

La Legítima Defensa En Riñas
El Rompimiento De Las Condiciones De Equilibrio Del Combate

¹Andrés Felipe Vega Henao.

Facultad de Derecho
Especialización en Derecho Penal y Criminología

Camilo Alberto Quintero
Director Temático y Metodológico

13 de septiembre 2022

¹ Abogado egresado de la Universidad la Gran Colombia, especialista en Derecho Administrativo. correo: andreshenao651@gmail.com.

Resumen

La Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, ha constituido doctrina probable en torno a la no admisibilidad de la legítima defensa en riñas; sin embargo, se ha introducido una subregla que pretende crear una excepción a la regla general de la no admisibilidad de la legítima defensa en riñas, la cual consiste en que cuando se ha roto las condiciones de equilibrio del combate entre los contrincantes, la parte desfavorecida puede actuar en legítima defensa.

Sin embargo, esta subregla del rompimiento de equilibrio del combate no ha sido explicada a detalle por la Corte, lo que ha generado que su aplicabilidad no tenga efectos concretos. Por tal razón, en el presente trabajo se propuso resolver la siguiente pregunta problema: ¿Cómo se debería interpretar la Subregla adoptada por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – del rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate para que sea admisible la legítima defensa en riñas?

Para su desarrollo, se abordó la legítima defensa desde sus fundamentos, se desarrolló los elementos que le son inherentes según la doctrina y la jurisprudencia y se trató de ubicarla dogmáticamente; así mismo, se buscó elaborar una línea jurisprudencial que detallará el avance que ha tenido la subregla en mención dentro de la Corte Suprema. Lo anterior, nos permitió llegar a una conclusión sobre cómo debe ser interpretada la Subregla del rompimiento del equilibrio de combate.

En efecto, proponemos que esta subregla sea entendida a través de tres escenarios: (i) el primero que es el “temporal” que permite determinar cuáles son los medios acordados por los contrincantes al acceder a la riña; (ii) el segundo es el psicológico que permite comprender la situación en la que se coloca quien luego de acceder voluntariamente a una riña, ve afectada gravemente esa voluntad por el desconocimiento de las reglas acordadas inicialmente (temporal) a tal punto que es desconocida la riña; y (iii) el tercer escenario es el material, a partir del cual se analizará en concreto los medios acordados para causarse mutuo daño, y el desbalance provocado por la introducción de elementos no acordados. Aquí ya no se hará una definición del momento en que se originó la disputa (temporal), ni lo que sucedió después en el sujeto que vio alterado su acuerdo de voluntad (psicológico), sino la igualdad que se predicaba de cada uno frente al del adversario en el momento justo de la riña.

Es decir que la interpretación del rompimiento del equilibrio del combate se debe dar tomando como punto de partida la riña, y a través de esta determinar cuáles las condiciones antes de ella y las que fueron acordadas al momento de acceder a la riña (temporal), cual fue la reacción de los sujetos agresores posteriormente a variarse las condiciones del combate (psicológico) y cuál fue la situación que se vivió en el momento exacto de la riña (material). En conjunto, estos elementos darán al juez los elementos necesarios para determinar que si en el caso particular de riña se presentó la causal de justificación de la legítima defensa.

Palabras claves: Legítima defensa, Riña, Legítima defensa en riña, Causal de justificación, Rompimiento condiciones equilibrio del combate.

Abstract

The Supreme Court of Justice, a criminal cassation chamber, has constituted probable doctrine regarding the non-admissibility of legitimate defense in quarrels; however, a sub-rule has been introduced which seeks to create an exception to the general rule of non-admissibility of self-defence in quarrels, which is that when the conditions of balance of combat between opponents have been broken, the disadvantaged party may act in self-defence.

However, this sub-rule of the breakdown of the balance of combat has not been explained in detail by the Court, which has meant that its applicability has no concrete effects. For this reason, in the present work it was proposed to solve the following problem question: How should the Sub-Rule adopted by the Supreme Court of Justice – Criminal Cassation Chamber – be interpreted as breaking the conditions of balance of combat so that legitimate defense in quarrels is admissible?

For its development, legitimate defense was approached from its foundations, the elements that are inherent to it according to doctrine and jurisprudence were developed and it was tried to locate it dogmatically; Likewise, it was sought to elaborate a jurisprudential line that will detail the progress that the sub-rule in mention has had within the Supreme Court. This allowed us to reach a conclusion on how the Sub-Rule of Breaking the Combat Balance should be interpreted. In effect, we propose that this sub-rule be understood through three scenarios: (i) the first is the "temporary" that allows to determine what are the means agreed by the opponents when accessing the quarrel; (ii) the second is the psychological one that allows us to understand the

situation in which it is placed who, after voluntarily agreeing to a quarrel, is seriously affected by that will due to the ignorance of the rules initially agreed (temporary) to such an extent that the quarrel is unknown; and (iii) the third scenario is the material, from which the agreed means to cause mutual harm will be analyzed, and the imbalance caused by the introduction of unagreed elements. Here a definition will no longer be made of the moment in which the dispute originated (temporary), nor what happened later in the subject who saw his agreement of will (psychological) altered, but the equality that was preached of each one in front of that of the adversary at the right moment of the quarrel.

