

# **Sobre la necesidad racional de la acción defensiva: un breve comentario sobre “el fallo de la controversia”**

Por **María Camila Correa Flórez** (*Profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Coordinadora del ObservaJEP y Miembro adherente de la Red ALAS. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Maestría en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Autónoma de Madrid y Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Abogada de la Universidad de los Andes. mariaca.correa@urosario.edu.co*)

—

El pasado 13 de abril de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá profirió una sentencia en la que la le reconoció el exceso en la legítima defensa, a un hombre que agredió a su pareja por que esta quería revisarle el celular.

El Tribunal desestimó varias pruebas, que si fueron tenidas en cuenta en primera instancia, como el testimonio de la víctima, los informes periciales que establecían que ella era víctima de violencia por parte de su pareja y padecía afectaciones psicológicas y, sumado a ello, realiza afirmaciones erradas respecto al enfoque de género.

Todo ello, como es evidente, generó bastante controversias y discusiones. Sumado a lo anterior, el fallo evidencia, además, un error de comprensión respecto a uno de los requisitos estructurales de la legítima defensa: la necesidad de la reacción defensiva. Y si bien, quisiera extenderme ahondando en los demás errores que, a mi juicio presenta el fallo, en esta ocasión, me centraré en este último.

Para ello, resumiré las decisiones de primera y segunda instancia, expondré brevemente el contenido de la necesidad de la reacción defensiva y plantearé la crítica al fallo.

## **EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Según los hechos narrados, el señor Quiroz Revelo,

“maltrato física y psicológicamente a su compañera permanente, la señora Carmen Elisa Mesa Reyes, esto cuando él se había quedado desempleado y ella le reclamó por sospechar que este tenía otra pareja, además de exigirle que le dejara revisar el celular que ella le había comprado; el señor FAVIO ALIRIO QUIROZ REVELO se lo facilito luego de borrarle información, sin embargo cuando ella lo abrió, su compañero empezó a forzarla para que estuvieran íntimamente, la rasguñó y zarandeo, la tumbo a la cama y le puso los pies en el pecho con las rodillas, ella se lo quitó de encima salió corriendo hacia el baño, él la toma fuertemente de los brazos y la rasguña , pero cuando se dio cuenta que había una cámara de seguridad en la casa gravándolo baja la agresión y empezó a hablarle prometiéndole que no

lo volvía hacer; aclarando la víctima que esta no era la primera vez que la agredía” (Juzgado Octavo Penal del Circuito con función de conocimiento. Sentencia del 14 de enero de 2021. Rad. 11000165001922017-06080. p.1.).

La señora fue valorada por el INML-CF y por la fundación PSIMELL; valoraciones estas que arrojaron que se encontraba es riesgo moderado de sufrir lesiones e incluso la muerte, así como el hecho de que la víctima padecía una perturbación psicológica. A los ojos del Juez, el relato de la víctima fue corroborado por el médico que la examinó y que encontró huellas de violencia y los informes de los especialistas en salud.

El único testigo de los hechos, el hijo de la pareja afirmó que era la señora quien había sido violenta, sin embargo, el Juez no le dio credibilidad a este testimonio, toda vez que

“dentro de las valoraciones de riesgo e informe pericial de psicología dan cuenta de una secuencia de agresiones a nivel físico y psicológico por parte del acusado en contra de la víctima y no se cuenta con prueba alguna que permita determinar de manera fehaciente alguna lesión sufrida en la humanidad del enjuiciado” (Juzgado Octavo Penal del Circuito con función de conocimiento. Sentencia del 14 de enero de 2021. Rad. 11000165001922017-06080. p.1.)

El Juez estableció que el señor Quiroz Revelo era responsable de un delito de violencia intrafamiliar agravado, desestimando el alegato de la defensa relativo a que se configuró una legítima defensa:

“Frente a este proceder, y con las pruebas arrimadas no se encuentra determinación alguna que permita establecer que el acusado se encontraba en un riesgo inminente de vulneración a su bien jurídico tutelado por parte de la querellante, sin que se cuente con un dictamen que permite establecer las lesiones sufridas en su humanidad. Igualmente, y como fue indicado en el relato de la víctima, el acusado la dejó indefensa luego de posar sus rodillas en su pecho y tomarla por las manos, para posteriormente y una vez su pudo liberar tomarla por los brazos y golpearla contra la pared en varias oportunidades, lo que denota la inexistencia de una legítima defensa a favor del acusado, máxime cuando nos encontramos frente a una mujer que pesa 58 kilos y mide 1.55 de estatura a un hombre que pesa 65 kilos y mide 1.57, desproporciones estas, que contemplan quien se encontraba en inferioridad” (Juzgado Octavo Penal del Circuito con función de conocimiento. Sentencia del 14 de enero de 2021. Rad. 11000165001922017-06080. p. 9).

Lo condenó 72 meses de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos fundamentales y funciones públicas por el mismo tiempo.

## **LA CONTROVERSIA: EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA**

El fallo de segunda instancia, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, modificó la condena impuesta por el Juez de primera instancia. Lo anterior, porque, a su juicio se configuró un exceso en la legítima defensa ejercida por el señor Quiroz.

