RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	Liliana Paola Riobo Fuentes cód. 241388 Francisco Javier Cárdenas Pérez cód. 250786
FACULTAD	**Educación, artes y humanidades**
PLAN DE ESTUDIOS	**Derecho**
DIRECTOR	Nadim Bayona Pérez
TÍTULO DE LA TESIS	Concepto deficiente de proporcionalidad en materia de legítima defensa
TITULO EN INGLES	Deficient concept of proportionality in matters of legitimate defense

RESUMEN
(70 palabras)

Este documento estudia la legítima defensa en el ordenamiento jurídico penal colombiano, así como, su concepto y sus elementos estructurales determinados en el artículo 32 numeral 6 de la ley 599 del 2000. A partir de lo anterior, y junto con un análisis hermenéutico se estudiará con detenimiento la proporcionalidad y como el desarrollo conceptual de la misma ha sido deficiente, lo que, en últimas, afecta la legítima defensa.

RESUMEN EN INGLES

This document studies the legitimate defense in the Colombian criminal legal system, as well as its concept and its structural elements determined in article 32 numeral 6 of law 599 of 2000. Based on the above, and together with a hermeneutical analysis, it will be studied carefully the proportionality and how the conceptual development of the same has been deficient, which, ultimately, affects the legitimate defense.

PALABRAS CLAVES	Legítima Defensa, Proporcionalidad, Responsabilidad
PALABRAS CLAVES EN INGLES	Legitimate Defense, Proportionality, Responsibility

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 34	PLANOS:0	LUSTRACIONES:0	CD-ROM:0

Concepto deficiente de proporcionalidad en materia de legítima defensa

Liliana Paola Riobo Fuentes

Francisco Javier Cárdenas Pérez

Facultad de Artes y Humanidades, Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña

Derecho

Abogado Nadim Bayona Pérez

Noviembre 2022

Índice

Introducción 4

Capítulo 1. Legítima defensa 5

1.1 concepto de legítima defensa: visión desde el art.32, numeral 6, del Código Penal colombiano Ley 599 del 2000 mod. Ley 2197 del 2022 5

1.1.1. Ley 2197 del 2022 de fortalecimiento a la seguridad ciudadana 9

1.1.2 Legítima defensa objetiva y subjetiva 10

1.2 Análisis hermenéutico de los elementos estructurales de la legítima defensa 12

1.3 Legítima Defensa como Derecho 16

Capítulo 2. La proporcionalidad en la legítima defensa 18

2.1. Concepto de Proporcionalidad 18

2.2. Proporcionalidad En Legítima Defensa Como Eximente De Responsabilidad Según El Código Penal Colombiano 20

2.3 Proporcionalidad En Legítima Defensa, Análisis Hermenéutico 22

3.1. Deficiencia de la Proporcionalidad en materia de legítima defensa 26

3.2 Afectación al Derecho Fundamental de La Libertad Personal 27

Capítulo 4. Conclusiones 29

Referencias 33

Introducción

La proporcionalidad como elemento estructural de la legítima defensa, constituye una restricción al derecho a la vida. La reglamentación al respecto vigente en Colombia cuenta con las normas que justifican la defensa a una agresión de tipo violenta e injustificada, la cual no tiene la obligación jurídica de soportar un individuo.

Por lo que, es pertinente acotar de esta disposición que la respuesta al ataque que sufre una víctima demanda unos límites, para lo cual, opera la proporcionalidad que se presenta entre los medios y la agresión. Lo anterior, en concordancia con la ausencia de los requisitos de la conducta punible, como lo son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que conllevan por tanto a la ausencia de responsabilidad.

Este documento está ejecutado con el objetivo de estudiar la legítima defensa como figura jurídica en el ordenamiento jurídico penal colombiano, así como, su concepto y sus elementos estructurales determinados en el artículo 32 numeral 6 de la ley 599 del 2000. A partir de lo anterior, y junto con un análisis hermenéutico se estudiará con detenimiento el concepto de proporcionalidad y como esta afecta la legítima defensa. Por lo que loable plantear el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles son los elementos axiológicos que deben integrar el concepto de proporcionalidad en materia de legítima defensa?

Capítulo 1. Legítima defensa

1.1 concepto de legítima defensa: visión desde el art.32, numeral 6, del Código Penal colombiano Ley 599 del 2000 mod. Ley 2197 del 2022

Históricamente la legítima defensa como institución jurídica propiamente dicha, fue plasmada en el Código Penal que se expidió en Colombia para el año de 1936, el cual obedeció a un carácter reformatorio en el ámbito punitivo. Esta figura, fue concebida en términos de justificar las acciones que un individuo ejecutaba con el objeto de defenderse a sí mismo o a otra persona. Norma que al tenor rezaba así:

> El hecho se justifica cuando se comete: 1. Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente; 2. Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión; Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes o entradas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso haya resistencia. 3. Por la necesidad de salvarse a sí mismo o salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional. (Presidencia de la República de Colombia, 1936, Ley 2300, Artículo 25).

De lo anterior, es interesante determinar que los términos violencia y agresión acotados en este artículo, se convirtieron en su momento en el epicentro de múltiples interpretaciones que no siempre encontraron un punto de equilibrio, discusión que precisaba un alcance jurídico pertinente para aquel momento.