That is to say that the interpretation of the breakdown of the balance of the combat must be given taking as a starting point the quarrel, and through this determine which the conditions before it and those that were agreed at the time of accessing the quarrel (temporary), what was the reaction of the aggressor subjects later to vary the conditions of the combat (psychological) and what was the situation that was lived at the exact moment of the quarrel (material).

Together, these elements will give the judge the necessary elements to determine whether in the particular case of quarrel the ground for justification of self-defence was presented.

Key words: Self-defence, quarrel, Self-defence in a quarrel, Grounds for justification, Breaking conditions balance of combat.

Introducción

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, a través de su jurisprudencia ha reconocido que la legítima defensa no es admisible en las riñas, salvo que se hayan roto las condiciones de equilibrio del combate.

Según la Corte, esta es una conclusión lógica si se parte de que quienes ingresan a una riña lo hacen con el conocimiento y la voluntad de causarse mutuo daño, lo que en su efecto práctico desconoce uno de los elementos de la legítima defensa como lo es la presencia de una “*agresión injusta*”. Sin embargo, al introducirse una subregla para la admisibilidad de la legítima defensa en la riña lejos de solucionar el asunto, lo complicó un poco más.

Podría pensarse que la subregla introducida por la Corte Suprema de Justicia, esto es, el rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate, está localizada en los medios utilizados para la defensa en el sentido instrumental de estos para causar daño, pero no se explica si esta subregla se expande a situaciones en donde se rompe las condiciones del combate no por el cambio de los medios acordados inicialmente, sino por condiciones personales que sitúan a uno de los contrincantes en una posición de extrema inferioridad respecto al otro.

Otro punto que no es claro con esta subregla, es si el rompimiento de las condiciones del combate tiene cabida dentro del elemento de la legítima defensa de la “*proporcionalidad de la agresión*”, en el entendido que si la legítima defensa exige una proporcionalidad respecto a los medios utilizados para la defensa como en la respuesta que se da a la agresión, se entendería que al romperse el equilibrio de las condiciones del combate, el contrincante puesto

en inferior posición estaría autorizado para igualar su medio de defensa con relación al que se introduce por el otro y así garantizar una proporcionalidad en la respuesta que se le da a la agresión, pero esto no es así, pues como lo veremos, la Corte en algunas decisiones no ha reconocido la legítima defensa cuando luego de romperse el equilibrio del combate, las partes se vuelven a colocar en un plano de igualdad.

Pese a la alta importancia que surge de entender estos tópicos, es poca la doctrina y la jurisprudencia que se ha elaborado respecto a ello. Por esta razón, el resultado que se obtenga de esta investigación le permitirá al lector abordar la legítima defensa en riña con total conocimiento y entendimiento de los interrogantes que surgen de la postura de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, en este artículo se buscará dar respuesta a la siguiente pregunta problema: ¿cómo se debería interpretar la Subregla adoptada por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – del rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate para que sea admisible la legítima defensa en riñas?

Para dar respuesta a este interrogante en una primera parte de este trabajo se analizará la legítima defensa desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, se buscará determinar su ubicación dogmática y se describirán sus elementos, para lo cual se utilizará fuentes documentales.

En una segunda parte, se describirá la evolución jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para llegar a la postura actual sobre la admisibilidad de la legítima defensa en riñas cuando se ha roto el equilibrio de combate entre

las partes. Para ello, utilizaré herramientas de análisis documental como la construcción de una línea jurisprudencial, en la que para su construcción me apoyaré en los textos *Interpretación Jurisprudencial desde las perspectivas de los jueces y juezas en Colombia Área Penal* de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y “El derecho de los jueces” de Diego Eduardo López Medina.

Finalmente, en la tercera parte, se buscará interpretar la subregla del “rompimiento del equilibrio de las condiciones del combate” a partir de los resultados obtenidos en las dos primeras partes y con esto tratar de dar respuesta a la pregunta problema.

1. Elementos de la legítima defensa desde la perspectiva doctrinal.

1.1 Ubicación dogmática.

Para comprender mejor la causal de justificación de la legítima defensa es menester abordar el estudio de la dogmática penal, pues desde ese estudio podremos ubicar mejor en qué lugar de los elementos de la conducta punible se encuentra ubicada esta institución jurídica.

Partamos por mencionar que el artículo 9 del Código Penal Colombiano, al señalar que se entiende por conducta punible sobre la cual se impartirá las sanciones descritas en la parte especial del Código Penal, menciona que debe reunirse una conducta típica, antijurídica y culpable (L. 599, art. 9, 2000). Podría pensarse que los anteriores conceptos mencionados componen características de la conducta punible, cualidades de las que se encuentra dotada y sin las cuales no puede existir sanción penal.

No obstante, bajo mi criterio la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad no solo son cualidades de la conducta punible, se trata de elementos esenciales que están ligados al propio ser de la conducta que es de interés para el derecho penal. Es decir, existe una relación ontológica entre la conducta punible y sus elementos, que la caracterizan y la definen. Debido a ello podemos afirmar que la conducta punible es tal cosa, y no otra.

