

# Legítima defensa y violencia intrafamiliar

**Yesid Reyes Alvarado** (*Profesor del área de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes, Bogotá*)

—

Con motivo de una reciente decisión del Tribunal Superior de Bogotá (Cfr. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., sentencia del 13 de abril de 2021, radicación 110016500192201706080-01, magistrado ponente Jaime Andrés Velasco Muñoz), en la que se ocupó de examinar si el acusado había actuado en legítima defensa cuando intentó recuperar por la fuerza el celular que su pareja le había quitado sin su autorización para tratar de revisar sus mensajes de texto, ha surgido una polémica sobre si la figura de la legítima defensa es compatible con la violencia intrafamiliar.

En buena parte la discusión se originó por la forma equivocada como el tema se planteó ante la opinión pública, a partir de afirmaciones como la de que el Tribunal había justificado la conducta del acusado o la de que en esa decisión se estaba legitimando la comisión de un delito de violencia intrafamiliar para proteger la privacidad de las comunicaciones. En realidad, el Tribunal señaló todo lo contrario: dijo que el comportamiento del acusado no estaba justificado porque no se dieron todos los requisitos de la legítima defensa, lo condenó como autor de un delito de violencia intrafamiliar y le impuso una pena reducida ante el reconocimiento de que excedió los límites propios de esa causa de justificación (el denominado exceso intensivo).

En estricto sentido, lo que debería haberse presentado como síntesis de la decisión del Tribunal es que condenó al acusado como autor del delito de violencia intrafamiliar, porque para defender el derecho a la intimidad que su pareja intentaba desconocer al arrebatarse su celular para revisar sin permiso su contenido, había recurrido al uso desproporcionado de la fuerza causándole a la víctima lesiones que le ocasionaron una incapacidad de cinco días. Si este hubiera sido el resumen de la decisión, el debate se hubiera centrado en la cuantificación de la pena, donde hay un espacio para discutir si el Tribunal disponía de razones suficientes para que se reconociera la agravante de la violencia intrafamiliar.

Aun cuando el Tribunal negó la aplicación de la agravante prevista en el inciso 2º del artículo 229 del Código Penal con el argumento de que la Fiscalía no demostró que el uso excesivo de la fuerza por parte del acusado estuvo motivado por la condición de mujer de la víctima, la lectura de las decisiones de primera y segunda instancia muestra que había antecedentes que permitían evidenciar un patrón de conducta violenta del acusado contra su pareja a partir del cual resultaba razonable inferir que el exceso de fuerza utilizado para defender su derecho a la intimidad pudo haber estado motivado por ese contexto de violencia hacia su compañera, agravante que sí había sido reconocida por el juez de primera instancia. La diferencia punitiva entre estas dos alternativas puede ser una de las razones por las que se avivó la polémica en este caso concreto, puesto que algunos se han quejado de que el Tribunal le redujo la sanción de 72 meses de prisión contemplada en la decisión que estaba siendo objeto de apelación, a solo 8 meses de reclusión en centro carcelario, monto con el que no se estaría reconociendo de manera suficiente el contexto de violencia intrafamiliar en el que se debía enmarcar la

conducta del acusado. Quizás si la sentencia hubiera reconocido la agravante y con base en ella hubiese condenado al autor a una pena de prisión mucho mayor (el límite máximo con la agravante y el reconocimiento del exceso en la legítima defensa era de 84 meses), el debate no hubiera surgido porque la decisión habría tomado en consideración el enfoque de género cuyo inadecuado manejo se le ha reprochado en esta oportunidad.

La discusión no se ha centrado, sin embargo, en si el Tribunal acertó al no reconocer esa agravante; por el contrario, buena parte de las críticas se han orientado a cuestionar la aplicación de la legítima defensa en contextos de violencia intrafamiliar, un ámbito en el que no parece haber argumentos sólidos para descartarla.

Algunos cuestionan el hecho de que se pueda actuar en legítima defensa para salvaguardar el bien jurídico de la intimidad; si bien este, como todos los temas de la teoría del delito, siempre estarán abiertos a la controversia, lo cierto es que el estado actual de la discusión muestra que la doctrina ampliamente dominante admite la legítima defensa frente a este bien jurídico, y que la decisión objeto de análisis respeta esa corriente mayoritaria de opinión.

Otros ponen en duda la existencia de una agresión injusta (primer requisito de la legítima defensa) con el argumento de que la conducta de la mujer no es típica. También aquí puede decirse que aun cuando es factible encontrar opiniones diversas en la literatura especializada, la postura con mayor respaldo es aquella que no reduce lo “injusto” de la agresión al ámbito del derecho penal, sino que lo extiende a la totalidad del ordenamiento jurídico, lo cual muestra que tampoco en este aspecto la decisión del Tribunal carece de respaldo. No obstante, debe precisarse que el comportamiento de la mujer es susceptible de encajar en las descripciones típicas de violación ilícita de comunicaciones (artículo 192 del Código Penal colombiano) o del acceso abusivo a un sistema informático (artículo 269A del Código Penal colombiano), por lo que incluso desde la óptica de quienes vinculan lo injusto de la agresión al ámbito penal, la conducta de la mujer encajaría en este primer requisito de la legítima defensa.

