

OROZCO LÓPEZ, HERNÁN DARÍO, "Teoría y Praxis de la legítima defensa", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

Teoría y Praxis de la legítima defensa¹

Theory and Praxis of Self-Defense

HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ*

Buenos días y muchas gracias a todos los presentes por la participación. En primer lugar, un profundo agradecimiento a las autoridades de la Universidad La Gran Colombia por haber acogido con entusiasmo esta iniciativa, en especial a la señora rectora Bibiana Vélez Medina, el señor decano Federico Duque Del Río y la señora secretaria académica Valentina Carvajal Arroyave. También, al director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, el profesor Yesid Reyes Alvarado, por su generoso apoyo a esta iniciativa conjunta con la Universidad La Gran Colombia, la cual nos brinda la oportunidad de celebrar los 60 años de fundación del Departamento a través del fortalecimiento de sus lazos con la academia y praxis de las regiones, así como a la profesora Carmen Eloísa Ruiz López, quien desde hace años constituye uno de los puentes de intercambio científico más importantes entre Alemania y Colombia y quien ha sido la gestora de esa iniciativa que hoy nos permite contar con la presencia de uno de los profesores de derecho penal más representativos de Alemania. Finalmente,

1 El presente texto reproduce las palabras de introducción al conversatorio sobre legítima defensa celebrado en la Universidad La Gran Colombia de Armenia el 7 de marzo de 2025, el cual contó con la participación del Prof. Dr. Armin Engländer de la Universidad de Múnich.

* Doctor en Derecho de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania). Magíster en Derecho de la Universität Regensburg (Alemania). Profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Codirector de la revista "Derecho Penal y Criminología" de esa misma casa de estudios. ORCID: 0000-0003-1502-3566.

Correo institucional: hernan.orozco@uexternado.edu.co

nuestra máxima gratitud al profesor Armin Engländer por honrarnos con su visita en estas tierras donde, como lo dijera el abogado externadista e ilustre poeta nariñense Aurelio Arturo, “el verde es de todos los colores”.

Luego de estas muy breves, pero justas palabras de reconocimiento, puedo concentrarme en mi intervención.

En el entorno colombiano no es inusual toparse con una especie de desconfianza respecto de la utilidad de las discusiones académicas para la praxis judicial. Este recelo, por cierto, no se restringe a nuestro campo de estudio y tampoco a nuestras latitudes y nuestro tiempo, como lo deja ver el escrito de Kant titulado “Sobre el dicho común: Esto puede ser cierto en teoría, pero no es adecuado para la práctica”, publicado en Prusia a finales del siglo XVIII, en el cual defendía su ética de las críticas que apuntaban a que sería demasiado abstracta e inviable en la práctica.

Pues bien, teniendo en cuenta ese trasfondo me gustaría iniciar con una inquietud referida a la relación entre teoría y praxis de la legítima defensa: ¿es realmente necesaria una acalorada discusión con múltiples posiciones en pugna y una gran variedad de ramificaciones conceptuales para concluir que si alguien atenta contra mi vida tengo todo el derecho a defenderme, incluso si eso le cuesta la vida al agresor? A primera vista parece que la complejidad de los debates teóricos sobre el fundamento teórico de la legítima defensa no guarda relación con la sencillez de la respuesta intuitiva a dicha inquietud, esto es, que en efecto me asiste un derecho a defenderme incluso si eso le cuesta la vida al agresor. No obstante, el panorama cambia drásticamente cuando se tienen en cuenta otras variables que pueden acompañar esa situación inicial y que dejan al descubierto la verdadera extensión del problema: ¿Puedo utilizar una pistola automática que probablemente le causaría la muerte al agresor si también tengo a disposición un bate de béisbol que quizás sería suficiente para repeler la agresión? ¿Puedo defender no solo mi integridad personal, sino también mis bienes por medio de una reacción que le genere una grave lesión o incluso la muerte del agresor? ¿Qué sucede si el agresor era un inimputable? ¿O cómo proceder si la injerencia o agresión versaba sobre mi vehículo, pero porque quien se estaba intentado apoderar de él pretendía llevar a un enfermo grave al hospital?

