 1994) esto quiere decir que los delitos poseen múltiples consecuencias jurídicas, pero la única consecuencia penal es la pena, para hacer más evidente lo expuesto previamente es pertinente usar el ejemplo que emplea el doctor zaffaroni en su manual de derecho penal parte general para exponer este planteamiento al decir que *“Un robo da lugar a una pena y a una reparación, pero la única consecuencia penal es la primera.”*

Una vez expuesto someramente el concepto de coerción penal el siguiente paso lógico es tratar de orientar el objeto de la pena, la cual en palabras del mismo zaffaroni no puede perseguir un objetivo distinto al de proveer seguridad jurídica buscando la prevención de futuras conductas delictivas, esta prevención puede buscarse mediante la prevención general o la prevención especial, entendiendo como medio de la prevención general la vía ejemplarizante la cual tiene en común con la legítima defensa que ambas al llevarse al límite

pueden transformarse en antijurídicas al configurarse una venganza ya que cuando la vía de la prevención general se transforma en reprensión intimidatoria la misma pierde el sentido de justicia así como cuando en el actuar de la víctima se omiten los criterios de proporcionalidad en inmediatas se desdibuja el amparo de seguridad jurídica y se transforma en una conducta antijurídica e igual de reprochable a la conducta que se buscaba sancionar o repeler según cada caso .

La teoría de la prevención general coexiste además con el concepto de sanción retributiva la cual es propia además de las disciplinas no penales y es aquella que busca reparar o resarcir el daño causado con un actuar y que en materia penal se configura como parte de la pena, el propósito de la exposición del concepto previo, no es otro que dar luz respecto al por que cuando el sujeto pasivo de un delito, en el ejercicio pleno del derecho a defenderse y siempre y cuando actúe bajo los parámetros legales causa un daño a su agresor, el mismo no se convierte en responsable de resarcirlos ya que en su actuar no se puede entender que haya sido este quien causa una perturbación a la seguridad jurídica, ni que en su actuar se configure responsabilidad alguna.

Respecto de la teoría de la prevención especial en la cual no solo se considera al sujeto activo sino que además tiene lugar respecto del sujeto pasivo se da lugar a hablar de lo poco que se hace por la víctima en el sistema penal ya que si bien se propende por la tutela de los bienes jurídicos, el sistema penal parece preocuparse más por sancionar al sujeto activo del delito y se olvida del sujeto pasivo quien si bien tiene derecho a buscar una reparación ya sea en el mismo proceso penal o por vía civil queda a merced de la solvencia del agresor lo cual en muchos casos se traduce en una expropiación de los bienes jurídicos de los sujetos pasivos, lo anterior realza la importancia de permitirle a la víctima dentro del marco jurídico la autotutela de sus derechos.

Carrara admite el exceso a la legítima defensa como culposos y los distingue del exceso en la defensa y establece que el exceso de legítima defensa es culposos ya que en múltiples ocasiones se puede entender como un error de cálculo en cuanto a la magnitud e inevitabilidad del hecho (Hernandez,1987)

## II. EN TORNO A LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

No cabe duda que la Legítima Defensa es una institución sumamente arraigada en el derecho penal que justifica la agresión de quien recibe una agresión injusta y que se constituye como una excepcional facultad de auto socorro o auxilio, que el Derecho otorga al individuo que se encuentra ante una situación de peligrosidad por un ataque injusto.

La licitud de la conducta de quien causa un daño en contra de quien lo provoca se deriva del derecho que tiene todo individuo de defender sus propios intereses, de la superposición de los derechos del agredido frente a los derechos del agresor y de la transposición de la defensa particular frente a la imposibilidad coyuntural de recurrir a la defensa del Estado.

La Legítima Defensa, en palabras de Fontán Balestra, es la “*Reacción necesaria para evitar la agresión ilegítima y no provocada de un bien jurídico actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano* (Balestra, 1979); de otro lado, Jiménez de Asúa, sostiene que “*la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla* (Asua, 1931).

En otras palabras, lo anterior significa que, frente a determinadas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, la Legítima Defensa justifica la responsabilidad de quien con su conducta realiza la descripción típica de cualquier dispositivo penal, como, por ejemplo, matar a alguien para defender la propia vida.

En la legislación colombiana, el artículo 32 del Código Penal regula lo atinente a la legítima defensa. Establece que ella es causal excluyente de responsabilidad penal y que se configura por la necesidad de repeler una agresión injusta, actual o inminente. Dice a este respecto el artículo en cita.

*Art. 32. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*6. Se 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.*

Así las cosas, en base a lo anterior, la idea de autoprotección de cada ciudadano tiene plena relevancia para el Derecho Penal colombiano y, podría asegurarse, siguiendo a Kühl, que “el fundamento de la legítima defensa está en la idea de autoprotección y en la legitimación que tiene cualquiera para poder defenderse a sí mismo y defender sus bienes jurídicos individuales”.

Al respecto conviene decir que por medio de reiterados fallos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha delineado los requisitos de la Legítima Defensa a través de los siguientes corolarios: *(i) que exista una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; (ii) el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o, sin duda alguna, vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo; (iii) la defensa debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; (iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados, y (v) la agresión no ha de ser intencional o provocada.*

Lo anterior significa que, en los casos de ocurrencia de una Legítima Defensa, el operador o funcionario judicial está en la obligación de realizar una verificación ex ante de lo ocurrido, para efectos de examinar el contexto especial que gobernó el caso concreto, pues, son precisamente esas circunstancias las que permiten apreciar si la reacción operó o no adecuada y proporcional al hecho.

Supongamos, por ejemplo, que en un día cualquiera un sujeto se dirige en su vehículo hacia su trabajo en compañía de algunos familiares. Mientras esperan el cambio de luz de un semáforo son interceptados por dos personas que se movilizan en motocicletas, quienes se ubican al lado derecho del vehículo. Uno de ellos, de manera intempestiva, desde su motocicleta desenfunda un arma tipo revolver, color plateado, y desde la ventana entreabierta del copiloto, apunta a los ocupantes de la camioneta.

Frente a este escenario uno de los ocupantes reacciona inmediatamente y dispara contra el referido agresor, quien recibe un impacto de bala en el cuello que deriva en la pérdida de la sensibilidad y movilidad en sus extremidades.

Una vez agotadas las audiencias preliminares y con fundamento en la causal consagrada en el numeral 6° del artículo 32 del Código Penal, el Fiscal delegado ante esa sala solicita la preclusión de la investigación, toda vez que sostiene que el sindicado actuó en legítima defensa, puesto que los hechos evidencian la puesta en peligro de su vida e integridad personal al verse intimidado por un sujeto que le apunta con un arma.

Para probar, más allá de toda duda razonable, que existió Legítima Defensa, exhibió un video captado por una de las cámaras de la secretaria de movilidad de la ciudad, que muestra el suceso objeto de investigación, observándose claramente la agresión de que fue objeto el investigado.

De igual manera, el fiscal allegó entrevista a un miembro activo de la policía, quien relató que se encontraba gozando de su descanso, cuando al estar detenido con su vehículo en un semáforo, por el retrovisor izquierdo observó que: *“un sujeto de casco negro montado en una motocicleta AKT 110 de color blanco, se acerca a la ventanilla de un vehículo tipo camioneta por su lado derecho y le apunta con un arma de fuego tipo revolver a la humanidad de los que iban en su interior”*.

También, el fiscal delegado ante esa sala, aportó la declaración de un peatón, testigo presencial, quien constató la intimidación con arma de fuego y la consecuente reacción del disparo por parte de quien se veía agredido.

Una vez estudiada la solicitud de preclusión y examinadas las pruebas por parte del juez de conocimiento, este puso de presente que, en efecto, quien reaccionó repeliendo un ataque injusto suscitado por la víctima, lo hizo dentro del marco de la causal excluyente de responsabilidad, en otras palabras, manifestó que el agresor había actuado en legítima defensa.

Adujo, entre otras cosas, que cuando un individuo saca un arma y se dirige hacia otro esgrimiéndola, con el evidente propósito de materializar el ataque, ya queda el atacado en condiciones de defensa legítima, y ya se ha producido a su respecto, la injusta agresión que exige la Ley.