Empero, según lo manifiesta Fernández (1999, p.7) desde el punto de vista fenomenológico y jurídico el delito es uno solo, es una unidad que comprende todas sus partes, pues en su actuar delictivo la persona hace (conducta) algo que está prohibido (tipicidad) porque afecta bienes jurídicamente tutelados (antijuridicidad), pero que, en los casos de voluntariedad y conciencia, a pesar de conocer lo prohibido de la conducta por afectar al ordenamiento jurídico la comete (culpabilidad). Lo anterior, es lo que Ferrajoli (2005), define como responsabilidad penal respecto a “el conjunto de las condiciones normativamente exigidas para que una persona sea sometida a pena” (Como se cita en Cure, 2010, p. 33).

Sin embargo, manifiesta Fernández (1999) que “dogmáticamente se permite considerarlo en sus elementos, para fines pedagógicos, en donde el estudio de sus contenidos no apunta a la disputa de la preponderancia de ellos entre sí.” (p. 57). De ahí que este autor afirme que la secuencia que sigue el juez al conocer de una conducta punible es la de “en el proceso de adecuación compara, luego valora y después reprocha” (Fernández, 1999, p. 66).

Esta caracterización de abordar el fenómeno de la conducta punible desde sus partes es fundamental para una mejor comprensión y estudio de la conducta cometida, pues el concepto de delito como conducta sancionada por una ley penal es puramente formal que nada dice

sobre los elementos que esa conducta debe tener para que sea castigada con una pena (Muñoz, 2020, p. 2), lo que sin duda dificulta su estudio. Así, resulta mejor abordar el concepto de conducta punible como un conjunto de elementos, respecto de los cuales se predica una individualidad que nutre grandemente al conjunto al que pertenecen y que no obstante de tener características propias, forman parte de un cuerpo común. Bajo esta mirada, se entiende que el legislador halla separado los elementos de la conducta punible en distintos postulados normativos (L. 599, art. 10,11 y 12, 2000) pero integrándolos todos juntos en un solo cuerpo (L. 599, art. 9, 2000).

Lo anterior, no encuentra en la doctrina aceptación pacífica. Para Zambrano (2019, p. 16) el concepto de culpabilidad no hace parte de la estructura del delito, sino únicamente los de tipicidad y antijuridicidad. Según lo explica el mencionado autor, la culpabilidad al ser juicio de reproche sobre el autor, nada tiene que ver con la estructura del delito pues ésta se ocupa del acto delictivo y no del autor. Así, Zambrano (2019) afirma que:

El delito lo definimos como la conducta típica y antijurídica, y reservamos la afirmación de la culpabilidad para el autor o dueño de ese acto típico y antijurídico. Para nosotros existen dos juicios de disvalor o de reproche: el de disvalor del acto por el cual y una vez que constatamos que la conducta es típica y antijurídica la reprochamos como disvaliosa, vale decir, como constitutiva de delito [...].

El otro juicio de disvalor o de reproche es el que se dirige al dueño del acto típico y antijurídico, de quien presumimos que tiene capacidad para comprender la criminalidad del acto (antijuridicidad) y para determinarse de acuerdo con esa

comprensión en el caso concreto, que no se encuentra en situación de error de prohibición o de trastorno mental (inimputabilidad), y que no media una causa de inexigibilidad de la conducta (p. 22).

Sin embargo, para nosotros este criterio respetable no tiene cabida, pues el derecho penal está orientado hacia la persona sobre la cual su conducta se adecúa en un tipo penal, conducta que al ser exteriorizada encuentra su contrariedad con la ley, lo cual debe ser sancionado; de ahí que el juicio de reproche se aplique a la persona que ha cometido el injusto, como lo afirma Muñoz (2020) al señalar “que el juicio de reproche se hace sobre el autor del hecho” (p. 2). Desligar la culpabilidad de la tipicidad y la antijuridicidad, lleva a un sin sentido de que se vea la conducta como algo diferente de su autor. Por eso afirmamos con nuestro código que la conducta es típica, antijurídica y culpable, porque es su esencia propia.

Al tener esencia propia, cada uno de los elementos esenciales de la conducta punible deben ser analizados respecto a sus características. Sin embargo, dependiendo de quien emprenda el análisis, el punto de partida será diferente. Fernández (1999, p. 64) afirma que si es el juez quien analizará los elementos esenciales de la conducta punible partiría desde la tipicidad, mientras que, si lo propio lo hiciera el legislador, éste partiría de la antijuridicidad nosotros agregamos que, si el análisis de la conducta punible producida por un autor se dejare en cabeza de la sociedad, ésta partiría desde la culpabilidad.

Respecto al punto de partida del legislador, someramente es menester decir que, al buscar tipificar una conducta, éste debe primeramente hacer una valoración de aquellas conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico, pues “una de las fuentes materiales del

derecho son los conflictos que se presentan en la sociedad los cuales crean la necesidad de legislar” (Fernández, 1999, p. 65). Esto genera que se tengan que valorar negativamente conductas que luego serán tipificadas. Es decir, partir de la antijuridicidad formal para llegar a la tipicidad.