Es así que, ciertos elementos constitutivos de la norma no formalizaban la legítima defensa cómo una figura jurídica robusta para entonces, toda vez que, se percibía desde un espectro de interpretación amplió esta institución, pues si bien es cierto, contempló la proporcionalidad, como queda por sentado en el numeral segundo del artículo citado, no dimensionó los alcances de la misma, al indicar entre otras cosas, el honor como uno de los motivos por los cuales se podía activar este mecanismo.

Es por ello, que para el año de 1980 con la expedición del Decreto 100, la legítima defensa operaba en el caso de justificar un hecho, norma de la cual fue excluido el término "honor" y se vinculó la legítima defensa a la interpretación de la propiedad privada y el derecho que le asiste al individuo de defenderla. Claramente se seguía tomado la proporcionalidad como elemento constitutivo, pero ahora, con una mayor fuerza jurídica, en parte, gracias a las interpretaciones que se incorporaban a la misma.

En tal sentido, autores como *Fontán* Balestra, en su obra "Derecho Penal Introducción y Parte General", teorizó sobre el concepto de legítima defensa, tomaba dicha figura en términos de una reacción que un sujeto que se encontrara en determinadas circunstancias debía llevar a cabo, con la intención de evitar agresiones ilegítimas. (Patiño, 2021).

Es ajustado inferir que, las modificaciones que trajo consigo el Código Penal del año 1980 solucionaron la discrepancia que es su momento generó el código del año 1936, en relación si el término legal correcto era violencia o agresión. Esta norma determinó que el vocablo agresión era el correcto para edificar las condiciones para la ausencia de responsabilidad por legítima defensa, pues, englobaba la ocurrencia de un daño sin medir las posibles consecuencias; término que en el presente se encuentra descrito en la norma penal.

Entendido lo anterior, es menester conceptualizar la legítima defensa que la legislación penal concibe en la actualidad. La cual se encuentra estipulada en el artículo 32, numeral 6, del código penal colombiano, Ley 599 del 2000, modernizado por la ley 2197 del 2022. Esta norma se plasma así: "**Ausencia de responsabilidad**. No habrá lugar a 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 proporcional a la agresión (…)" (Congreso de la República de Colombia, 2000, Artículo 32).

En tal sentido, esta norma es percibida como un intento de sintetizar los elementos estructurales de la legítima defensa, en la cual, se comprime gramaticalmente lo enunciado por los códigos penales que se promulgaron con antelación, ya que, define a este instituto jurídico como una necesidad categorizada por el reconocimiento de un derecho legitimado. Aunque es loable dicho esfuerzo, el legislador no preciso los contornos en los cuales debe ser entendida la proporcionalidad con la que se acciona la legítima defensa.

Al respecto se hace interesante acotar lo mencionado por Duván de Jesús Castañeda García, Miembro fundador de la Corporación Legítima Defensa, al conceptualizar lo siguiente: “La legítima defensa no es nada más que el ejercicio de la violencia para proteger un bien jurídico propio o ajeno atacado de forma injusta” (Castañeda, 2021) concepto del cual es loable extraer los elementos estructurales del cual se ocupará el acápite siguiente.

Así las cosas, se puede inferir que tanto la agresión como la oportunidad de defensa son elementos que se contemplan como extremos en la balanza a la hora de buscar una definición de legítima defensa, es así que, al enunciar la proporcionalidad en este respecto es menester encontrar la mayor precisión posible, ya sea, por interpretaciones de providencias de las altas cortes, así como de conceptos doctrinales y demás componentes idóneos para tal cometido.

Teniendo en cuenta esto, se aboca la atención al numeral 6.1 que se encuentra en el ya mencionado artículo 32, importante en este punto, porque al denominar la legítima defensa privilegiada se denota un esfuerzo por esclarecer los elementos de proporcionalidad en los cuales es interpretada la conducta reaccionaria de aquel individuo que se defiende de una agresión, incluso incorpora el término fuerza letal para casos excepcionales y además en el parágrafo dedicado a este numeral, indica unos estándares de proporcionalidad para la conducta. A pesar de ello, pareciera que la tarea de interpretación de esta norma quedase en manos del poder judicial. (Congreso de Republica, 2000, Articulo 32).

1.1.1. Ley 2197 del 2022 de fortalecimiento a la seguridad ciudadana

Esta ley de reciente promulgación, modernizó el artículo 32 del Código Penal colombiano, puntualmente modificó el numeral sexto, al agregarle la figura de la legítima defensa privilegiada. Se extrae el texto literal el cual reza así:

> 6.1. Legítima defensa privilegiada. Se presume también como legítima la defensa que se ejerza para rechazar al extraño que usando maniobras o mediante violencia penetre o permanezca arbitrariamente en habitación o dependencias inmediatas, o vehículo ocupado. La fuerza letal se podrá ejercer de forma excepcional para repeler la agresión al derecho propio o ajeno. PARÁGRAFO. En los casos del ejercicio de la legítima defensa privilegiada, la valoración de la defensa se deberá aplicar un estándar de proporcionalidad en el elemento de racionalidad de la conducta. (Congreso de la República de Colombia, 2000, Ley 599, Artículo 3).

Por ello, es factible deducir que del estudio de esta institución jurídica pueden inferirse algunos argumentos a tener en cuenta, el primero de ellos, es en relación a la oportunidad que se otorga a la víctima de defender su propiedad privada en su espera más íntima. Así mismo, se encuentra un segundo punto trascendental en materia de legítima defensa, se hace referencia a la fuerza letal, pues un individuo que sea víctima de un ataque, en algunos casos deberá obrar con toda la fuerza física y los medios materiales disponibles para preservar su vida, y es hasta la promulgación de esta ley que el legislador contempló esta posibilidad.