Y concluyó, además, que un acto de esa naturaleza constituye una agresión. Y aun cuando el atacado no haya comenzado a sentir los efectos físicos del ataque, tiene derecho a defenderse y su defensa será justa (Sentencia AP979, 2018).

Lo dicho hasta aquí supone que el funcionario judicial siempre deberá orientarse a verificar, de acuerdo con la situación fáctica que se le represente a través de las pruebas, la concurrencia de los requisitos que componen la Legítima Defensa; ello para determinar si el ciudadano que se sitúa como posible responsable ante su estrado debe ser o no declarado culpable. Y esto dependerá, en gran medida, del examen juicioso que de la evidencia y elementos materiales de prueba realice al momento de reconstruir, con método científico y actitud disciplinada, el pasado que se le pone en conocimiento a través de los medios probatorios.

Señala el Código Penal que la Legítima Defensa puede ser propia o de terceros, regulando la propia el inc. 6º del art. 32 Código Penal y la de terceros el inc. 7º del mismo artículo.

La defensa “propia o de sus derechos” abarca la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico. En otras palabras, es suficiente con que se trate de un bien que proteja el derecho con lo que queda absolutamente a salvo su legitimidad, sin que imperiosamente deba resultar resguardado por el ordenamiento jurídico penal.

Históricamente, la legítima defensa nació unida a los delitos de homicidio y lesiones, y permanece así en los códigos antiguos, pero en todas las legislaciones contemporáneas se acepta la posibilidad de que justifique la defensa de cualquier bien jurídico, incluso aunque no se halle penalmente tutelado. Al lado de ello, al “revaluarse” notoriamente la vida humana en los documentos de Derechos Humanos de la post guerra que expresamente incluyen el “Derecho a la Vida”, surge la duda acerca de si es posible admitir en nuestro derecho positivo la defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor (Colomer, 2013).

Con todo y lo anterior, en situaciones apremiantes con un asalto a mano armada, ante el inminente peligro, resulta válido actuar al amparo de una causal de justificación de responsabilidad, como la legítima defensa, ya que no podría ser declararse culpable a quien

neutraliza la inminencia material de una agresión, siempre que se demuestre la concurrencia de los elementos estructurantes delineados por la doctrina y la jurisprudencia.

Recordemos, además, que con las palabras necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión el Código Penal caracteriza la acción de defensa propiamente dicha. De ello resultan dos premisas:

- a) Que se haya creado una situación de necesidad para el que se defiende,
- b) Que el medio empleado sea el racionalmente adecuado para evitar el peligro.

La necesidad debe resultar de la agresión que pone en peligro un bien jurídico: necesidad de defensa, la necesidad es exigencia sin la cual la defensa no es legítima. La necesidad supone oportunidad del empleo de la defensa e imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza o la utilidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción.

La ley requiere que el medio con que se impide o repele la agresión sea el racionalmente necesario para lo cual ha de tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

Al calificarse la necesidad de racional se hace un distinguo entre necesidad y proporcionalidad que tiene por consecuencia por una parte determinar una cierta proporción en los medios y por la otra que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta.

Proporción en los medios no es lo mismo que igualdad de lesión jurídica o igualdad de mal. Los autores argentinos señalan a este requisito el efecto de permitir una interpretación institucionalizada, es decir que tome en cuenta las circunstancias concretas de cada caso con el criterio común a las personas en condición semejante o la del atacado o bien desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión.

El Código Penal colombiano determina un criterio flexible para apreciar la proporcionalidad. Esta no debe ser absoluta sino racional, no debe ser apreciada en abstracto sino para cada caso concreto. El medio es racional cuando ha sido el necesario dentro de las posibilidades de que el autor dispone.

La consecuencia del empleo de medios que no sean razonables torna a la defensa imperfecta y a la acción antijurídica.

Es importante dejar claro que la exigencia impuesta por la ley es que no haya mediado provocación suficiente por parte de quien se defiende. Al calificarse la provocación de suficiente queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa y que la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito (Deu, 2012).

Provocar significa tanto como causar, pero también excitar, incitar a una cosa.

La provocación es suficiente cuando en el caso concreto es adecuada para provocar la agresión, pero no basta para justificarla.

En primer lugar, es claro que al calificarse la provocación se hace una diferencia de la que resulta que no toda provocación torna ilícita la defensa sino sólo la que es suficiente. La palabra suficiente da una idea de cantidad lo que en el aspecto que nos interesa se traduce en cierta gravedad.

Cuando la provocación alcanza la cuantía de una agresión ilegítima es lícito oponer contra ella legítima defensa. De tal suerte que el caso quede reducido a agresión y defensa.

La segunda hipótesis excluida es la de quien provoca la agresión para provocarse en aparente situación de necesidad. Este supuesto conocido en doctrina con el nombre de pretexto o simulación de legítima defensa no tiene carácter de provocación. Es más no existe necesidad real, la crea en apariencia y maliciosamente el propio agredido. Tampoco hay voluntad de defensa.

Entre la agresión ilegítima y la provocación sin relevancia jurídica, insuficiente, hay un grupo de situaciones entre las que debe situarse la provocación suficiente.

La provocación debe reunir a demás otros requisitos en cuanto al tiempo y en cuanto a la persona de quien parte y hacia quien se dirige.

El factor tiempo debe ser tomado en consideración en cuanto sirva de elemento de juicio para denotar la extensión del nexo causal entre la provocación y el ataque.

No siendo la provocación una agresión ilegítima no rige para ella el requisito de la actualidad.

Al contrario, la provocación debe haberse cumplido para ser causal de ataque.

Para que la defensa deje de ser legítima la provocación debe partir de quien lleva la acción de defensa y ser dirigida hacia el agresor. La provocación a un tercero distinto del agresor no

resta en principio legitimidad a la defensa. Tampoco perjudica la licitud la provocación de persona distinta de quien lleva la acción de defensa. En la defensa de terceros la provocación del agredido no hace incurrir en exceso al tercer defensor si éste no ha participado en ella, es decir, si ha sido también el provocador.

En síntesis, puede anotarse aquí, que los elementos descritos anteriormente pueden verse reflejados de manera más clara en casos de homicidio o lesiones personales en los cuales el sujeto activo realiza o despliega el comportamiento prohibido, para custodiar su vida o integridad personal ante un ataque inminente. Surge en estos eventos de manera palmaria la colisión de intereses entre la vida del agredido y la de su agresor, y la elección de quien es agredido sin justa causa dependerá de aquello que haga u omita en caso de colisión de intereses.

No cabe duda, entonces, de que quien comete un homicidio actuando al amparo de una causal de justificación de responsabilidad, como la legítima defensa, no puede ser declarado culpable, siempre que se demuestre la concurrencia de los elementos estructurantes delineados por la doctrina y la jurisprudencia. Por supuesto, la decisión en cada caso concreto difícilmente puede anticiparse, ya que, citando de nuevo a Hart, “atinar sobre el futuro sería asegurar un grado de certeza o predictibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición se ignora”.

## **II. EL SELF DEFENSE EN EL SISTEMA ANGLOSAJON**

Harold J Berman en su libro *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente* nos expresa una manifiesta atenuación de las diferencias que tradicionalmente han dividido los ordenamientos o familias jurídicas del *Common Law* y del *Civil Law*, todo ello aunado a esa matriz cultural común que permite hablar de una tradición jurídica de occidente que engloba ambas familias. Dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales (Hoefflich, 1997).

Así entonces, cuando René David, reflexiona en torno a las propuestas clasificatorias de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos nos indica que como criterio crucial debemos

tomar la “unidad cultural”, es decir, que la base primordial de la clasificación de los sistemas las proporcione las coincidencias de civilización y cultura (David, 1969), y con ello nos da argumentos de más para corroborar que entre las familias jurídicas clasificadas en la actualidad las diferencias cada vez son menos notorias, dada la necesidad en el mundo contemporáneo, de adecuar mecanismos que hagan posible la materialización del derecho en la vida de los hombres.

El Common Law se caracteriza por la unificación del derecho fundamental a través de las decisiones de los tribunales, el Common Law anglosajón es un derecho que es eminentemente jurisprudencial, exportado desde Inglaterra hasta el continente americano.