Para solucionar estos inconvenientes, el legislador impuso un orden para el estudio de cada uno de los elementos esenciales de la conducta punible, desde la perspectiva del juez y el destinatario de la norma, el cual puede ser descrito apoyándonos en Rawls (2006) como un orden lexicográfico consecutivo y jerárquico que implica que el primero debe ser satisfecho antes que el segundo; el segundo antes que el tercero y así sucesivamente (p. 52). En ese sentido, el primer estudio que debe hacerse es el de la tipicidad de la conducta (L. 599, art. 10, 2000), el cual como resultado le permitirá al juez adecuar un concreto comportamiento humano, subsumiéndolo en un tipo penal determinado (Reyes, 1990, p. 4); el segundo será el estudio de la antijuridicidad (L. 599, art. 11, 2000) que confrontará la conducta típica con el ordenamiento jurídico y los bienes jurídicamente tutelados y finalmente el de culpabilidad (L. 599, art. 12, 2000) que se encargará de reprochar el actuar típico y antijurídico del actor de la conducta punible.

Según Fernández (1999, p. 66), este orden armoniosamente integrado cuando sufre el quebrantamiento de uno de sus tres eslabones hace que la conducta punible pierda su naturaleza y deje de ser ésta:

Cada uno es tan necesario como el otro, pero cada cual cumple las funciones que le corresponden (comparar, valorar y reprochar), al fin y al cabo, son tres elementos que concurren a la formación de una sola verdad, de algo nuevo y diferente a ellos como lo es el delito.” (Fernández, 1999, p. 66).

Este estudio, y en ese orden, es de obligatorio cumplimiento, pues conforme lo señala el Código Penal, al estar las normas de la conducta punible dentro de las normas rectoras del código, serán la esencia y orientación del sistema penal, y aquellas prevalecerán sobre las demás e informarán su orientación (L. 599, art. 13, 2000). Esta división tiene un importante alcance en esta investigación, pues gracia a ello podemos ubicar perfectamente las causales de ausencia de responsabilidad penal.

En ese orden, pasemos, pues, a hacer un estudio breve sobre cada uno de los elementos que conforman la conducta punible a fin de ubicar dogmáticamente a la legítima defensa en alguno de ellos. Como se dijo el punto de partida debe ser la tipicidad pues “solo la conducta típica, es decir, la descrita en el tipo legal, puede servir de base a posteriores valoraciones” (Muñoz, 2020, p. 4). Cuando el artículo 29 de la Constitución Política señala que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa (. . .)” (Const. P., art. 29, 1991) está señalando dos elementos para que se pueda juzgar a una persona: (1) que debe existir una conducta y (2) que esa conducta debe estar señalada en la ley previamente.

Según Muñoz (2020, p. 7) la norma penal lo que pretende es la regulación de conductas humanas, lo que implica que tenga por base la conducta que realiza el ser humano. Al regular una conducta, el legislador debe partir de ésta tal como aparece en el mundo real.

Pero no toda conducta es de interés del derecho penal, sino solo aquellas que valorándose previamente por el legislador como negativas para la comunidad en general deben ser prohibidas. A estas conductas valoradas negativamente son las que el legislador las conmina con una pena. Así, es la conducta del ser humano “el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta en punible” (Muñoz, 2020, p. 7).

Según Reyes (1990) “la conducta en sentido estricto es el comportamiento humano, de acción o de omisión, que abstractamente aparece descrito en un tipo penal y que lesiona o pone en peligro un bien jurídico” (p. 13). De esta manera, es pertinente indicar que la tipicidad tiene un primero elemento que la compone el cual es la conducta. Este elemento de la tipicidad es de gran valía, pues como lo afirma Cure (2010):

Es que el análisis previo de la conducta debe ser obligatorio y además cuidadoso en su aplicación, pues es el pilar sobre el que se erige el mismo derecho penal, ya que sin ella sería vano seguir el análisis dogmático, por no existir un objeto válido de estudio.

Influye la conducta en la tipicidad misma, que a su vez es la base para poder hablarse de antijuridicidad. (p. 27).

Por su parte, es esta conducta la que el legislador describe como modelo legal penal (Fernández, 1999, p. 72), y que se erige como garantía del principio de legalidad regulado en el artículo 6° del Código Penal. Apropiándonos de las palabras de Naranjo (2006):

El objetivo fundamental de la regla legal no es otro que el de dar al hombre los principios que deben regir sus relaciones con los demás hombres, dentro del seno de la

sociedad, con miras a lograr el imperio de la justicia, la equidad, el orden, la solidaridad y demás valores que aseguran la convivencia social (p. 7).

De tal manera, la descripción de ciertas conductas en un tipo penal debe poder inspirar al hombre respecto a sus relaciones con los demás, sobre aquellas conductas que no deberá hacer en sociedad.

Así, una conducta es típica cuando corresponda a la descripción contenida en una norma penal (Muñoz, 2020, p. 39), de tal manera que, al ser el tipo una descripción de un comportamiento humano como modelo legal (Fernández, 1999, p. 72) también forma parte de la tipicidad.