Curiosamente hay quienes ponen en duda que en este caso hubiera existido una agresión con el argumento de que, estando protegido el celular del acusado con una clave, la conducta de la víctima no pasaba de ser una “tentativa de agresión” que, además, podría ser calificada como inidónea. Lo primero que debe precisarse es que la legítima defensa opera siempre frente a “tentativas” de afectación al bien jurídico, en el sentido de que se trata de comportamientos que están orientados a evitar que el delito pretendido por el agresor llegue a consumarse (o agotarse). El que le quita la vida a quien lo ataca de manera injusta para de esa forma evitar su propia muerte, ha dejado la agresión de aquel en el plano de una “tentativa”; de lo contrario él mismo estaría muerto y su defensa (legítima) habría fracasado. Mientras el ladrón no logra sacar la cosa hurtada de la esfera de protección de su propietario, su conducta está en el plano de la “tentativa” y frente a ella se puede reaccionar en legítima defensa; cuando el bien ilícitamente apropiado sale de la esfera de protección de su dueño, ya el ladrón consiguió su propósito (no es un mero “intento” de despojo) y la legítima defensa se torna inviable.

El argumento de que el comportamiento de la mujer habría constituido una tentativa inidónea merece dos observaciones; la primera consiste en que, si se ha aceptado que lo injusto de la agresión no se refiere a la relevancia penal de la conducta, su calificación como tentativa

carece de importancia. La segunda se refiere a que, si se admite la impunidad de la tentativa inidónea (como equivocadamente hacen de manera casi unánime la doctrina y jurisprudencia colombianas), lo único que habría en este caso concreto es un desplazamiento del objeto de discusión, que pasaría entonces del ámbito de la legítima defensa al campo del error, en cuanto una perspectiva *ex-post* (incorrecta, a mi modo de ver) demostraría que el autor se equivocó en su valoración *ex-ante* sobre la “idoneidad” de la conducta para ser calificada como “agresión”. Según la forma en que usualmente se interpreta la legislación colombiana en torno a esta figura que algunos denominan “legítima defensa putativa”, el procesado resultaría absuelto si se demostrara que su error sobre la existencia de la agresión fue invencible o, en caso de que se tratara de un error vencible, sería condenado a una pena más leve a título de culpa cuando se estuviera frente a delitos que admitan esa modalidad, lo cual no ocurre con la violencia intrafamiliar.

Como se desprende de las anteriores consideraciones, las reiteradas conductas de violencia intrafamiliar en las que habría incurrido el acusado antes de ocurrir los hechos por los que fue procesado, no tienen ninguna injerencia en la determinación de si la conducta de la mujer puede o no ser considerada como una agresión injusta, salvo que se la quisiera presentar como una legítima defensa de ella frente a reiteradas agresiones anteriores de su compañero, hipótesis difícil de aceptar no solo porque no parece haber medios de prueba que la avalen, sino porque revisar el celular de su pareja es difícilmente admisible como una forma válida e idónea (necesidad abstracta) de responder a las agresiones propias de la violencia intrafamiliar a las que habría estado sometida.

Por lo que respecta a la necesidad abstracta de la defensa, en este caso la opción de la huida no es concebible porque -a diferencia de lo que ocurre cuando se busca proteger la propia vida- supondría abandonar la defensa del bien objeto de agresión (la intimidad). Tratar de persuadir al agresor de que modifique su conducta siempre es una opción válida, hasta el momento en que resulte evidente que aquel avanza en su propósito de afectar el bien jurídico objeto de protección. Si esos intentos de disuasión no surten efecto, como parece haber ocurrido en el caso objeto de análisis, resulta razonable admitir la existencia de una necesidad de defender el derecho objeto de agresión injusta, como de manera acertada lo reconoció el Tribunal.

El último requisito de la legítima defensa es el de la proporcionalidad o racionalidad, en el que no se discute si había necesidad (abstracta) de defenderse frente a la agresión injusta, sino que se examina si la forma en que se ejerció esa defensa era la estrictamente necesaria (en concreto) para repelerla, es decir, si la reacción fue proporcional a la agresión. Sin conocer particularidades del proceso, las consideraciones expuestas por el Tribunal en torno a otras alternativas de defensa menos lesivas de los derechos de la agresora se muestran como suficientes para negar el reconocimiento de este requisito, lo que condujo a la emisión de una sentencia condenatoria por el delito de violencia intrafamiliar, asignándole a su autor una pena reducida en la forma como prevé la legislación penal colombiana para los casos en los que no se dan la totalidad de los requisitos propios de la legítima defensa.

Finalmente, vale la pena resaltar que han surgido algunas voces que niegan relevancia a la agresión de la mujer en este caso con el argumento de que su pareja le permitió ver el contenido del celular. Esa última afirmación es cierta, pero debe precisarse que esa situación

se presentó después de que ya habían ocurrido los hechos objeto de juzgamiento. Primero la mujer intentó ver el contenido del celular de su pareja contra su voluntad, comportamiento frente al que el acusado reaccionó sujetándola de manera violenta por los brazos con tal fuerza que le produjo dos hematomas (de aproximadamente uno y dos centímetros) por los que le fue diagnosticada una incapacidad de cinco días; y, después de eso, la mujer golpeó al acusado en la entepierna, con lo que consiguió apoderarse del celular e iniciar una discusión verbal con su compañero que terminó con la aquiescencia de éste último para que ella revisara el teléfono móvil. Pero este consentimiento del acusado es posterior a la conducta de sujeción violenta de los brazos de su pareja, con la que se cerró la secuencia fáctica sobre la que el Tribunal se ocupó para determinar la responsabilidad del acusado por el delito de violencia intrafamiliar. Por eso la tardía aceptación por parte del hombre de que su celular fuera revisado no tiene importancia frente al examen de los requisitos de la legítima defensa en relación con una conducta anterior, que era sobre la que debía pronunciarse el Tribunal.