Por su parte, se encuentra que en el parágrafo el legislador no pudo prever el amplio espectro interpretativo por parte del operador judicial, al momento de abordar la *Litis*, pues básicamente dejo los elementos estructurales de la proporcionalidad en materia de legítima defensa a la discrecionalidad del mismo, lo que se traduce en una falla del sistema pues las condiciones fácticas involucradas en cada caso, tornan difícil la tarea de ajustar criterios medianamente justos de proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

Por lo que, a título de los autores, la ley 2197 del 2022 era la oportunidad que el legislador tenía para normar la proporcionalidad en materia de legítima defensa, evitando por tanto, el activismo judicial en este campo del derecho penal, y así mismo impedir la vulneración de los derechos fundamentales como la libertad personal, el debido proceso, entre otros.

1.1.2 Legítima defensa objetiva y subjetiva

El primer matiz que se aborda en este punto, se hace en relación a la legítima defensa objetiva, la cual, es vista desde la perspectiva del individuo que enfrenta un riesgo real e inminente de recibir una agresión, circunstancias en las cuales un bien jurídico tutelado de índole personal o material están en riesgo.

La clave para esta tarea es la relacionada con la inminencia de la agresión, por lo que, deben existir elementos concretamente identificados, por medio de los cuales el sujeto agredido puede concluir que la agresión va a ocurrir. Este aspecto objetivo debe interpretarse como

aquellas conductas idóneas que el agresor ejecuta con la finalidad de causar daño. La Corte Suprema de Justicia realiza acotaciones a tener en cuenta bajo lo siguiente:

> La circunstancia de esgrimir un arma para intimidar a una persona y sobre esa base buscar doblegarla para hacerla víctima de una conducta punible, actualiza el ataque a que se refiere la eximente, además que ubica al sujeto que ejecuta ese comportamiento en situación de injusticia, y no permite considerar algo diferente al afectado de hallarse frente a un acto violento, con la inminencia de materializarse desde el punto de vista físico, ante lo cual le es lícito reaccionar (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2018, Sentencia AP979-2018, párr. 12).

Ahora bien, la legítima defensa objetiva evidencia persé un peligro actual e injusto, que bajo ninguna circunstancia el sujeto agredido está en el deber jurídico de soportarla, entonces, no siempre el delito debe consumarse para la activación de legítima defensa objetiva, como ya se dijo, con la peligrosidad actual e injusta más el carácter inminente, ya puede existir esta causa para la ausencia de responsabilidad.

El segundo punto a estudiar, refiere a la legítima defensa subjetiva la cual permite el componente interpretativo del individuo, ya que, se pone en marcha con la creencia por parte del sujeto agredido de encontrarse en una situación de peligro actual e inminente.

La Corte Suprema ha estudiado casos, donde la legítima defensa subjetiva ha cobrado relevancia. Como el subsiguiente asunto, donde un civil dispara arma de fuego, en contra de quien él pensaba era un atacante, pero que en realidad era un agente de la SIJIN que no portaba

el uniforma de la entidad, ni tampoco ningún distintivo. De dicha providencia se extrae el siguiente apartado: En el "interior de la vivienda se hallaba JOHNATAN ALEXÁNDER PAREJA RAMÍREZ, quien al escuchar la algarabía y percatarse de la presencia de un sujeto extraño armado en la vivienda, disparó en su contra un arma de fuego de la cual no tenía permiso para su porte, hiriendo al SI" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2022).

Lo anterior, traza un interrogante en cuanto a la subjetividad de la legítima defensa. Siendo loable preguntarse, si se necesita obligatoriamente el componente volitivo en primera medida, y si admite un suceso doloso en cuanto a la agresión por imprudencia o culpa, bastando un actuar imprudente o inclusive una conducta ejecutada con inculpabilidad.

1.2 Análisis hermenéutico de los elementos estructurales de la legítima defensa

Al hablar de esta institución desde la perspectiva jurisprudencial, es ineludible acotar los postulados que desde las providencias judiciales se han emitido, para poder hablar de ausencia de responsabilidad por operar la legítima defensa. La Corte Suprema de Justicia ha ocupado algunos de sus pronunciamientos y ha definido esta última diciendo que, "la legítima defensa es el derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro por la agresión actual injusta de otro, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2018, Sentencia SP291-2018).

Esta postura atañe al estudio en cuestión, porque otorga la interpretación de esta figura penal como un derecho digno de tutelar. De otra parte, bajo el entendido de la protección

constitucional, podría pensarse que el derecho a la protección de la vida es absoluto, claramente en el ámbito punitivo la legítima defensa es una de las prerrogativas que permite que este derecho fundamental sea limitado.

Con lo anterior, no puede inferirse que la interpretación de la legítima defensa puede ser arbitraria, por lo que, existen unas reglas determinadas bajo las cuales esta trasgresión se encuentra dentro de los límites jurídicos. Se habla, de los elementos estructurales que permiten la existencia de la legítima defensa; Por ello, para admitir este instituto se exige la concurrencia de cinco elementos que se han abordado desde la jurisprudencia. Los cuales a su tenor se entienden así:

> i).- Una agresión ilegítima y antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual. ii). – El ataque al bien jurídico debe ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidades de protegerlo. iii). – La defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo. iv). – La entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de las respuestas y los medios utilizados. v).- la agresión no ha de ser intencional o provocada. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2018, Sentencia AP979-2018, p. 39).