Entonces, si la tipicidad en el derecho penal es, por una parte, conducta humana exteriorizada conforme lo señala el artículo 26 del Código Penal, y por otra, la descripción hecha por el legislador de manera inequívoca expresa y clara de esas conductas, junto con otras más (lo que se conoce como características básicas estructurales del tipo penal), podemos decir con propiedad que la tipicidad es el resultado de la satisfacción de las dos.

Lo conclusión anterior, es afirmada por Fernández (1999) quien manifiesta que:

La tipicidad es la cualidad o atributo que se dice de una conducta humana que tiene adecuación, subsunción, correspondencia o subordinación al precepto de una norma jurídica penal, a un tipo penal. Es lo que se predica de la conducta humana por coincidir de manera concreta a un delito-tipo (p. 70).

Por su parte, Muñoz (2020) reconoce que la tipicidad es la adecuación que se hace respecto a un hecho que, previamente descrito en una ley penal, cabe en el supuesto de hecho

de la norma. (p. 39). En fin, tipicidad es la cualidad que se predica de toda conducta humana que encaja en la descripción fáctica que hace una norma prohibitiva penal.

La importancia de abordar en primera medida la tipicidad, en el camino por establecer la responsabilidad penal, es reconocida en la doctrina por gran variedad de juristas, entre ellos, Reyes Echandía (2000, pp. 96–98), Fernández Carlier (1999, pp. 87–89), etc. Todos ellos le adscriben a la tipicidad una triple función: (i) Una función garantizadora, en la medida que solo comportamientos que puedan ser subsumidos en el tipo penal pueden ser objeto de sanciones; (ii) fundamentadora, por cuanto que con la descripción de los comportamientos valorados negativamente por el legislador se transmite a la sociedad que comportamientos son los que están prohibidos, y por lo tanto no deben hacerse; y (iii) Sistematizadora, en tanto que ha servido para tender un puente que une a la parte general con la especial del Código Penal, antes divididas.

Sin entrar a mencionar los factores que podrían ocasionar la atipicidad de una conducta, por ser parte de estudio diferente al pretendido aquí, resulta necesario mencionar que el legislador colombiano agrupó en un solo articulado las causales de ausencia de responsabilidad penal, que a su vez agrupa las causales que atacan el tipo, las que justifican el acto o la conducta y las exculporias. Como su nombre lo indica, cada una de esas causas están diseñadas a manera de contracara respecto a los elementos de la conducta punible que estamos viendo: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Conforme lo reconoce Gómez Pavajeau (2003):

No se puede pensar que al ser reguladas las causales que eximen de responsabilidad en un mismo artículo, ello conlleve a la indistinción, pues siendo ellas las contracaras de las categorías dogmáticas que fundamentan la estructura del delito, también necesariamente responde a una sistemática bien determinada, solo que le corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia su ordenación científica (Como se cita en Cure, 2010, p. 101).

En ese sentido, podríamos nosotros ubicar como causales que atacan la tipicidad al caso fortuito y la fuerza mayor, el consentimiento propio y el error de tipo. Esto, para señalar que en cada uno de los elementos que comprende dogmáticamente la conducta punible se debe hacer un estudio de si en ellos concurren alguna causal de ausencia de responsabilidad penal.

Por lo anterior, la legítima defensa no puede ser comprendida como una causal que esté orientada a atacar la tipicidad de la conducta, pues si se observa, quien actúa en legítima defensa lo hace incluso sabiendo que ese actuar está prohibido por la ley. Es decir, la legítima defensa se da en un marco de una conducta típica.

Ahora, encontrado que la conducta materializada en el mundo exterior se adecúa a la descripción abstracta hecha por el legislador en un tipo penal, y que con base a ello se predica la tipicidad de la conducta, el paso que sigue en el orden antes planteado es continuar con el estudio de la antijuridicidad.

Para Reyes (1990) antijuridicidad es “el juicio desvalorativo que el juez emite sobre una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés legalmente tutelado” (p. 4).

Anteriormente, mencionábamos que el legislador al abordar la conducta punible parte de realizar una valoración de todas aquellas conductas que pueden ser contrarias al ordenamiento jurídico. Esta valoración negativa de conductas frente al ordenamiento jurídico es lo que se denomina antijuridicidad formal. Para Fernández (1999), la antijuridicidad formal “nace de la simple comparación entre la conducta y el orden jurídico llevando consigo una conclusión contradictoria entre lo comparado” (p. 93); mientras que para Muñoz (2020) “la simple contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal” (p. 82). El objeto de la antijuridicidad, según Zambrano (2019) es velar por ese orden valioso para la vida social, el cual es menoscabado por la realización antijurídica del tipo. (p. 17)

Sin embargo, la antijuridicidad no solo se debe comprenderse desde lo formal, pues a esta concurre otra llamada material. La antijuridicidad material además de contener a la formal, es decir que el comportamiento sea contrario al ordenamiento jurídico, también exige que se haya lesionado o puesto en peligro efectivamente algún bien jurídicamente tutelado. Es decir, la antijuridicidad material implica una afectación concreta sobre el bien que el ordenamiento jurídico quiere proteger. (Muñoz, 2020, p. 82). A esto último se le ha dado el nombre por algunos de desvalor de resultado.