En palabras de Castán Tobeñas, el grupo del Common Law, frente a los otros sistemas occidentales, nos muestra una posición ideológica de concepción de la vida y de la organización social y económica. Es una oposición más bien técnica, de construcción jurídica, de método y de interpretación. El derecho angloamericano tiende, con procedimientos técnicos distintos, a obtener los mismos resultados que los otros derechos occidentales.

Lo anterior no quiere decir que no existan diferencias entre el sistema anglosajón y el derecho occidental propio de países como Colombia. Ya se ha dicho que el Sistema inglés se define por sus peculiaridades respecto a otros, pero en los últimos años viene existiendo una manifiesta atenuación de las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*.

Cierto es que desde la figura homóloga de la legítima defensa, esto es, desde el *self defense* anglosajón, existen marcadas diferencias y similitudes en cuanto a la necesidad de defenderse de una agresión que pone en peligro un bien jurídico.

Trabajos de derecho comparado señalan que mientras que en los países de América Latina la preocupación por incorporar los componentes procesales del sistema anglosajón es relativamente reciente y además está fundada generalmente en motivos políticos, en algunos países europeos se cuenta con una larga tradición de discusión doctrinal que de alguna manera ha vislumbrado los problemas a los que se enfrenta esta influencia, tanto desde el punto de vista práctico como del teórico (Marty, 1998)

En efecto, de la manera en que se plantea en nuestro medio, la recurrida contraposición entre lo acusatorio y lo inquisitivo conduce a errores de apreciación considerables, pues este criterio únicamente aporta rasgos incompletos sobre las formas de investigación y juzgamiento de tradiciones diversas, pero de modo alguno permite conclusiones claras sobre la estructura y la impronta filosófica en que se ha formado cada tradición (Pessoa, 2011).

La propia historia jurídica del viejo continente en lo que se refiere al proceso penal ha mostrado las aristas problemáticas, de este modelo cuyo centro de gravitación es la averiguación de la verdad material (Guerrero, 2016).

En efecto, en lo que respecta al Self Defense, La Corte Internacional de Justicia señaló, refiriéndose a los requisitos de proporcionalidad y necesidad, que estas condiciones limitan el ejercicio de la legítima defensa

La condición de necesidad implica que el uso de la fuerza en legítima defensa sea el único medio a disposición de la víctima para repeler la agresión de la que está siendo objeto; por lo tanto, el recurso a la fuerza, a la Self Defense, debe ser la última ratio. En esta línea, siguiendo a Ortega Carcelén, para que exista necesidad de legítima defensa es imprescindible, por una parte, que exista una situación que ponga en peligro inminente un bien jurídico tutelable como la vida contra, y por otra, “que la entidad de defensa utilizada sea proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados por el agredido.

Lo dicho hasta aquí supone que al igual que sucede con la Legítima Defensa en el ordenamiento jurídico colombiano, el Self Defense del Sistema anglosajón también es enfático en delinear los requisitos de la Legítima Defensa y lo hace exigiendo el cumplimiento de unas reglas generales entre las cuales se incluyen el “*imminent threat, reasonable fear of harm, proportional response, duty to retreat, stand your ground, castle doctrine*”

### **III. LAS REGLAS DE SELF DEFENSE Y SU SEMEJANZA CON LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.**

Entre los conceptos generales que componen la ley de autodefensa o Self Defense en el Derecho Anglosajón se han dispuesto una serie de prerrogativas o reglas que privilegian la autoprotección de una persona cuando se encuentra en riesgo su vida o sus bienes.

#### **Imminent Threat o Regla del Peligro Inminente**

Una de las reglas o prerrogativas que componen el Self Defense en el Common Law es la regla del peligro inminente o “Imminent Threat”. Recordemos que, como regla general, la Autodefensa o Self Defense solo justifica el uso de la fuerza cuando se usa en respuesta a una amenaza inmediata. La amenaza puede ser verbal, siempre que ponga a la víctima potencial en un temor inmediato de daño físico. Sin embargo, las palabras ofensivas sin una amenaza de daño físico inmediato no justifican el uso de la fuerza en defensa propia.

Además, el uso de la fuerza en legítima defensa generalmente pierde su justificación una vez finalizada la amenaza. Por ejemplo, si un agresor asalta a una víctima, pero luego termina el

asalto e indica que ya no existe ninguna amenaza de violencia, entonces la amenaza de peligro ha terminado. Cualquier uso de la fuerza por parte de la víctima contra el agresor en ese momento se consideraría una represalia y no una legítima defensa.

Si se observa bien, esta regla del Self Defense en el el Common Law es muy similar en su contenido a uno de los Criterios esbozados por la Corte Suprema de Justicia en el tema de la Legítima Defensa. Señala el Alto Tribunal que para que exista legítima defensa el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o, sin duda alguna, vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo. Este criterio es casi idéntico a que predica la Regla del Peligro Inminente del Derecho Anglosajón.

Lo anterior significa que en ambos escenarios debe haber una manifiesta necesidad de defensa. La necesidad supone oportunidad del empleo de la defensa e imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza o la utilidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción.

La ley requiere que el medio con que se impide o repele la agresión sea el racionalmente necesario para lo cual ha de tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

### **Reasonable Fear of Harm o Regla del Miedo Razonable**

A veces, la autodefensa está justificada incluso si el agresor en realidad no quiso hacer daño a la víctima. Lo que importa en estas situaciones es si una " persona razonable " en la misma situación habría percibido una amenaza inmediata de daño físico. El concepto de "persona razonable" es una presunción legal que está sujeta a diferentes interpretaciones en la práctica, pero es la mejor herramienta del sistema legal para determinar si la percepción de una persona de peligro inminente justifica el uso de la fuerza protectora (Guerrero, 2016).

Para ilustrarlo mejor, imaginemos a dos extraños caminando uno al lado del otro en un parque de la ciudad. Sin que uno lo sepa, hay una abeja zumbando alrededor de su cabeza. La otra persona ve esto y, tratando de ser amigable, se acerca rápidamente a la otra para tratar de alejar a la abeja. La persona que tiene la abeja junto a la cabeza ve la mano de un extraño que se lanza hacia su rostro y golpea violentamente la mano de la otra persona.

Si bien esto normalmente equivaldría a un asalto, un tribunal podría fácilmente encontrar que el movimiento repentino de la mano de un extraño hacia el rostro de una persona haría que un hombre razonable concluyera que estaba en peligro de daño físico inmediato, lo que haría que el uso de la fuerza un ejercicio justificable del derecho de legítima defensa. Todo esto a pesar del hecho de que el agresor percibido no pretendía hacer daño.

Al respecto conviene decir que el ordenamiento Jurídico Colombiano se ha referido al miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal y ha sostenido lo siguiente:

*“El miedo insuperable del numeral 9º, corresponde a un profundo e imponderable estado emocional ante el temor por el advenimiento de un mal, el cual conduce al agente a obrar.*

*Numeral 9. El miedo debe ser producto de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados. Tal estado emocional es una consecuencia subjetiva, de ahí que el riesgo o daño pueda ser real o imaginario, y no requiere coacción o intimidación de otra persona porque surge en el ánimo del agente.*

*En (CSJ AP 12 may. 2010, rad. 32585) se definió como, "aquél que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término ‘insuperable’ ha de entenderse como ‘aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros’. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad" (Sentencia SP2192, 2015).*

### **Proportional Response o Regla de la Respuesta Proporcional**

La ley de o Self Defense requiere que la respuesta coincida con el nivel de amenaza en cuestión. En otras palabras, una persona solo puede emplear tanta fuerza como sea necesario para eliminar la amenaza. Si la amenaza involucra fuerza letal, la persona que se defiende puede usar fuerza letal para contrarrestar la amenaza. Sin embargo, si la amenaza involucra solo fuerza menor y la persona que alega autodefensa usa fuerza que podría causar lesiones corporales graves o la muerte, el reclamo de Self Defense o de autodefensa fallará.