Tomando el primer referente al cual hace alusión la Corte, se encuentra la antijuricidad y la ilicitud de la agresión. De esta concepción, la ilicitud es el componente más claro, al tomarla como aquel acto que es contario a las normas y en general a todo el ordenamiento jurídico, así que, el individuo agredido no tiene que soportar las consecuencias de dichos actos.

En ese orden de ideas, se trae en su tenor la antijuricidad la cual se plasma en el artículo 11 del Código Penal Colombiano, que establece: “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal” (Congreso de la República de Colombia, 2000, Artículo 11).

No obstante, al referirse a la agresión ilícita no siempre implica que el hecho consumado deba converger en lo punible, ya que, la antijuridicidad indicada en este acápite, no corresponde tajantemente a una connotación de tipo delictivo, así que, lo trascendental, es que el accionar lesione o ponga en peligro, sin justificación alguna, los intereses jurídicos elevados por la norma a bienes jurídicos debidamente tutelados.

Con lo anterior, se prosigue en el análisis de los elementos estructurales de la legítima defensa, en tal tarea se encuentra la inminencia y actualidad de la cual debe estar revestida el ataque. Para tal fin, se contemplan dos puntos importantes, en primera medida se puede pensar en la intención de amparar un derecho que puede ser propio o del cual puede ser titular otro individuo; y es segunda medida debe existir la certeza de la agresión ilegítima.

> En este respecto, la defensa legítima se fundamenta en la ley natural instintiva de auto conservación, pero sobre el entendido del conocimiento de una agresión a los derechos, y por ello puede existir una reacción automática al actuar que pone en peligro los derechos, reacción que no necesariamente es subjetiva sino que busca repeler la acción que llena los requisitos de la agresión injusta, y en atención a este postulado podemos apreciar lo dicho por Echandia (1977) quien afirmó que “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" (Riveros y Niño, 2019, p. 41).

Ahora bien, para abordar la necesidad de la defensa, se estudia dentro del esquema punitivo colombiano los límites que se le han dado a esta figura. En esta tarea, el operador judicial analiza en cada caso concreto si la ausencia de responsabilidad existe, por configurarse la necesidad de defenderse y en ese mismo orden argumentativo, si los medios empleados para tal fin se encuentran racionales.

Por lo que, la necesidad se encuentra estrechamente ligada, a los indicadores de tipo subjetivo y objetivos que el agresor manifiesta y de los cuales es loable la oportunidad de emplear medios para evitar la vulneración de los derechos. Adicional a lo que ello implica, la necesidad se encuentra en continua correlación y sometimiento al peligro o afectación directa del bien jurídico, por lo que, al considerar la necesidad se evalúan los medios de defensa, así como el daño que el agresor pretendía causar a la víctima.

Con lo anterior, no existe espacio de duda en cuanto a las exigencias de parámetros delimitados para la configuración de la legítima defensa, aunque de algunos como la proporcionalidad de la cual se ocupará el siguiente capítulo, existen discusiones abiertas, pues el actuar humano en muchas circunstancias supera sustancialmente los límites definidos por la norma.

Por último, la Corte Suprema acota que la agresión no puede entenderse como intencional o provocada. Es aquí, donde delimitar los requisitos para considerar una conducta punible, descritos en los artículos 10,11 y 12 del Código Penal como la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad cobra trascendencia. Pues, en el evento de que un individuo ejerza una agresión y el ente investigador controvierta y pruebe la existencia de la conducta punible, será imposible alegar la legítima defensa.

1.3 Legítima Defensa como Derecho

El derecho de defensa en su connotación básica, recae en cabeza de cualquier individuo, que se vea involucrado en una situación de agresión injustificada. Los titulares de este derecho, son las personas naturales que por motivo de la agresión en su contra o de un tercero, se ven en la necesidad de contrarrestar el ataque. Como ya se ha visto, esta figura cuenta con requisitos sin los cuales no se puede configurar.

Se tiene entonces por lo anterior, que la legítima defensa opera por medio de la estructuración que el abogado defensor lleva a cabo, aunque en el deber ser, es la Fiscalía como institución a cargo de la investigación, quien debería realizar el cotejo de los medios empleados en la defensa y la agresión, pero contrario a esto, es la defensa legal de la víctima, quien en últimas es el que estructura la proporcionalidad en materia de legítima defensa.

Por medio de esta, el defensor construye la teoría del caso que le permite demostrar los elementos existenciales de la legítima defensa y así, posibilitar la ausencia de responsabilidad.

Pero aunado a lo anterior, es también obligación del juzgador determinar con antelación si existe la configuración de este mecanismo de ausencia de responsabilidad, al respecto al Corte ha mencionado:

> Mediante los procesos 30794 de 2009 y 31273 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia se aclara que el funcionario judicial, al abordar el estudio de la legítima defensa, está obligado a 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" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2018, Sentencia AP979-2018, párr. 40).

Evento anterior, en el cual se concluyen por medio de las audiencias preliminares, y en razón a operar la figura de la ausencia de responsabilidad, es deber de la Fiscalía como ente investigador requerir la preclusión de la investigación. Lo anterior se cumple, con el debido estudio de las condiciones fácticas que comprueban que la integridad personal de la víctima o de un tercero se encontraba en peligro o amenazada, por la injustificada agresión de un individuo.