Especial cuidado se debe tener respecto al desvalor de resultado, pues como lo afirma Muñoz (2020): “No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento

jurídico (desvalor de acción).” (p. 85), de ahí que se diga que “el valor o desvalor de la conducta, siempre supone el valor o desvalor de un resultado” (Muñoz, 2020, p. 86).

Tal como lo señaló en su momento la escuela finalista de Welzel, la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad y, por lo tanto, la tipicidad funciona como indicio de la antijuridicidad. Como lo explica Agudelo (2010) este concepto se dio en contraposición a otro que afirmaba que la tipicidad era *ratio essendi* de la antijuridicidad, el cual se explicaba en virtud de lo postulado por Mezger de que el tipo era fundamento real y de validez de la antijuridicidad, es decir, eran uno solo (p. 114).

Tal como lo explica Agudelo (2010), Welzel responde a este concepto de *ratio essendi* señalando que el tipo no era la causa de la antijuridicidad, pues el primero podría ser una causa, pero no la única de la segunda. (p. 115).

Lo anterior, para señalar que no todo el que actúa típicamente lo hace antijurídicamente, pues el actuar típico es solo un indicio que señala que la conducta puede ser antijurídica (recuérdese lo que se dijo frente a la posición del legislador al momento de abordar la conducta punible), pero para que sea antijurídica una conducta debe ser contraria al ordenamiento jurídico y poner en riesgo o afectar gravemente el bien jurídicamente tutelado sin **justificación**. Esta última expresión es resaltada por cuanto que, como lo señala Muñoz (2020) “El ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido.” (p. 89).

Esto último, tiene una gran importancia ya que, aquellas conductas típicas realizadas bajo una justificación previamente señalada por la ley, según Reyes (2000) “transforma en

jurídica una conducta que de otra manera sería contraría a derecho” (p. 159). A estas justificaciones es lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado el nombre de causales de exclusión de la antijuridicidad o causas de justificación, porque justifican el comportamiento aparentemente injusto.

En ese orden, una conducta que sea típica inicialmente puede no ser antijurídica, si en ella se configura una causal de justificación, pues esta, tiene la “la virtud de eliminar la antijuridicidad del hecho” (Reyes, 2000, p. 159). En ese sentido, a pesar de que la tipicidad funja como indicio de la antijuridicidad, no define que una conducta sea o no antijurídica como ya se dijo. En ese sentido, concordamos con lo expresado por Muñoz (2020) respecto a que el juicio de antijuridicidad realmente busca desvirtuar la presunción que recae sobre la conducta típica, la cual funge como indicio de la antijuridicidad. Para lograr desvirtuar la antijuridicidad, se debe constatar si concurren o no alguna causal de justificación. Es decir, el juicio de antijuridicidad es la confirmación de esta misma a través de la ausencia de causales de justificación. (p. 81).

Así, el indicio de antijuridicidad que supone la tipicidad de la conducta queda sin efectos ante la presencia de una causa de justificación, lo que convierte el hecho típico, en algo permitido. De esa manera, conforme lo expresa Muñoz (2020) “si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico” (p. 81).

Según lo ha reconocido la doctrina la legítima defensa hace parte de aquellas causales que al configurarse tornan el hecho en un inicio antijurídico, en lícito. Según Reyes (2000):

se trata de un fenómeno que no suscita reprochabilidad social porque siempre se ha considerado que quien reacciona ante una injusta agresión ejecuta comportamiento social y jurídicamente adecuado; también aquí, como en el estado de necesidad, es la conciencia social y legal de que no es posible exigirle al actor comportamiento diverso, lo que justifica su conducta y, por ende, su tratamiento como causal de exclusión de delito por ausencia de antijuridicidad (p. 166).

El legislador colombiano de 1980 al regular expresamente las causales de justificación penal, contempló a la legítima defensa como parte de una de ellas (Dec. 100, art. 29, 1980). Así las cosas, podemos afirmar que dogmáticamente, la legítima defensa se encuentra ubicada como contra cara (aspecto negativo) de la antijuridicidad.

Pese a que el objeto de este capítulo era encontrar la ubicación dogmática de la legítima defensa (superado ya), resulta pertinente abordar el último elemento de la conducta punible, a fin de no romper con el orden en el que se venía exponiendo, y dejar por fuera de mención este elemento tan importante.

Según Reyes (1990), la culpabilidad puede entenderse como “la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente.” (p. 15). En ese sentido, para que haya una conducta con un contenido de culpabilidad, se debió presentar anteriormente la satisfacción de los elementos que le preceden. En el orden aquí propuesto, solo hay conducta punible culpable, cuando ésta ya es típica y antijurídica. Así, actúa culpablemente quien “comete un acto

antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho” (Muñoz, 2020, p. 120).