Estos interrogantes, los cuales representan tan solo una pequeña porción de los problemas que deben ser resueltos en el ámbito de la legítima defensa, dejan en evidencia que para responderlos de manera satisfactoria no podemos recurrir simplemente a nuestras intuiciones (que, por cierto, pueden variar fuertemente de uno a otro), sino que es necesario contar con una teoría de la legítima defensa, esto

es, con una serie de argumentos y proposiciones organizados sistemáticamente que permitan justificar dicha institución y otorgarle un contenido material a sus elementos o requisitos. De otra parte, una teoría de la legítima defensa será la que nos posibilitará la interpretación y la valoración crítica de las correspondientes normas positivas consagradas en los diferentes estatutos penales.

A continuación, como una especie de introducción o contextualización de la ponencia del profesor Engländer, quiero referirme sucintamente a una cuestión central de la legítima defensa en Alemania y Colombia que, en mi opinión, ilustra vívidamente la relevancia de la discusión teórica para la interpretación y aplicación práctica de dicha institución, a saber, el problema de la proporcionalidad

Empecemos por el caso de Alemania. Allí, la legítima defensa se encuentra regulada en el parágrafo 32 del Código Penal. De acuerdo con el primer inciso de dicha norma: "Quien cometa un hecho amparado en legítima defensa [durch Notwehr geboten] no actúa antijurídicamente". Por su parte, el inciso segundo señala que la "[l]egítima defensa es la defensa que es necesaria para repeler una agresión actual antijurídica contra sí mismo o contra un tercero".

Aunque existe una fuerte discusión sobre su contenido específico, la doctrina mayoritaria en Alemania considera que para reconocer la legítima defensa se deben configurar los requisitos que se agrupan básicamente en tres bloques objetivos. En primer lugar, se debe presentar una situación de legítima defensa, esto es, que exista una agresión actual y antijurídica. En segundo lugar, la acción defensiva tiene que ser necesaria. Cumplidos estos dos requisitos básicos quedaría fundamentado el derecho de defensa en cabeza del agredido. No obstante, según la misma opinión dominante, para que se pueda reconocer plenamente la legítima defensa es necesario que ella no sobrepase ciertos límites que son conocidos como "límites éticos sociales de la legítima defensa".

Como puede verse, de acuerdo con la regulación legal de la legítima defensa en Alemania, para que ella se configure no es necesario que la acción defensiva sea proporcional. Por su parte, la doctrina alemana (salvo contadas excepciones) ha estado siempre de acuerdo en que es suficiente con que la acción defensiva sea *necesaria*, es decir, que el agredido, de todos los medios igualmente efectivos para repeler la agresión que tiene a su disposición, emplee el menos lesivo posible, por lo que la importancia de los bienes jurídicos en conflicto no sería, en principio, relevante para la configuración de la legítima defensa.

Puesto que la ciencia penal alemana también ha reconocido desde antaño que un derecho de defensa concebido de esta manera es relativamente fuerte, también se han desarrollado múltiples teorías para justificar en general la legítima defensa e intentar explicar la renuncia a criterios de proporcionalidad.