Capítulo 2. La proporcionalidad en la legítima defensa

2.1. Concepto de Proporcionalidad

Con la finalidad de conceptualizar la proporcionalidad dentro de los límites jurídicos, puede acotarse al respecto de este término que, para el presente escrito, se hablará de la proporcionalidad sumergida netamente en el proceso penal. En esta materia, como en todas las áreas del Derecho, el Estado debe velar por sopesar las disposiciones constitucionales y legales de los asociados, en relación con la traba que se presenta en Litis, sin que, se vean menguados los intereses propios de una investigación que busca la responsabilidad o ausencia de ésta en un individuo.

Concomitante a lo anterior, ataque y protección son, entonces, las manifestaciones duales que deben ser puestas en una balanza en la configuración de la legítima defensa. Esto, para pensar que la intensidad entre la agresión y la defensa obedece a una medida de proporcionalidad, en la cual, se contemplan los medios de agresión y medios de defensa, ítems que no se estudian de forma aislada, sino que por contrario debe contener un contexto fáctico que facilite la interpretación de los mismos.

En esta tarea Camacho Flórez en su atículo ¿principio de proporcionalidad de la pena? (2012) contextualiza en relación al principio de proporcionalidad, tal como se indica a continuación:

> Aunque la proporcionalidad aparece ligada al origen mismo del derecho penal como limitación originaria a la venganza, en cuanto principio jurídico es de raigambre racionalista, que busca establecer una especie de relación conmutativa o de equivalencia entre el daño causado (o la puesta en peligro) de los bienes jurídicos penalmente tutelados y la reacción punitiva, de manera que esta última no pueda excederlos, tanto en abstracto, en el nivel legislativo en el que se definen las penas imponibles para cada delito, como en concreto, en el nivel judicial, específicamente en el proceso de individualización de la pena. (párr.19).

Ahora bien, las situaciones a tener en cuenta para interpretar la proporcionalidad, son los elementos de tiempo, modo, lugar. Adicionalmente se analizan características de los bienes afectados, la calidad de los individuos de acuerdo a su personalidad, aptitudes físicas y mentales, siempre teniendo en cuenta que no se presenta desde la óptica de la adecuación comparativa, sino de una adecuación para la defensa.

De otra parte, la proporcionalidad en los medios utilizados en la defensa, no podrán entenderse como la igualdad de lesión jurídica. Algunos teóricos que se refieren al tema, señalan que el requisito de la proporcionalidad permite una interpretación institucionalizada, es decir, que el operador judicial, tome en cuenta las circunstancias de cada caso.

> En términos generales, Velásquez (2002) llegó a afirmar que este aforismo- también denominado como prohibición de exceso, principio de racionalidad o razonabilidad (en clara alusión al vocablo razonables, propio del derecho anglosajón)-, está integrado por

> un conjunto de criterios o herramientas gracias a las cuales es posible sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier grupo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de mira determinado: el de la inutilidad, necesidad y desequilibrio del sacrificio. (Chaverra y Sepúlveda, 2018).

2.2. Proporcionalidad En Legítima Defensa Como Eximente De Responsabilidad Según El Código Penal Colombiano

Partiendo de la base, en la cual se toma la proporcionalidad como un principio imperante en el proceso penal en el marco jurídico colombiano. Es el operador judicial quien pone en funcionamiento el carácter imperativo de la misma. Para determinar el rango de aplicación de este mecanismo, se tiene entonces, que es pertinente ver la proporcionalidad como un principio, que dota al juez de las herramientas necesarias para la adecuación de la norma a cada caso concreto.

En esencia el operador jurídico, entra a determinar factores de tipo normativo y fácticos, así como, técnicas de contrapeso en relación a los bienes jurídicos y valores afectados, en ponderación de los intereses manifestados en el proceso sin que esto implique un deterioro de los derechos individuales.

El Código Penal contempla la proporcionalidad en materia penal, este en su literalidad enuncia:

> Principios de las sanciones penales. “La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan” (Congreso de la República de Colombia, 2000, Ley 599, Artículo 3).

Ahora bien, la protección que emana de estos derechos, se encuentra revestida por la legalidad conforme a la cual se da un proceso judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho. Justamente es la legalidad, la que permite que los entes estatales limiten los derechos cuando así se requiera, caso en el cual se habla de la responsabilidad penal.

En tal sentido, desde la óptica procedimental la proporcionalidad también es abordada en la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, del cual se extrae el Artículo 94 que enuncia en cuanto a la proporcionalidad. “No se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios” (Congreso de la República de Colombia, 2004, Artículo 94).

La proporcionalidad como elemento configurativo de la legítima defensa, es una de las herramientas que el juez está llamado a incoar en una eventual ausencia de responsabilidad. En primera medida el funcionario judicial, verifica la idoneidad de la medida a ejecutar en el proceso, con relación a las normas sustanciales y procesales.