Pero no solo basta que la conducta culpable relacione al autor y al hecho a través de un nexo psicológico, no (Agudelo, 2001, p. 35). Es necesario observar y solventar a su vez elementos que le pertenecen a éste. Antes de pasarlos a ver, es necesario señalar que el dolo y la culpa no hacen parte de la culpabilidad, pues como lo pregona el finalismo, escuela a la que se adscribió nuestro actual código Penal, el dolo y la culpa pertenecen al tipo, por cuanto que, al describir el tipo penal una conducta en una norma expresa, lo hace tomando todas sus características, entre ellas la subjetividad del sujeto que accede al tipo. De ahí que Agudelo (2010) afirme que “el tipo siempre implicará un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo” (p. 110).

Para explicar esto, Agudelo se apoya en la distinción que hacía Graf Zu Dohna frente al tipo de valoración que hacen la antijuridicidad y la culpabilidad. Para Zu Dohna, la antijuridicidad está vinculada a la valoración del tipo objetivo, en la medida que establece que la conducta descrita en la ley penal como prohibitiva es objeto de desaprobación por parte del ordenamiento jurídico; por su parte, la culpabilidad está vinculada con la valoración del tipo subjetivo, es decir, el que se le pueda poner en cuenta a su autor. (Como se cita en Agudelo, 2010, p. 94). Según Agudelo (2010), se observa una distinción clara entre “objeto de valoración y valoración del objeto” (p. 94).

En ese sentido, al establecerse la culpabilidad como valoración de lo subjetivo, no puede comprender en sí el objeto valorado, esto es, el dolo. Por esa razón, Welzel afirma que no

cambio el lugar del dolo, sino que lo ubicó donde lo encontró: “Si el dolo es lo valorado, no puede ser la valoración misma; si la culpabilidad es la valoración del dolo, el dolo no puede ser parte de la culpabilidad” (Como se cita Agudelo, 2010, p. 95).

Pero al no poderse ubicar el dolo en la culpabilidad, Welzel lo ubica en la acción que se encuentra comprendida en el tipo, pues “el dolo hace parte de la acción y no de la antijuridicidad; en la acción, viene a ser la voluntad de ella, una voluntad jurídicamente relevante en virtud de la descripción que de la acción hace el tipo” (Como se cita en Agudelo, 2010, p. 113).

Aclarado esto, pasemos a abordar someramente los elementos de la culpabilidad. Para Fernández (1999, p. 63) y Muñoz (2020, p. 120) la culpabilidad tiene los siguientes elementos:

- a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto de motivarse.
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que esta se pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización.
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto. Se daría teniendo en cuenta las circunstancias específicas en que obró.

En síntesis, satisfechos en su totalidad cada uno de los elementos de la conducta punible (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se impone establecer una pena al autor de la conducta punible, bajo los parámetros que fija el Código penal (art. 59 y ss.), y con la observancia de las formas propias de cada juicio. (Const. P., art. 29, 1991).

Sin embargo, para Muñoz (2020) existen otros supuestos que concurren con los elementos dogmáticos de la conducta punible, y que deben ser satisfechos para calificar como punible un hecho:

Estos elementos, denominados requisitos de penalidad o perseguibilidad, condicionan la pena y son, por tanto, presupuestos de esta. Se considera, por ello, que configuran también un elemento autónomo de la teoría general del delito al que se llama penalidad o punibilidad, aunque a diferencia de los anteriores es un elemento que solo se plantea en algunos casos concretos. (p. 4).

Reyes (2000) también admite la presencia de otros elementos que deben concurrir para comisionar una pena a una conducta punible, pero las enmarca dentro de lo que denomina “punibilidad” (pp. 243–250). Esos elementos a los que se alude son, a manera de ejemplo, el interés que debe sustentar quien acude a denunciar delitos querellables y la prescripción de la acción penal.

1.2 La legítima defensa.

Establecido el lugar que ocupa la legítima defensa dentro de la dogmática, ahora conviene ver su características y elementos. Sea primero manifestar que la fundamentación de la legítima defensa ha tenido en la doctrina distinto desarrollo. Así, Fernández (1994) expone

que, en la doctrina y la jurisprudencia española y colombiana, la legítima defensa ha tenido fundamento en dos teorías: (i) una individual y (ii) otra supraindividual (p. 6).

El fundamento individual de la legítima defensa se basa en que, al existir una falta de protección del Estado, el individuo debe poder defenderse ante cualquier agresión injusta. Quien ve atacado su bien jurídico particular, actúa inspirado en el instinto de conservación para protegerlo.

Por su parte, el fundamento supraindividual de la legítima defensa es el que señala que lejos de violarse el ordenamiento jurídico con los actos de defensa, se legitima y reafirma, pues al Estado definir los bienes jurídicos de especial interés fija un deber de protegerlos. Según Anton Oneca, en aquellos casos en que el Estado no puede asumir tal defensa, existe una delegación hipotética y condicionada del Estado hacia el particular, por razón de necesidad, para que sea este quien defienda el bien jurídicamente tutelado y con esto el ordenamiento jurídico (Como se cita en Fernández, 1994, p. 15).