Como lo mostrará el profesor Engländer, la doctrina mayoritaria defiende la llamada teoría dualista de la legítima defensa, de acuerdo con la cual esta se basaría en dos principios fundamentales, a saber, el principio de la protección de los bienes jurídicos individuales y el principio de la protección del ordenamiento jurídico. No obstante, como también lo explicará con más detalle nuestro invitado, la teoría dualista está sometida a serios reparos en el punto que aquí interesa. De una parte, desde el punto de vista del principio de la protección de bienes jurídicos, no es posible deducir una amplia renuncia a criterios de proporcionalidad. Por el contrario, si se parte de la concepción del derecho penal como un sistema instituido para la protección de bienes jurídicos, se debería concluir que el bien jurídico que merece prevalencia es aquel que sea de mayor valor, incluso si su titular es el agresor. De otra parte, en relación con el principio de la protección del ordenamiento jurídico sucede algo similar, pues desde un punto de vista axiológico no es convincente que alguien pueda proteger un orden jurídico que, como es el caso en Alemania, autoriza el uso de la fuerza solo si se respeta de manera general el principio de proporcionalidad, precisamente mediante acciones que desconocen en gran medida una relación de proporcionalidad. Así pues, la lógica interna de la teoría dualista lleva a concluir que una estricta proporcionalidad debería ser un elemento básico de la legítima defensa. Esto, sin embargo, fuera de que conduciría en últimas a una confusión de las figuras del estado de necesidad y la legítima defensa, privilegiaría de forma injustificada al agresor, pues, en los casos en los que el saldo de bienes en conflicto lo favoreciese, el agredido no podría llevar a cabo una acción defensiva so pena de cometer por su parte una conducta punible. Dicho gráficamente, si la legítima defensa requiriese una estricta proporcionalidad, nadie podría defender su celular, su vehículo o su casa mediante acciones que pusiesen en riesgo considerable la integridad o vida de los agresores, lo que en últimas conduciría a una negación del derecho subjetivo de la propiedad.

Precisamente en virtud de ese y otros problemas de la teoría dualista es que un importante sector de la doctrina alemana se ha decantado en el último tiempo a favor de teorías de corte individualista o intersubjetivo, siendo uno de sus representantes precisamente el profesor Engländer. Toda vez que estas teorías ponen el acento en

la relación jurídica entre el agresor y el agredido en el sentido de que este último requiere de un derecho de defensa para garantizar la efectividad de sus derechos subjetivos, ellas pueden explicar de manera mucho más convincente la renuncia a criterios de proporcionalidad en el marco de la legítima defensa, pues si la defensa del agredido estuviese restringida por el requisito de una ponderación de los bienes en conflicto, él no podría hacer efectivos sus derechos subjetivos en aquellos casos en los que el bien jurídico del agresor fuese más importante.

Pasemos ahora brevemente al problema correspondiente en el caso colombiano. Como es bien sabido, en sintonía con los estatutos penales de 1936 y 1980, el legislador del año 2000 consagró el requisito de la proporcionalidad con la fórmula terminológica de que “la defensa ser proporcionada a la agresión”. Ahora bien, como ese mismo legislador no incluyó ninguna cláusula de proporcionalidad en la regulación del estado de necesidad que es precisamente la institución que, en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos-penales, se caracteriza por exigir una ponderación de intereses y/o bienes jurídicos, para poder precisar los baremos de proporcionalidad que deben orientar la interpretación y aplicación práctica de dichas instituciones la única alternativa viable es recurrir a una teoría de la justificación en general y, en el caso que aquí interesa, a una teoría de la legítima defensa con una sólida fundamentación material.

En el caso colombiano también fracasa la llamada teoría dualista de la legítima defensa, pues, como se explicó, ella no solo llevaría a privilegiar injustificadamente al agresor con la consiguiente devaluación de la posición jurídica del agredido, sino que además generaría una confusión de los estándares de proporcionalidad que deben regir en los casos de legítima defensa y estado de necesidad.

Por el contrario, las teorías intersubjetivas que parten de la relación jurídica entre el agredido y el agresor no solo están en capacidad de ofrecer una adecuada fundamentación material de la legítima defensa, sino que también pueden explicar satisfactoriamente sus límites. Como ya se mencionó, para que los ciudadanos puedan ejercer efectivamente sus derechos subjetivos deben estar también facultados para defenderse sin tener que preocuparse en términos generales por no lesionar bienes jurídicos de mayor importancia que los que están defendiendo. De otra manera, es decir, si al agredido se le impusiese el deber de no reaccionar cuando los bienes del agresor son de mayor envergadura que los propios, se terminaría negando la existencia de un derecho autónomo del agredido, el cual quedaría entonces sometido a los designios del agresor.