Posteriormente el juzgador determina si los mecanismos de defensa son proporcionales a la agresión, además de la existencia de los elementos estructurales acotados en el capítulo anterior y si aquellos convergen, se estaría bajo la ausencia de responsabilidad por legítima defensa. A este respecto también se ha enunciado:

> En este sentido, Chaverra y Sepúlveda (2018) (como se citó en Bedoya, 2007) en el ámbito del derecho procesal penal la aplicación del principio de proporcionalidad se basa en el examen de la relación medio-fin, pues la relación de este tipo con trascendencia en el proceso penal, además de ser empírica, comprende un "par de valores" que subyacen y los individuos (p. 15).

2.3 Proporcionalidad En Legítima Defensa, Análisis Hermenéutico

En esta materia, la Corte Constitucional ha conceptualizado en relación a la proporcionalidad como una herramienta metodológica implementada por el juez que contempla factores como la racionalidad, entre otras condiciones, que deben estar presentes en las disposiciones adoptadas por este. Dimensión que, se ajustan al estudio del principio de la proporcionalidad en la legítima defensa. Se encuentra entonces que la Corte ha dicho lo siguiente:

> Entre tanto, el estudio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación – beneficio, y finalmente, algunas

> consideraciones -en caso de contar con los elementos- sobre la certeza de los efectos de tal relación. (Corte Constitucional de Colombia, 2020, Sentencia C-022, párr. 20).

Ahora bien, en sentencia de constitucionalidad esta corporación expuso la teoría del test de proporcionalidad, como un juicio de valor que ayuda en el estudio de cada caso en particular y comporta una herramienta hermenéutica importante, al respecto se encuentra lo siguiente, en tratándose específicamente del test de proporcionalidad:

> (i) evalúa las repercusiones negativas de unas determinadas medidas que tiendan por la consecución de unos fines constitucionalmente deseables, puedan llegar a tener en otros intereses jurídicos de igual jerarquía; y (ii) tiene en cuenta la conducencia e idoneidad del medio escogido para obtener el fin deseado, de forma que le sea posible determinar al juzgador de la causa si los intereses jurídicos en balanza se encuentran nivelados o si, por el contrario, existe alguno que se esté viendo claramente desfavorecido (Corte Constitucional de Colombia, 2013, Sentencia C-835, párr. 17).

Por lo que se puede inferir, que la proporcionalidad desde la óptica constitucional ayuda a equilibrar las normas de este orden con las de inferior categoría jurídica. Específicamente para el tema de estudio, se presenta en la preponderancia que el juzgador manifiesta a la hora de la individualización de la pena y la adecuación de las normas en el componente fáctico.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia, se han encargado de abordar esta figura en el ámbito desde la operatividad. Se argumenta entonces, que en un sentido puro la proporcionalidad

se materializa en la creación de los tipos penales y de una fijación punitiva del rango de movilidad de las conductas tipificadas. Al respecto a dicho en relación a la proporcionalidad:

De acuerdo con los procesos 30794 de 2009 y 31273 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, los funcionarios judiciales, al afrontar el estudio de la legítima defensa, están obligados a 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". (Corte Suprema de Justicia, 2018, Sentencia AP979-2018, párr. 13).

Lo anteriormente expuesto en sala plena de la Corte, permite el análisis de la relatividad que comporta la defensa, puesto que, cuando una persona se ve involucrada en una agresión, como el caso de un ataque con arma de fuego de forma intempestiva, el instinto natural humano es de neutralizar de forma física y material el ataque, pues lo que, se busca no es causar daño a un individuo, sino por el contrario la protección de los bienes jurídicos protegidos claramente por la legislación.

Según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, el funcionario judicial, al abordar el estudio de la Legítima Defensa, está obligado a realizar una determinación de la proporcionalidad. Cabe destacar en este punto que, aún con la existencia de la proporcionalidad como principio es el juzgador quien, soportándose en el precedente judicial, ha elaborado doctrina, pues la norma penal no esgrime detalladamente la forma de operar de la proporcionalidad en cuento a la legítima defensa.

Es decir, la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción en materia penal, ha estudiado casos en los cuales debe acudir a sus anteriores argumentos para dar fin al litigio, un ejemplo claro al respecto, es el caso abordado en Sala de Casación Penal, resolviendo en temas de proporcionalidad la diferencia que existe entre una riña y la configuración de la legítima defensa, caso en el cual la corporación aclara lo siguiente: "(...) 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 (...)". (Corte Suprema de Justicia, 2018, Sentencia SsP291-2018, párr. 18).

Así las cosas, el margen interpretativo de la proporcionalidad se encuentra todavía por definir, como se vio en el caso anteriormente enunciado. Adicionalmente la proporcionalidad no solo se reputa de la agresión, es también una calidad que debe ser analizada en cuanto a los medios utilizados en la configuración de la legítima defensa, por lo cual se estudiarán los vacíos y afectaciones causados por un carente concepto de proporcionalidad en materia punitiva.

Capítulo 3. Concepto deficiente de proporcionalidad en materia de legítima defensa

3.1. Deficiencia de la Proporcionalidad en materia de legítima defensa

Hasta este punto de la discusión académica, pareciera que las bases de la proporcionalidad en materia de legítima defensa son bastante sólidas, pero existen deficiencias en el concepto de proporcionalidad por medio de las cuales se termina viendo a la víctima de la agresión como el victimario, y de facto se articula la figura de responsabilidad penal.