Luego de recordar los requisitos de esta causa de ausencia de antijuridicidad, contenida en el numeral 6 del artículo 32 del Código Penal, el Tribunal, aterrizándolos al caso concreto, estableció que se configuró una agresión actual contra la privacidad del procesado, toda vez que la señora intentó revisarle su celular:

“Bajo este panorama, la sala considera que el imputado obró en legítima protección de un bien jurídico tutelado con rango de derecho fundamental -la intimidad, ante el riesgo inminente de vulneración por parte de su excompañera sentimental, quien en forma abusiva, sin autorización del titular, pretendía tomar el teléfono celular con la finalidad de revisar su correspondencia” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Penal. Sentencia del 13 de abril de 2021. Rad. 11000165001922017-06080 -01. p. 11).

A la hora de analizar la proporcionalidad de la reacción defensiva, estableció que el señor Quiróz bien habría podido “recuperar su teléfono por otros medios persuasivos, como el diálogo, o haber solicitado el apoyo del hijo que se encontraba presente en la vivienda, antes de acudir al uso de la fuerza física” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Penal. Sentencia del 13 de abril de 2021. Rad. 11000165001922017-06080 -01. p. 11 y 12), razón esta en la que fundamenta la configuración del exceso contenido en el segundo inciso del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal.

### **LA CRÍTICA: LA INADECUADA COMPRENSIÓN DEL REQUISITO DE NECESIDAD RACIONAL DE LA ACCIÓN DEFENSIVA.**

El propio Tribunal, en las consideraciones, estableció, citando la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que uno de los requisitos de configuración de la legítima defensa es “que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice” y “que la entidad de la defensa sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, de la agresión” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Penal. Sentencia del 13 de abril de 2021. Rad. 11000165001922017-06080 -01. p.7). Ello quiere decir que hay que establecer, en primer lugar la necesidad de la reacción defensiva, y luego si proporcionalidad (ello, sin perjuicio de que yo considere que la proporcionalidad es parte de la necesidad racional, y un requisito adicional, como parece entenderlo la Corte Suprema de Justicia. Al respecto ver: CORREA FLÓREZ, Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa. 2017).

Una vez superado el análisis de existencia de la agresión actual, como primer nivel de análisis, hay que establecer si la reacción defensiva es, en palabras de José Orlando Gómez López, es “estrictamente necesaria para evitar el daño que amenaza la agresión” (GÓMEZ LÓPEZ, Legítima defensa, 1997. P. 297) e idónea. La acción defensiva será idónea cuando sea útil para repeler la agresión (RENGIER, A.T . 2015. §18/23) y no exista, en palabras de Reyes Echandía, “otro medio honorable e idóneo para repeler la agresión o evitarla” (REYES ECHANDÍA, Derecho Penal. 1998, p. 166).

Esta reacción defensiva debe además, ser proporcional, con respecto a la agresión, y debe constituir la manera menos lesiva a la que se pueda recurrir en el contexto en el que estén teniendo lugar los hechos, sin que por ello se ponga en riesgo quien se está defendiendo (ROXIN Claus/GRECO, A.T. 2020. §15/43).

La necesidad es el requisito de la legítima defensa que marca el límite de la eximente. Y cuando ese límite se excede es que se configura el exceso, según lo establecido en el artículo 32. 7 inc. 2. “El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible”.

Ello quiere decir que para que se configure un exceso la defensa tiene que sobrepasar el límite de la necesidad. Es decir, la acción defensiva cumple con el requisito de necesidad pero lo excede. Así lo ha establecido la Corte Suprema al afirmar que “para exista la referida aminorante (el exceso) tienen que darse los supuestos de la referida causa de justificación” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de marzo de 1996. Proceso No. 9306. p. 1).

Así las cosas, para hablar de exceso tiene que existir algo sobre lo cual excederse. Si la necesidad de la acción defensiva no se configura porque, supongamos, por volver citar a la propia Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, existen en el caso concreto “otros medios persuasivos, como el diálogo, o haber solicitado el apoyo del hijo que se encontraba presente en la vivienda, **antes de acudir al uso de la fuerza física**” para defenderse, entonces ni siquiera se configura la necesidad de la reacción defensiva y no habría sobre qué excederse.

A mi juicio, en ese punto radica el error: en saltarse el análisis de la concurrencia del requisito central de la legítima defensa: la necesidad. El Tribunal confunde necesidad, con proporcionalidad y, en su análisis, da un brinco” del requisito de actualidad al de proporcionalidad, sin detenerse en la necesidad. ¿En qué me baso para afirmar esto?. La Sala, en sus fundamentos de derecho, hace referencia a la necesidad, pero en su análisis, solo se centra en la proporcionalidad y fundamenta el exceso en lo que realmente se fundamentaría una ausencia de necesidad en el caso concreto. Así, inicia afirmando que debe determinar “si el enjuiciado reaccionó con proporcionalidad” y concluye que no, porque tenía otros medios para defender su intimidad (análisis de concurrencia de necesidad, no de proporcionalidad) y que por ello hay un exceso (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión Penal. Sentencia del 13 de abril de 2021. Rad. 11000165001922017-06080 -01. Pp. 10 y 11).

Si hubiese analizado correctamente la necesidad reacción *defensiva* del señor Quiróz, habría podido establecer que, como bien afirmó, este tenía otros medios para salvaguardar su derecho a la intimidad, en el contexto en el que se encontraba, y por tanto, su reacción violenta no era excesiva, sino innecesaria. Ello habría implicado que ni siquiera se configurara la apariencia de la eximente sobre la que se predicó el exceso.

Sin embargo, estableció como desproporcional, para fundamentar el exceso, lo que hacía a la acción defensiva, innecesaria.