Esto, sin embargo, no significa que la reacción defensiva no esté sometida a ningún tipo de límites. De acuerdo con una interpretación intersubjetiva de la legítima defensa, la agresión no retrotrae a las partes al estado de naturaleza, sino que ellas continúan ligadas por una relación jurídica en la que intervienen como personas en derecho. En este punto entra en consideración el principio de solidaridad mínima que tiene importantes raíces constitucionales y se manifiesta en el ámbito jurídico-penal a través del art. 131 CP sobre la omisión de socorro. Como el agresor es el responsable por el conflicto, no puede pretender que se realice de manera general una ponderación entre sus bienes y los del agredido, pues, como se explicó, ello llevaría a una negación generalizada de la posición jurídica del agredido. No obstante, en virtud de su estatus de persona en derecho, el agresor al menos puede reclamar que se tenga en cuenta esa posición jurídica dentro de los estrechos márgenes del principio de solidaridad mínima. En términos prácticos esto significa que el requisito de la proporcionalidad de la legítima defensa del código penal colombiano debe ser entendido en un sentido muy restringido, esto es, en el sentido de que el agredido no podrá afectar de manera grave bienes de la mayor importancia como la vida o la salud para defender bienes de poca importancia. Volviendo al ejemplo mencionado más arriba, esto significa que la reacción defensiva del agredido será desproporcionada cuando lesione gravemente al agresor para no dejarse arrebatar una gorra o cachucha de menor valor, pero no cuando lo haga para no dejarse robar su motocicleta o automóvil.

Independientemente de si se está o no de acuerdo con los argumentos para rechazar en términos generales una cláusula de proporcionalidad en la regulación de la legítima defensa en Alemania y con la interpretación que he propuesto del requisito de la proporcionalidad en la regulación colombiana de dicha figura, lo cierto es que en uno y otro caso es absolutamente necesario recurrir a una teoría de la legítima defensa para justificar la determinación de los elementos de dicha institución y para darles asimismo un contenido específico a cada uno de ellos.

En contra del escepticismo al que hice referencia al inicio de estas reflexiones, la teoría no es un ejercicio del arte por el arte y mucho menos un juego de abalorios como en la novela homónima del premio nobel de literatura suizo-alemán Herman Hesse. Por el contrario, la teoría del delito y, en este caso particular, la teoría de la legítima defensa, en la medida que aspira a satisfacer de forma adecuada todos los intereses en juego, sirve a la realización de la justicia material. Además, la conexión sistemática de sus proposiciones, en la medida que previene contradicciones

internas, es la forma más idónea de alcanzar seguridad jurídica y, de esta manera, de garantizar también el principio de igualdad. Así pues, me gustaría cerrar el círculo con las palabras de otro autor de origen alemán, el padre de la psicología social moderna Kurt Lewin, para quien “no hay nada más práctico que una buena teoría”. Así pues, solo podemos estar complacidos y agradecidos por la presencia del profesor Armin Engländer en la Universidad La Gran Colombia de Armenia, pues las reflexiones teóricas que hoy nos presentará constituyen un insumo invaluable para resolver en la práctica los casos en los que se abre la pregunta sobre una posible legítima defensa.

Lieber Herr Professor Engländer, es ist uns eine große Ehre, Ihre Überlegungen zu einem Themenkomplex hören zu dürfen, der nicht nur von höchstem wissenschaftlichen Interesse ist, sondern auch –und bedauerlicherweise– eine große Rolle in unserer Alltagsrealität spielt. Außerdem freuen wir uns darüber, dass Sie unsere geliebte Region besuchen –eine Region, in der, wie der kolumbianische Dichter Aurelio Arturo schrieb, „das Grün in tausend Farben leuchtet“.



License Creative Commons Attribution 4.0 International