> No sobra advertir que por algunos doctrinantes no es bien recibido el requisito de proporcionalidad, pues tal condición, así simplemente exigida, limita la defensa. JUAN BUSTOS dice al respecto: los proyectos colombianos, siguiendo la tradición de su Código, han introducido el carácter de proporcionalidad de la defensa, con lo cual evidentemente han puesto un límite excesivo a la legítima defensa y demás, con ello, resulta difícil distinguirla del estado de necesidad (Chaverra y Sepúlveda, 2018, como se mencionó en Gómez, 1991).

Una vez abordado los elementos estructurales de la legítima defensa, se precisa estudiar las falencias que el concepto de proporcionalidad comporta. Si bien, el artículo 3 del Código Penal contempla la proporcionalidad como principio en materia punitiva, no define esta figura estrictamente hablando de legítima defensa. De la misma forma el artículo 94 de la ley procedimental penal, se refiere a la proporcionalidad de la pena.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede dejarse de lado que en Colombia la figura de la legítima defensa concibe ausencias que se traducen en penas impuestas a personas que en principio debieron ser declaradas no responsables. Un indicativo de lo anterior, es el caso con radicación: N° 50095 del año 2018, en esta sentencia la Corte Suprema entra a estudiar la existencia de la proporcionalidad de las acciones.

En este caso, un individuo conducía un vehículo automotor en compañía de su familia, y de forma inesperada dos motociclistas los intimidan con arma de fuego, de tal suerte que, la vida de las personas que viajaban en vehículo se encontraba en peligro, por lo anterior el conductor acciona el arma que tenía bajo su poder y de la cual contaba con las licencias pertinentes. Sentencia que emite como solución, delimitar la existencia de la proporcionalidad en el accionar de la víctima, así como, la necesidad de los medios empleados en razón al inminente peligro.

Por lo anteriormente expuesto, es viable considerar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el concepto de proporcionalidad es deficiente y conlleva una elucidación anquilosada de los elementos estructurales de la legítima defensa, lo que, termina convirtiéndose en sentencias donde se hallan responsables a sujetos inocentes.

3.2 Afectación al Derecho Fundamental de La Libertad Personal

Dando por sentado que una de las prerrogativas de las cuales goza el ser humano y es intrínseca a su ser, es el derecho a la libertad personal. Si bien es cierto, se entiende que la libertad no es un derecho absoluto, las situaciones jurídicas a través de las cuales se permite la limitación a este derecho, son excepcionales y así han sido positivizadas a través de diferentes

dispositivos normativos de carácter nacional e internacional. Por lo que al tenor del artículo 28 de la Constitución Política, se consagra:

> Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (…). (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de Colombia, 1991, Artículo 28).

Es en este entendido que tratándose de una persona que se ve inmersa en un proceso de investigación penal por defenderse de un ataque que amenaza su vida o la de un tercero, al invocar la legítima defensa como eximente de responsabilidad en el estadio en el cual la proporcionalidad no encuentra los suficientes sustentos fácticos para ser probada, la víctima que sufre esa conducta injustificada, termina siendo aprehendido por el sistema penitenciario en el marco de la investigación.

En este evento no solo la libertad personal de la víctima se ve afectada sino también su entorno familiar, social y laboral, creando vulneraciones en la esfera de lo psicológico, pues independientemente que sea declarado responsable o no, la afectación inicial que se genera del momento de la agresión es negativa para el sujeto, aunado a tener que soportar la carga de la investigación en la cual se ve inmerso.

Capítulo 4. Conclusiones

La legítima defensa en Colombia, se regula en el artículo 32, numeral 6 del Código Penal, esta figura punitiva permite al individuo amparar sus derechos ante una eventual agresión, o ante la posibilidad de un ataque, consintiendo la legislación la ausencia de responsabilidad penal.

El aspecto objetivo de la legítima defensa concibe las condiciones enunciadas por la ley para su existencia, mientras que el aspecto subjetivo, indica el carácter intencional de la defensa en concordancia con las acciones que realiza el sujeto que se ve ilícitamente atacado.

Para demostrar la ausencia de responsabilidad deben señalarse la concurrencia de las condiciones de modo, tiempo y lugar que permiten la configuración de los elementos esenciales de la legítima defensa, por lo que, el juzgador se encuentra en la obligación legal de verificar la existencia de la misma.

De igual manera es muy importante recordar, que para que una persona sea penalmente responsable de una conducta, esta debe ser típica, antijurídica y culpable, por lo cual es deber del operador jurídico revisar dichos factores a la hora de tomar una decisión tan trascendental que es la de decidir sobre la responsabilidad penal o no de una persona.

Al analizar un caso de legítima defensa, podemos darnos cuenta de que la tipicidad queda claramente expuesta, ya que, la persona con el fin de defenderse tuvo que vulnerar algún derecho del agresor, lo que genera que cambie su posición de agredido a agresor con el fin de proteger las

prerrogativas que constitucionalmente le son reconocidas.

Por su parte, el factor de antijuricidad nace de una conducta contraria a derecho y está claro que cuando una persona actúa por legítima defensa, no solo está amparada legalmente, sino que también es una reacción natural, toda vez, que, al verse sumergido en este contexto, suscita el deseo inmediato de que este termine en razón al instinto de supervivencia y conservación. Caso en el cual, se concluye que la conducta exteriorizada no se enmarca en el requisito de la antijuricidad.