Podría afirmarse seguro que Proportional Response o Regla de la Respuesta Proporcional atiende al mismo criterio esbozado por la sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia cuando refiere que para que se garantice la legítima defensa la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados.

No existe diferencia alguna en este criterio de regla de proporcionalidad en el Derecho Continental y en Derecho Anglosajón y esta unidad jurídica hacen que la Legítima Defensa, constituya una excepcional facultad de auto socorro o auxilio, que el Derecho otorga al individuo que se encuentra ante una situación de peligrosidad por un ataque injusto.

## **Duty to retreat o Regla del Deber de Retirarse**

Las leyes originales con respecto a la autodefensa requerían que las personas que afirmaban autodefensa primero intentaran evitar la violencia antes de usar la fuerza. Esto también se conoce como "deber de retirarse". Si bien la mayoría de los estados han eliminado esta regla para casos que involucran el uso de fuerza no letal, muchos estados todavía requieren que una persona intente escapar de la situación antes de aplicar la fuerza letal

Según la Ley, el deber de retirarse, o el requisito de una retirada segura, es un requisito legal en algunas jurisdicciones de que una persona amenazada no puede dañar a otra en defensa propia (especialmente fuerza letal) cuando es posible retirarse a un lugar seguro.

No existe un requisito específico de que una persona deba retirarse antes de un ataque. Aunque una cierta retirada sería una prueba útil para demostrar que el acusado no quería pelear, no todos los acusados pueden escapar.

En lo que respecta al Ordenamiento Jurídico colombiano, y en especial al Código Penal, no existe la regla o el deber de retirarse. Es decir, en otras palabras, que la Legítima Defensa en estados como Colombia no atiende a la idea de que para casos que involucran el uso de fuerza no letal, se requiera que una persona intente escapar de la situación antes de aplicar la fuerza letal. En Colombia basta con estar en un peligro inminente para aplicar la fuerza letal sin dar oportunidad al agresor de retirarse.

## **Stand Your Ground o Deber Defender la Posición**

De otro lado, en contraste con el deber de retirarse, muchos estados han promulgado las llamadas leyes de "Defender su Posición". Estas leyes eliminan el deber de retirarse y permiten un reclamo de legítima defensa incluso si el demandante no hizo nada para huir de la amenaza de violencia. Como se mencionó anteriormente, esta es la regla más común cuando las situaciones involucran fuerza no letal. Sin embargo, las leyes estatales de autodefensa se dividen en el principio de defender su terreno cuando la fuerza letal está en juego.

El principio de derecho consuetudinario de la "Doctrina del Castillo" dice que las personas tienen derecho a utilizar la fuerza razonable, incluida la fuerza letal, para protegerse contra un intruso en su hogar. Este principio ha sido codificado y ampliado por las legislaturas estatales.

Hay que mencionar que en la década de 1980, un puñado de leyes estatales (apodadas leyes de "alegra mi día") abordaron la inmunidad de procesamiento en el uso de fuerza letal contra otra persona que ingresa ilegal y por la fuerza a la residencia de una persona. En 2005, Florida aprobó una ley relacionada con la Doctrina del Castillo, ampliando esa premisa con un lenguaje de "mantente firme" relacionado con la autodefensa y el deber de retirarse. La ley de Florida establece que "una persona que no esté involucrada en una actividad ilegal y que sea atacada en cualquier otro lugar donde tenga derecho a estar no tiene el deber de retirarse y tiene el derecho de defender su posición y enfrentarse a la fuerza con fuerza, incluida la fuerza letal, si él o ella cree razonablemente que es necesario hacerlo para evitar la muerte o daños corporales graves a sí mismo o a otra persona o para evitar la comisión de un delito grave forzado".

Las leyes en al menos veinticinco (25) Estados favorecen el deber de retirar a un atacante en cualquier lugar en el que se encuentre legalmente presente. (Alabama, Alaska, Arizona, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Luisiana, Michigan, Misisipi, Misuri, Montana, Nevada, Nuevo Hampshire, Carolina del Norte, Oklahoma, Pensilvania, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah y West Virginia). Al menos diez de esos estados incluyen un lenguaje que dice que uno puede "mantenerse firme". (Alabama, Florida, Georgia, Idaho, Kansas, Kentucky, Luisiana, Oklahoma, Pensilvania y Carolina del Sur).

En este mismo sentido, la ley de Pensilvania, enmendada en 2011, distingue el uso de fuerza letal fuera de la casa o el vehículo. Establece que en tales lugares uno no puede usar fuerza letal a menos que tenga una creencia razonable de muerte o lesiones inminentes, y no puede retirarse con seguridad o el atacante muestra o usa un arma letal. La ley de Idaho, aprobada en 2018, amplió la definición de homicidio justificable para incluir no solo defender la casa de un intruso, sino también defender el lugar de trabajo o un vehículo ocupado.

Leyes de autodefensa en al menos 23 estados (Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, Montana, New Hampshire, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oklahoma, Ohio, Pensilvania). , Carolina del Sur, Tennessee, Virginia Occidental y Wisconsin) brindan inmunidad civil bajo ciertas circunstancias de autodefensa.

Los estatutos en al menos seis estados (Hawai, Missouri, Nebraska, Nueva Jersey, Dakota del Norte y Tennessee) afirman que los recursos civiles no se ven afectados por las disposiciones penales de la ley de autodefensa.

Además, algunos estados (incluidos Arizona, Arkansas, California, Florida, Kansas, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oklahoma, Pensilvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Wisconsin y Wyoming) han reemplazado el derecho común "razonable persona", que colocaba la carga sobre el acusado de demostrar

que su acción defensiva era razonable, con una “presunción de razonabilidad” o “presunción de miedo”, que traslada la carga de la prueba al fiscal para probar una negativa.

### **Castle Doctrine o Doctrina del Castillo**

La Ley del Castillo, “es una ley americana que designa la residencia de la persona (o en algunos estados cualquier lugar legalmente ocupado) como un lugar en el que la persona goza de cierta protección e inmunidad y en la que bajo determinadas circunstancias puede incluso atacar a un intruso sin por ello estar sujeto a enjuiciamiento”.

Pero esta Ley tiene unos requisitos generales en Estados Unidos, que son los siguientes:

- El intruso tiene que hacer un intento de estar entrando ilegalmente o por la fuerza en la vivienda.
- El intruso tiene que estar actuando ilegalmente, no se puede atacar a un invitado, por ejemplo.
- El ocupante tiene que de alguna manera pensar que puede ser dañado o agredido por el intruso.
- El ocupante no puede de alguna manera haber forzado al intruso a entrar en la vivienda.

Y por último y muy importante, el ocupante tiene que intentar abandonar la casa (“Deber de retirada” o “Duty to retreat”) y sólo puede hacer uso de la “La Ley del Castillo” en caso de no poder escapar.

Incluso en los estados que requieren que una persona se retire de la amenaza de daño inminente antes de defenderse, una persona a menudo puede usar fuerza letal contra alguien que ingresa ilegalmente a su hogar.

Así pues, bajo este derrotero, toda persona honesta que se encuentre dentro de su domicilio o una propiedad sobre la que tiene justo título, tiene derecho a usar la fuerza para defenderla o defenderse a si mismo, a su familia o a su patrimonio. Puede incluso usar la fuerza letal frente a cualquier amenaza o agresión deshonesta que haya traspasado el perímetro de esta propiedad.

Como ya se ha indicado, el derecho a la legítima defensa es un derecho inherente a la propia existencia como ser vivo.

La llamada Doctrina del Castillo, que fue heredada de Inglaterra y sigue vigente, tiene gran semejanza a la disposición que acompaña el numeral 6º del artículo 32 del Código penal que señala los casos en los que existe ausencia de responsabilidad. Tal disposición prevé lo siguiente:

*Se presume la Legítima Defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado en su habitación o dependencias inmediatas.*

Obsérvese entonces que el Ordenamiento Jurídico desde el Código Penal también ha privilegiado la defensa del hogar o de sus dependencias inmediatas.

A mi juicio, esta adición del código penal bien pudo haber sido adoptada de la Doctrina del Castillo del Sistema Jurídico Anglosajón, toda vez que fue en Europa y en el continente americano que producto de la industrialización y del capitalismo se garantizó la defensa de los bienes, específicamente, de la amenaza o agresión deshonesta que traspase la esfera de la privacidad del ciudadano.