El factor de culpabilidad en la legítima defensa como se dejó en evidencia en el presente libro monográfico, debe ser verificada no solo en observancia a las modalidades de conducta prescritas en la ley penal (dolo, culpa y preterintencional), sino que, a su vez, se debe cotejar el sentido específico de la acción. Que en el marco de la legítima defensa se desarrolla bajo el contexto de un sujeto que se está defendiendo de un injusto, protegiendo derechos propios o ajeno sin la más mínima intención de agredir a otra persona, sino por el contrario actúa por supervivencia y conservación.

Se colige así que difícilmente el individuo puede razonar sobre qué elementos utilizará para responder a ese ataque o en su defecto, las lesiones que va a causar a su victimario, dicho en otras palabras, que analice antes de reaccionar, la proporcionalidad, racionalidad, cualificación y la cuantificación, elementos que son los que actualmente operan para la legítima defensa.

De igual forma bajo el análisis decantado, se advierte que de acuerdo los parámetros

sociales y culturales, una persona que se dedique a ejercer actividades u oficios del común, difícilmente podrá responder de una forma profesional ante una agresión, disímil situación con la de aquel que ejerce la agresión, pues por lo general estas personas se dedican a cometer conductas ilícitas lo que genera claramente una desproporcionalidad.

La legítima defensa en Colombia es una figura limitada por los elementos estructurales, encontrándose que algunos de ellos como la proporcionalidad no tiene bien definido los límites conceptuales, ello acarrea un débil concepto desde la óptica normativa.

La proporcionalidad es el elemento más complicado de demostrar y probar en el curso del proceso penal, esto debido a la inexistencia de parámetros estandarizados de valoración en relación a las frágiles definiciones existentes en materia de proporcionalidad como elemento indispensable para la legítima defensa.

La necesidad en términos de la defensa es crucial para la determinación de la legítima defensa, ya que, una peculiaridad inherente al ser humano es la conservación de la vida por cualquier medio pertinente para evitar una agresión en contra de su persona o de otro individuo que se pretenda defender, por lo cual debe entenderse que la defensa es una reacción y no una acción. Lo anterior ostenta una gran relevancia, teniendo en cuenta que el defenderse es una reacción natural de una persona que al percibir una agresión o una amenaza busca contrarrestarla de cualquier manera, sin la intención de causar un daño, sino de protegerse y ponerse a salvo.

A juicio de los autores, los elementos axiológicos que deben conformar la proporcionalidad en la legítima defensa de acuerdo al problema jurídico planteado, deben ser aquellos que sirvan para determinar que no haya exceso en la defensa de la agresión, pues al tenerse tantos requisitos establecidos, aunado a los diferentes elementos, conlleva complejidad tanto para la víctima que busca defenderse como para los operadores judiciales.

Si se logran simplificar estos elementos, se tendrían unas reglas más claras sobre la proporcionalidad en la legítima defensa y de esta manera todas las partes intervinientes en dichos casos, podrían tener claro cómo actuar en cada uno de los casos, lo que serviría no solo para brindar una verdadera justicia a las víctimas de estos delitos, sino que los operadores jurídicos podrían hacer una determinación clara a la hora de hacer un estudio de la proporcionalidad, evitando de esta manera un desgaste tanto para las personas vinculadas en estas investigaciones y sus familias, como para el aparato de justicia.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991. Gaceta Constitucional 116 de 20 de julio de 1991. http://www.secretariasenado.gov.co/senado /basedoc/ constitucion_politica_1991.html

Camacho, J. (diciembre de 2012). *¿Principio de proporcionalidad de la pena?* Obtenido de https://xperta.legis.co/visor/rpenal/rpenal_ce6284371dd10068e0430a0101510068/revista-de-derecho-penal-contemporaneo/%c2%bfprincipio-de-proporcionalidad-de-la-pena%3f

Castañeda, D. (19 de julio de 2021). *Requisitos de la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad penal.* Obtenido de https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis /requisitos-de-la-legitima-defensa-como-causal-de-ausencia-de-responsabilidad

Chaverra, V., & Sepúlveda, L. (septiembre de 2018). *El principio de proporcionalidad en la legítima defensa* . Obtenido de https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/ 11396/4646/El%20Principio%20De%20Proporcionalidad%20En%20La%20Leg%C3%ADtima%20Defensa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Patiño, E. (06 de mayo de 2021). *La legítima defensa y el self denfese, una aproximación desde el derecho comparado.* Obtenido de https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle /10336/33064/1.-Monografia-como-opcion-de-grado-Elkin-Patino-Lancheros. pdf;jsessionid=D6B0069A8F61C694D1FDEA2F97C8E0D0?sequence=1

Riveros , L., & Niño, L. (2019). *Legítima defensa, "la aplicación de criterios claros básico que se hacen necesarios para la configuración e interpretación de la legitima defensa, código penal colombiano, ley 599 de 2000, articulo 32- inciso 6" en el municipio de Arauca.".* Obtenido de https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/14614/1/2019 _legitima_defensa.pdf

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2020). Sentencia C-022. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-022-20.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2013). Sentencia C-835. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-835-13.htm

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2022). Sentencia SP727-2022. Magistrado Fabio Ospitia Garzón. https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2022/04/01/legitima-defensa-putativa-o-subjetiva-concepto/

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2018). Sentencia SP291-2018. Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero. https://cortesuprema.gov.co/corte/wp- content/uploads/2018/03/SP291-201848609.pdf

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2018). Sentencia AP979-2018. Magistrado Luis Guillermo Salazar Otero. https://cortesuprema.gov.co/corte /wp-content/uploads/2018/04/AP979-201850095.pdf