Hemos dicho hasta aquí que la Legítima Defensa en el Derecho Continental guarda una estrecha relación con la Self Defense o Autodefensa del Derecho Anglosajón. En ambos sistemas jurídicos existe una especie de amparo legal a favor de aquel que se ve envuelto en una situación de riesgo inminente.

A continuación, de manera sucinta, se expondrán algunos casos discutidos en la doctrina y en el Derecho Comparado que ejemplifican los momentos o circunstancias en las que es dable acudir a la Legítima Defensa o al Self Defense anglosajón para tutelar un bien jurídico ante un riesgo o amenaza inminente.

#### **IV. CASOS ESPECÍFICOS DISCUTIDOS EN MATERIA DE LEGÍTIMA DEFENSA.**

- **DELITOS PERMANENTES**: Según la Jurisprudencia y la Doctrina, es posible actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe y aunque esté formalmente consumada, aunque no esté materialmente agotada. Ejemplo: en el caso de allanamiento de morada y la detención ilegal que ya se han consumado con las acciones de entrar y encerrar, pero la agresión sigue siendo actual mientras el intruso permanece en la casa o mientras la víctima está encerrada; por eso están justificadas las conductas de expulsar al intruso o de volar la puerta del calabozo, para liberarse.
- **DELITO DE HURTO**: A pesar de la consumación formal del delito, la agresión sigue siendo actual hasta la consumación material. Cuando el ladrón huye con el botín; ya hay hurto consumado, pero la agresión a la propiedad del robado continúa siendo actual, mientras aquel no haya puesto a bien recaudo el botín, así entonces si el propietario recupera la posesión de sus cosas impidiendo al ladrón que escape de un tiro en la pierna está amparado por la legítima defensa.

- CASOS DE CHANTAJE: Es una cuestión polémica acerca de que si hay agresión actual cuando la amenaza concluye (ejemplo: revelaciones comprometedoras) y el chantajeado puede ejercer contra el chantajista Legítima Defensa. Para un sector de la doctrina no hay agresión actual porque con la amenaza concluyó la agresión a la libertad de actuación de la voluntad y la lesión al patrimonio no comienza hasta que se paga. Pero otro sector opina que la agresión existe porque sigue perturbando la libertad de actuación de la víctima. La cuestión de que si existe legítima defensa o no en la conducta del chantajeado, no es problema de actualidad de la agresión, sino de la necesidad de la defensa y de que esté requerida o indicada.
- COLOCACIÓN DE ARMAS QUE DISPARAN AUTOMÁTICAMENTE: (cepos u otros objetos defensivos similares): Se discute si son casos amparados por la legítima defensa o no, pero en ellos no falta actualidad de la agresión, aunque ellos se instalen mucho antes de la misma, con tal de que la defensa se ponga un marcha en el momento de la agresión; pero otra es la cuestión de que hasta qué punto son necesarias semejantes medidas de protección.
- CASO POLÉMICO DE LA JURISPRUDENCIA. En el caso un guarda dispara a las piernas a un cazador furtivo cuando éste pese a que el guarda le conminó e hizo un disparo de advertencia, no arrojó al suelo su escopeta cargada, sino que salió huyendo con ella. La admisión de la legítima defensa es correcta si el cazador tenía la intención de darse la vuelta en cuanto llegara a una posición de tiro favorable y disparar contra el guardia. Pero si en realidad el cazador sólo quería huir, y no disparar la suposición contraria del guarda solo puede fundamentar una legítima defensa putativa. Recordemos que en la legítima defensa subjetiva o putativa el autor supone falsamente que se encuentra en una situación de legítima defensa, yerra acerca de circunstancias, de la agresión, de su injusticia, de su inminencia o actualidad. Y si bien imagina que se encuentra ante una situación que validaría su acción, v. gr., cree que lo están atacando o lo van a atacar, esa suposición no puede ser fantasiosa y alejada totalmente de lo objetivo, sino que ha de ser razonable frente a las circunstancias o según las actitudes del supuesto agresor.

## **V. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PRECLUSIÓN EN LEGITIMA DEFENSA Y SOBRE EL SOBRESEIMIENTO EN SELF DEFENSE**

No cabe duda que las relaciones entre el sistema de justicia penal anglosajón y continental pasan por toda suerte de discusiones significativas; de tal suerte que en años recientes, el profesor Shuneman de la universidad de Múnich, en una conferencia titulada “*Cuestiones*

*básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal desde una perspectiva global”, ha disertado sobre la complejidad del asunto y ha anotado con mucha razón que las tendencias simplificadoras del proceso, se evidencian como una crisis profunda y vital para un Estado de Derecho y para un proceso de tradición centenaria que lucha por sobrevivir con sus garantías tradicionales (Ferrajoli, 2011).*

Como ya se ha dicho anteriormente, trabajos de derecho comparado han señalado que mientras que en los países de América Latina la preocupación por incorporar los componentes procesales del sistema anglosajón es relativamente reciente y además está fundada generalmente en motivos políticos, en algunos países europeos se cuenta con una larga tradición de discusión doctrinal que de alguna manera ha vislumbrado los problemas a los que se enfrenta esta influencia, tanto desde el punto de vista práctico como del teórico (Hoeflich, 1997)

Recordemos que en Colombia el proceso penal comienza con una fase de indagación o investigación previa o preliminar. Esta parte del proceso la desarrolla la Fiscalía y la Policía Judicial y consiste en la obtención de pruebas y evidencias físicas que determinan la existencia de un hecho que, por sus características, se constituye en delito.

Una vez teniendo conocimiento del presunto delito, mediante investigaciones necesarias para determinar la veracidad del hecho o de la noticia criminal, la Fiscalía debe, según sus atribuciones, tomar cualquiera de las siguientes decisiones:

El archivo de las diligencias por orden de la Fiscalía según lo establecido en el artículo 79 de la Ley 906:

*"Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.*

*Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal."*

Formular la respectiva imputación en audiencia, dicha imputación debe realizarse ante el Juez de Control de garantías y es aquí donde la Fiscalía le concede la condición de imputado a una persona según lo establecido en los artículos 286 y siguientes de la norma antes mencionada:

*"Art. 286: Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:*

*1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.*

*2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.*

*3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.*

*Art. 286: La formulación de la imputación se cumplirá con la presencia del imputado o su defensor, ya sea de confianza o, a falta de este, el que fuere designado por el sistema nacional de defensoría pública.*

*Ante el juez de control de garantías, el fiscal podrá legalizar la captura, con la sola presencia del defensor de confianza o designado por el sistema nacional de defensoría pública, cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material. La posibilidad de allanarse a la imputación se mantendrá hasta cuando la persona haya recobrado la consciencia, con el mismo descuento punitivo indicado en el inciso 1o del artículo 351 de este código.*

*Cuando el capturado se encuentre recluido en clínica u hospital, pero consciente y en estado de salud que le permita ejercer su defensa material, el juez de control de garantías, a solicitud del fiscal, se trasladará hasta ese lugar para los efectos de la legalización de captura, la formulación de la imputación y la respuesta a las demás solicitudes de las partes."*

Todas las acciones ejercidas en esta etapa deben estar autorizadas por el Juez de Control de Garantías.

Luego, una vez agotada la fase de indagación, se celebra la audiencia de formulación y con ella se da apertura a la investigación que se caracteriza porque se busca, junto con el fiscal y el cuerpo policial, elementos probatorios, información legal y evidencia que solidifiquen aún más la imputación, quedando a facultad del fiscal, solicitar la aprehensión preventiva o aplicar el principio de oportunidad establecido en el artículo 323 ejusdem.

*"Art. 323: La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.*

*El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las*

*causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías."*

El fiscal, encargado de ejercer la acción penal, dispone de treinta días para interponer el escrito formal de acusación, a su vez, solicitar la aprehensión o invocar el principio de oportunidad antes mencionado.

No obstante lo anterior, la preclusión de la investigación como mecanismo procesal mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para el efecto. Es una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado (Sentencia C 118, 2008).

Para el caso que se analiza, el artículo 32 del Código Penal colombiano, informa que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando

**6. *Se 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.***

Así las cosas, la ausencia de responsabilidad de la que trata el artículo 32 del Código Penal, se convierte en una posibilidad de preclusión en la fase del juicio. Lo anterior significa que, si bien ha existido una conducta investigada, la misma no tiene todos los elementos que solicita el artículo noveno (9°) del código penal, esto es una de las causales del artículo 32 del código penal como la Legítima Defensa y, por tanto este obrar por la necesidad de defender un derecho propio garantiza la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación.

Corolario, podríamos entrar a afirmar, entonces, que la preclusión es un instituto procesal penal, que establece unas causales, como la ausencia de responsabilidad por legítima defensa, a partir de las cuales se puede dar una terminación del proceso penal – entendiendo en este punto que se usa el concepto proceso penal para incluir en el mismo, las fases de indagación, investigación formal y juicio- en un momento anterior al que por regla general debe concluirlo; dicha institución, a partir de sus causales, permea tanto la teoría del delito, como el derecho procesal penal e incluso el derecho penal probatorio (Acosta, 2018)

De otro lado, como lo indica (Acosta, 2018) estudiando la figura de la preclusión en el derecho comparado, se encuentra que es difícil encontrar el vocablo “preclusión” en la mayoría de las codificaciones, por lo que se ha tomado como ejemplo de comparación al derecho penal de los Estados Unidos de Norteamérica.

A pesar de que el Derecho en los Estados Unidos, está estructurado como un Sistema de Common Law, el cual tiene entre sus características la obligatoriedad de las decisiones que

toma cada Corte Federal, es posible también encontrar en las codificaciones algún aspecto que nos dé una guía en torno al caso que se estudia.

Para el caso del Self Defense en el Derecho Anglosajón, el derecho penal incorpora las *Federal Rules Of Criminal Procedure*, las cuales establecen la *Criminal Rule* o Regla Criminal, lo que podría homologarse en el derecho penal colombiano como una moción para desestimar el caso, la cual debe ser solicitada por la defensa previo a la presentación del Gran Jurado.

Así pues, el Proceso Penal del Common Law trata de visualizar como actividad propia del proceso la continua búsqueda por ultimar el juicio que se adelanta en un caso concreto, para lo cual ha determinado herramientas acordes al principio acusatorio, por cuanto las mismas son sometidas a un control jurisdiccional de un tercero equidistante a las dos partes en confrontación (Acosta, 2018)

En este sentido, lo que en otras legislaciones se conoce con el nombre de *sobreseimiento*<sup>1</sup>, puede ser entendido como un acto estratégico desarrollado por la defensa para intentar librar a la parte investigada o acusada del todo el rito procesal hasta el juicio, por lo que si bien se entiende que con esta solicitud la defensa deberá exponer antes de tiempo argumentos e incluso medios de prueba que deberían revelarse en el juicio, lo cierto es que dicha actividad debe ser vista como una posibilidad y así mismo se deberá evaluar sus pro y contras, en otras palabras, la solicitud de sobreseimiento debe verse como un riesgo calculado (Méndez, 2016).

Nótese que a diferencia de la *Preclusión* que es casi potestad exclusiva de la Fiscalía en el Proceso Penal colombiano, en el *Sobreseimiento* propio del Procedimiento Penal Anglosajón se caracteriza por estar en cabeza del abogado defensor quien deberá acudir a ingeniosas estrategias a fin de librar a su defendido de un juicio innecesario.

Al mismo tiempo, es de destacar, en el proceso penal anglosajón, la importancia de la existencia de un órgano que realiza un control sobre la investigación a fin de dar vía libre a la acusación, tal vez siendo el modelo norteamericano el más reconocido con la figura del Gran Jurado, que es un verdadero tribunal de instancia intermedia con atribuciones para investigar, escuchar a los testigos de cargo e impedir que el fiscal federal postule demandas temerarias, etéreas, incongruentes o anfibológicas. Es una especie de cámara de acusación

---

<sup>1</sup> El sobreseimiento (que proviene del latín *supersedere*) es un tipo de resolución judicial que dicta un juez o un tribunal, suspendiendo un proceso por falta de causas que justifiquen la acción de la justicia. Habitualmente es una institución del derecho procesal penal.

En el sobreseimiento el juez, al ver la falta de pruebas o de ciertos presupuestos, no entra a conocer el fondo del asunto o se abstiene de seguirlo haciendo, pudiendo terminar el proceso antes de dictar sentencia. Por ese motivo, dependiendo de la legislación, el sobreseimiento no provoca normalmente el efecto de cosa juzgada y el proceso se podría reabrir más adelante.

Normalmente, el sobreseimiento se dicta mediante un auto, que puede ser objeto de recurso.

popular en la que los debates se surten sin la presencia de un juez, solo con la asistencia del fiscal federal, perteneciente al Poder Ejecutivo. Si el Gran Jurado estima que no hay causa probable y que las alegaciones del gobierno son erróneas, proferirá un *No true bill* o renuncia a todo procesamiento. En caso contrario, elaborará el respectivo *indictment*.

Se debe agregar, además que Estados Unidos es uno de los pocos países que tienen el sistema del Gran Jurado, aunque no todos los estados lo utilicen, y sus reglamentos varían según el estado. (La mayor parte de la gente está familiarizada con el jurado de iguales, formado por 12 personas, que decide la culpabilidad o la inocencia de un acusado por voto unánime, luego de deliberaciones que pueden durar horas o semanas).

Hay que mencionar también que los grandes jurados no determinan la culpabilidad o la inocencia de un acusado en un caso concreto, solamente deciden si hay evidencia suficiente para iniciar un juicio. Asimismo, un abogado fiscal/procurador preside el gran jurado, en lugar de un juez.

Los grandes jurados se llevan a cabo sin los abogados de la defensa, y generalmente sin que participen los acusados involucrados. Aquí se observa una gran diferencia con el sistema acusatorio nacional en tanto para el procedimiento penal de acusación debe estar presente o se hace necesaria la participación y comparecencia del investigado o del acusado.

Antes de continuar debe insistirse en que los procedimientos penales que se adelantan ante el Gran Jurado, se realizan en secreto, para alentar a los testigos a que testifiquen libremente y para proteger la reputación del posible acusado, en caso de que el jurado determine no realizar una acusación.

Muchos estados utilizan las audiencias preliminares en lugar del gran jurado. Cada una de estas instituciones jurídicas sirve para evitar enjuiciamientos criminales mal planteados. Sin esta protección podría ser que más acusados tuvieran que esperar en la cárcel por un juicio sin una evaluación inicial de las evidencias en contra suya.

Esos enjuiciamientos criminales mal planteados y la precariedad en la política criminal del Estado colombiano, son los que han favorecido la prolongación de la profunda crisis carcelaria que ha venido afrontando Colombia durante los últimos años. En Estados Unidos Las audiencias preliminares y los grandes jurados protegen a las personas de que el gobierno haga acusaciones sin fundamento. Sin embargo, en el sistema penal colombiano, se sigue privilegiando el populismo punitivo donde el fiscal, en calidad de acusador, tiene todo el empeño en descalificar, violar, limitar y vulnerar principios como la presunción de inocencia, a fin de que el juez tome una decisión que incluya la pena privativa de la libertad en centro carcelario.

Con todo y lo anterior, descendiendo a de nuevo al objeto de estudio, en el caso de una Autodefensa o Self Defense, el procedimiento penal para declarar el sobreseimiento en el

Sistema Norteamericano deberá iniciar con una audiencia pública, en la que los cargos son leídos formalmente por el fiscal; el acusado, asistido de defensor y en presencia de un juez, podrá declararse culpable o inocente (*guilty plea o innocent*).

Así entonces, para que opere el sobreseimiento en los casos de Self Defense es necesario que el defensor acredite de manera suficiente ante el Gran Jurado que el indiciado actuó conforme a las reglas o las prerrogativas de *imminent threat, reasonable fear of harm, proportional response, duty to retreat, stand your ground, castle doctrine*.

En este sentido, *el indictment*, pliego de cargos, documento inculpatario, escrito de acusación o resolución acusatoria, aparece sometido en el derecho comparado a las mismas exigencias probatorias, consistentes en la “posibilidad de afirmar con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe” (León, 2009).

Finalmente, cabe subrayar, en términos de derecho comparado, que el *indictment* norteamericano y el escrito de acusación colombiano son equivalentes, pero no idénticos. Mientras en EE UU aquel está a cargo del Pueblo encarnado en el Jurado de Acusación, es un derecho constitucional del inculpado y tiene exhaustivos controles previos, en el sistema nacional es un acto de parte, lo formula un fiscal, lo radica ante el juez competente para adelantar el juicio, tiene carácter vinculante y carece de controles sustanciales, jurídicos y políticos.

## **VI. EL PROPÓSITO DE DEFENDERSE Y EL CONOCIMIENTO DE LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA EN LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EN LA SELF DEFENSE**

Siguiendo a (Echandía, 1986) la defensa legítima se fundamenta en la ley instintiva de auto conservación, pero sobre el entendido del conocimiento de una agresión a los derechos, y por ello puede existir una reacción instintiva al actuar que pone en peligro los derechos, reacción que puede ser no necesariamente subjetiva sino instintiva para repeler la acción que llena los requisitos de la agresión injusta, y en atención a este postulado podemos apreciar lo dicho por Reyes Echandía quien afirma “la defensa es siempre respuesta a un estímulo agresivo, y el ser humano no responde, vale decir, no reacciona sino percibe el estímulo que genera la reacción...la legítima defensa es siempre reacción, nunca acción de propia iniciativa.

Lo dicho hasta aquí supone que quien lleva a cabo una conducta defensiva debe hacerlo al amparo de un motivo de justificación legalmente previsto. Así las cosas, podemos inferir que la legítima defensa es el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica de otro (actual o inminente), no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión (Juridico, 2018).

Es en este sentido que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha afirmado que para la estructuración de la legítima defensa es necesario que la reacción defensiva surja como consecuencia de una injusta agresión. A este respecto, señala la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP-2912018 (48609) de 2018, que cuando dos o más personas, de manera consciente y voluntaria, deciden agredirse mutuamente la legitimidad de la defensa se desvirtúa porque en ese caso los contendientes se sitúan al margen de la ley, salvo cuando en desarrollo de la riña “los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate.

Con este ejemplo se quiere evidenciar que tanto en la Legítima Defensa y como en la Self Defense debe existir además de un propósito de defenderse una agresión inminente que ponga en riesgo la vida o los bienes jurídicos del agredido. De ahí que la Corte Suprema, en sentencia SP-2912018 (48609) de 2018, haya precisado que *“lo que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obviedad entender, ésta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente”*.

De ahí que la Corte, de antiguo, tenga establecida, dicha diferenciación. Así entonces, esgrime la Corte, ...”*es obvio que una cosa es aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle y otra muy distinta estar apercebido para el caso en que la agresión se presente. Con lo primero pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad, como lo es la inminencia o lo inevitable del ataque, pero ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela; es más, elemental prudencia aconseja a quien teme peligros, precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos”*.

Y precisa el Alto Tribunal: *“la riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes, efectuado con el propósito de causarse daño”*.

*“En cambio la Legítima Defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente”*.

En otras palabras, lo anterior significa tanto para la Legítima Defensa como para la Self Defense del Common Law, se requiere que esté probado en grado de certeza que quien llevó a cabo la conducta lo hizo al amparo de un motivo de justificación y con el único propósito de defenderse de una agresión ilegítima.

También, la Corte Suprema de Justicia, en la decisión CSJ radicado 11679 del 26 de junio de 2002, agregó que:

*“La Legítima Defensa es el derecho que la Ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión”.*

*“Para la estructuración de la legítima defensa es necesario que la reacción defensiva surja como consecuencia de una injusta agresión. Cuando dos o más personas de manera consciente y voluntaria, deciden agredirse mutuamente la legitimidad de la defensa se desvirtúa, porque ya en este caso los contendientes se sitúan al margen de la Ley, salvo cuando en desarrollo de la riña, los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate”*

Ahora bien, como ya se mencionó al inicio de esta investigación, en La Legítima Defensa o Self Defense anglosajón, surge patente que la necesidad de defensa está determinada por la existencia previa o concomitante de una agresión, entendiendo ésta en sentido lato, como la conducta intencional de otro orientada a producir daño a un bien jurídico, o en términos legos, como el acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño.

Al respecto también conviene decir que la Corte ha sostenido, en sentencia del 8 de septiembre de 1950, que *“las causas que justifican o excusan de responsabilidad, deben estar probadas para que produzcan sus efectos en la vida del derecho; que la tesis de que en las dudas debe optarse por lo más favorable al procesado, no es aplicable sino cuando se duda de la responsabilidad, caso en el cual debe ser absuelto, porque la condenación debe basarse en la prueba completa del cuerpo del delito y de la responsabilidad, pero ese criterio no puede aceptarse cuando se trata de causales de justificación o excusa de que deben aparecer como evidentes”.*

Cierto es que las anteriores referencias jurisprudenciales permiten precisar con claridad los criterios y el alcance que tiene tanto la Legítima Defensa como la Self Defense desde un plano jurídico y ontológico.

Podría afirmarse seguro que disminuir o eliminar la responsabilidad penal de quien busca repeler una agresión ilegítima es, tal vez, el efecto jurídico más importante que tiene la Legítima de Defensa y la Self Defense en Derecho Continental y en el Derecho Anglosajón.

Al respecto también conviene mencionar que la tradición dogmática reflejada en el artículo 9º del Código Penal (Ley 599/00), ha dispuesto que para que la conducta de un ser humano pueda considerarse punible (es decir, que merezca castigo) tiene que cumplir tres requisitos: que sea típica, antijurídica y culpable.

La tipicidad hace referencia a que la ley penal debe definir de manera previa, inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de todo tipo penal. La antijuridicidad, por su parte, se refiere a que la conducta del sujeto activo del delito lesione o ponga

efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal: por ejemplo, la vida, la integridad personal o el patrimonio. La culpabilidad, como tercer y último requisito de la conducta punible, se refiere a que solo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. La ley penal consagra, sin embargo, algunas excepciones a la punibilidad, cuando el sujeto activo comete un delito o conducta punible. La Legítima Defensa y el “Self Defense” norteamericano son un ejemplo claro de estas.

Frente a determinadas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, la legítima defensa justifica la responsabilidad de quien con su conducta realiza la descripción típica de cualquier dispositivo penal, como, por ejemplo, matar a alguien para defender la propia vida. Parafraseando a Roxin, una causa de justificación puede definirse -o más bien se reconoce- cuando presupone que dos intereses colisionan entre ellos, de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse.

Luego, apunta el tratadista germano, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de aquellos intereses en conflicto. Siguiendo esta dirección, cabe precisar cómo la idea de autoprotección de cada ciudadano tiene plena relevancia para el Derecho Penal moderno y, siguiendo a Köhl, “el fundamento de la legítima defensa está en la idea de autoprotección y en la legitimación que tiene cualquiera para poder defenderse a sí mismo y defender sus bienes jurídicos individuales”.

Como se anticipaba, quizá el ejemplo paradigmático de las causales de justificación se encuentre representado en la legítima defensa, figura insigne de la cual con seguridad todos hemos escuchado por estos días. El artículo 32 del Código Penal regula algunas de las hipótesis normativas (a través de sistema *numerus apertus*) de ausencia de responsabilidad penal. En términos puntuales, el numeral 6º del precepto normativo citado prescribe, utilizando términos genéricos, que “no habrá lugar a declarar responsabilidad penal cuando se 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.

Ahora bien, descendamos de nuevo la mirada sobre el ejemplo propuesto en el primer capítulo de esta monografía: el caso típico del sujeto que es víctima de un atraco con arma de fuego y ante el inminente peligro de perder su vida, estando armado, dispara contra su agresor y le causa graves heridas o hasta la muerte.

Haciendo manifiesta la objeción de Hart sobre la textura abierta del Derecho y superando el debate acerca de si las reglas pueden o podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas, nadie puede desconocer hoy que, frente a tal hipótesis, el operador judicial tendrá que realizar un ejercicio de elección en la aplicación de las reglas generales para resolver si acusa o absuelve. Este ejercicio de elección, muchas veces, resulta no ser una tarea sencilla. Menos aun tratándose de casos difíciles o límite. En aras de delimitar -o más

bien con la intención de ilustrar- la resolución de posibles escenarios futuros, la jurisprudencia viene de tiempo atrás construyendo sus doctrinas pretorianas para ilustrar cuáles deben ser los requisitos estructurantes de la legítima defensa.

En efecto, como ya se expuso de manera suficiente a lo largo de este trabajo, por medio de reiterados fallos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los ha delineado a través de los siguientes corolarios: (i) que exista una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; (ii) el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o, sin duda alguna, vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo; (iii) la defensa debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; (iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados, y (v) la agresión no ha de ser intencional o provocada.

Llegados a este punto de la discusión vale la pena recalcar que los elementos descritos pueden verse reflejados en casos de homicidio o lesiones personales en los cuales el sujeto activo realiza o despliega el comportamiento prohibido, para custodiar su vida o integridad personal ante un ataque inminente. Surge en estos eventos de manera palmaria la colisión de intereses entre la vida del agredido y la de su agresor, y la elección de quien es agredido sin justa causa dependerá de aquello que haga u omita en caso de colisión de intereses.

No cabe duda, entonces, de que quien comete un homicidio actuando al amparo de una causal de justificación de responsabilidad, como la legítima defensa, no puede ser declarado culpable, siempre que se demuestre la concurrencia de los elementos estructurantes delineados por la doctrina y la jurisprudencia. Por supuesto, la decisión en cada caso concreto difícilmente puede anticiparse, ya que, citando de nuevo a Hart, “atinar sobre el futuro sería asegurar un grado de certeza o predictibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición se ignora”.

Así, en estos casos, la actividad del operador judicial siempre debe orientarse a verificar, de acuerdo con la situación fáctica que se le represente a través de las pruebas, la concurrencia de los requisitos que componen la legítima defensa; ello para determinar si el ciudadano que se sitúa como posible responsable ante su estrado debe ser o no declarado culpable. Y esto dependerá, en gran medida, del examen juicioso que de la evidencia y elementos materiales de prueba realice al momento de reconstruir, con método científico y actitud disciplinada, el pasado que se le pone en conocimiento a través de los medios probatorios.

Por ello, acudiendo al aforismo latino, el juez siempre nos precisa: ‘dame los hechos, que yo te daré el derecho’”.

Finalmente y en aras de no alargar más este trabajo de derecho comparado que estudia y contrasta las similitudes y diferencias que tiene el Derecho Penal Continental y el Derecho Penal Anglosajón en relación con el instituto de la Legítima Defensa o Self Defense, se quiere poner de manifiesto que las causales y requisitos a partir de los cuales se puede

declarar la ausencia de responsabilidad penal son básicamente los mismos y que realizando un análisis ponderativo y contextualizado, la Ley penal y el derecho consuetudinario, privilegiaran siempre a quien obre por la estricta necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

## CONCLUSIONES

- Tal vez, una de las conclusiones más importantes que genera este trabajo de derecho comparado, es que tanto la Legítima Defensa en el Sistema Penal Colombiano como la Self Defense en el Sistema Penal Anglosajón, son consideradas como conductas defensivas, como facultades de auto socorro o de auxilio amparadas por el derecho y que eximen de responsabilidad penal a quien las practica ante una agresión inminente y no conjurable racionalmente por vía distinta.
- Otro aspecto a destacar dentro de este trabajo es que existen marcadas similitudes en cuanto a los requisitos de la Legítima Defensa en el Derecho Penal Colombiano y el Self Defense Anglosajón. En ambas figuras converge la existencia de un *Imminent Threat* o Peligro Inminente, de una *Proportional Response* o Respuesta Proporcional y un *Stand Your Ground* o Deber Defenderse ante una acción que pudiera resultar lesiva.
- En otro sentido, también cabe mencionar que tanto en el Procedimiento Penal del Common Law como en el Procedimiento Penal Continental convergen axiomas propios del principio acusatorio, por cuanto en ambos escenarios, las solicitudes de Preclusión y de Sobreseimiento deben ser sometidas a un control jurisdiccional o de garantías de un tercero equidistante a las dos partes en confrontación.
- Nótese también que a diferencia de la Preclusión en la Legítima Defensa, que es casi potestad exclusiva de la Fiscalía en el Proceso Penal colombiano, en el Sobreseimiento por Self Defense, propio del Procedimiento Penal Anglosajón se caracteriza por estar en cabeza del abogado defensor, esto es, de una parte con interés en el proceso, quien deberá acudir a ingeniosas estrategias a fin de librar a su defendido de un juicio innecesario.
- La Legítima Defensa o Self Defense, como tipo permisivo abierto, deberá ser evaluado por el Juez o por el Gran Jurado a partir de la legitimidad del acto de defensa, teniendo en cuenta las diversas circunstancias que rodearon el hecho, especialmente las referidas al riesgo, las circunstancias, las características personales del agresor y de quien se defiende.
- Para la estructuración de la Legítima Defensa es necesario que la reacción defensiva surja como consecuencia de una injusta agresión, esto es, existir además de un

propósito de defenderse una agresión actual e inminente que ponga en riesgo la vida o los bienes jurídicos del agredido.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Acosta Bohórquez, A. f. (2018). *La Preclusión a Partir del Principio de Igualdad de Armas*. Bogotá, Colombia. Verba Iuris, 7-8.
- Balestra, Carlos Fontán. (1979). *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Madrid, España. Perrot.
- Bernasconi Ramírez, Andrés. (2007). *El carácter científico de la dogmática jurídica*. Valdivia, Chile. Revista de derecho Valdivia.
- Código Penal Colombiano [CPC]. 24 de julio del 2000 (Colombia).
- David, R. (1969). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Madrid, España. Aguilar.
- Deu, T. A. (2012). *Sistemas Procesales Penales*. Madrid, España. Marcial Pons.
- Reyeseyes, E.A. (1986). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Farit, L.(2019). *Método dogmático en derecho*. Bolivia.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España. Trotta.
- Gómez Colomer, Juan. (2013). *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia, España. Tirant lo Blanch.
- Guerrero, O. J. (2006). *El difícil encuentro en el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 6-7. México.
- Hernandez E. (1987). *La coautoría, La legítima defensa estudios de derechos penal general*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Hoeflich, M. H. (1997). *Roman and Civil Law and Development of Anglo-American Jurisprudencia in the Nineteenth Century USA*. Georgia, EE.UU. Universidad de Georgia, primera edición.

- Jimenez De Asua, L. (1931). *La Teoría Jurídica del Delito*. Madrid, España. Imprenta Colonial, Estrada Hermanos.
- Juridico, A. (2018). *Características de la Legítima Defensa*.
- Kopel, David B, Paul Gallant y JoanneD Eisen. (2007). *The Human Right of Self Defense*. Provo, EE.UU. Periódico de Derecho Público de la Universidad de Brigham.
- León, W. F. (2019). *El Gran Jurado*. Bogotá, Colombia. Legis, Ámbito Jurídico.
- Marty, M. D. (1998). *Procedure Penali d'Europa*. Padua: Italiana de Mario Chavario.
- Méndez, H. F. (2016). *Los Recursos en la Preclusión de la Investigación Penal*. Bogotá, Colombia. Leyer Editores.
- Pessoa, N. (2001). *Legítima Defensa*. Corrientes, Argentina. Mave Editorial.
- Roxin, C (1997). *Derecho Penal parte general*, Munich. Civitas.. Civitas.
- Sentencia AP979, 50095 (Corte Suprema de Justicia 15 de marzo de 2018).
- Sentencia C 118, D-6818 (Corte Constitucional Febrero de 2008).
- Sentencia SP2192, 38335 (Corte Suprema de Justicia 12 de Junio de 2015).
- Zaffaroni,E(1994) *MANUAL DE DERECHO PENAL*,Mexico,Df. Cardenas Uribe, 59.