Fernández (1994), afirma que estas dos teorías han sido recogidas en una sola, a modo de un doble fundamento, que denomina prevalente, y que resume así:

La opinión prevalente en la doctrina y la jurisprudencia españolas sobre el fundamento de la legítima defensa, conceptúa que este tiene un doble aspecto: el individual, es decir, la necesidad de defender el bien jurídico particular; y el supraindividual, esto es, la defensa del ordenamiento jurídico. En síntesis, por intermedio de la defensa al bien jurídico personal, individual, también se defiende el ordenamiento jurídico. (pp. 7-8).

Nótese como tanto en las dos teorías planteadas inicialmente, como en la que Sandoval Fernández denomina prevalente, el eje central es el principio de protección individual, que según Roxin (1997) es la justificación que presupone que determinada acción descrita típicamente sea necesaria para impedir o atacar la agresión antijurídica que se cierne sobre un bien jurídicamente tutelado (p. 606).

Según lo manifiesta Roxin (1997), el legislador, al contemplar actos de defensa necesarios y permitidos para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general (p. 608). Fernández (1994), no solo analiza la prevención general, sino que aborda de igual forma la prevención especial de la legítima defensa. Por prevención general se debe entender la persuasión que hace la ley a todo aquel que realiza actos de agresión injusta, so pena que contra él se ejerza legítima defensa; mientras que por prevención especial se debe entender la motivación que las mismas conductas permisivas producen en los sujetos de que acudan a contrarrestar la agresión injusta, y con esto garantizar la defensa de sus derechos.

De tal forma que, al existir un acto de agresión injusto que ataca un bien jurídicamente tutelado, el sujeto perjudicado se encuentra en una posición de defender su derecho, lo que le permite ejercer actos de defensa (prevención especial) que traen consigo un mensaje para la generalidad de que, al ponerse en una situación igual, podrán ser objeto de actos de defensa (prevención general). Estos conceptos de prevención especial y prevención general permiten comprender mejor qué quien actúa en legítima defensa lo hace para proteger un derecho propio y el ordenamiento jurídico, comportamiento que en palabras de Reyes (2000, p. 166) es

“social y jurídicamente adecuado”, pues cualquier ser humano puesto en condición igual reaccionaría de la misma forma.

Estos dos temas (fundamentos de la legítima defensa y prevención de la legítima defensa), no son independientes. Según lo enseña Fernández (1994) al hacer un análisis de las funciones preventivas de la legítima defensa (especial y general) debe hacerse vinculando estas al fundamento del cual son complementarias (p. 80); así lo explica Fernández:

Solo cuando se defienden bienes jurídicos–derechos – principio de protección – ejerciendo la legítima defensa, se evita la agresión o su continuación – Prevención especial – y se muestra esta reacción probable con entidad para disuadir al agresor de futuros comportamientos agresivos. Al mismo tiempo se muestra a todos los demás – no hay diferencias entre imputables e inimputables – los riesgos de realizar agresiones antijurídicas, facultándose la defensa aun en el caso de agresiones inculpables. (p. 80).

Es decir, el principio de protección, del cual se sustenta la teoría del fundamento individual de la legítima defensa, y el cual Roxin (1997) llamándolo de protección individual lo define como “la acción típica (. . .) necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien individual” (p. 608), se complementa con la función de prevención especial, en el entendido que al protegerse el derecho propio de agresión injusta, no solo se evita la consumación de la agresión en el bien jurídicamente tutelado, sino que lanza un mensaje al agresor de una posible reacción agresiva ante su conducta; por su parte, el fundamento supraindividual de la legítima defensa, que como ya se explicó está orientado a la protección del ordenamiento jurídico por parte de quien accede a la legítima defensa, se encuentra

complementado en la función de prevención general, la cual Roxin (1997) entiende como un reafirmamiento del orden legal aún en los casos en que no están presentes los órganos estatales frente a agresiones ilegítimas (p. 608), por cuanto que, al manifestarse el acto de defensa, no solo se está previniendo al agresor más próximo, sino a todo el conglomerado social de los posibles riesgos de realizar acciones antijurídicas y de que no se vulnera el ordenamiento jurídico sin un riesgo, y con esto se estabiliza el ordenamiento jurídico.

Pero tal como lo señala Fernández en su explicación, los actos de agresión antijurídicos defendibles a través de la legítima defensa pueden ser aquellos provenientes de personas imputables, así como de inimputables.

Según lo define Reyes (1990) la imputabilidad “es la capacidad para conocer y comprender la antijuridicidad de la conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión” (p. 28). En ese sentido, al ser la imputabilidad uno de los elementos al estudiar en la culpabilidad de la conducta punible, podría decirse con seguridad, que la imputabilidad de que habla es la que reposa en la culpabilidad de la conducta punible, último escalón a analizar en la dogmática del delito. Según lo establece el Código Penal colombiano, a los inimputables se les exige que su conducta sea típica y antijurídica, dejando de lado la culpabilidad (L. 599, art. 9, 2000).

En ese entendido, podría pensarse que las agresiones que activan la legítima defensa solo provienen de aquellos sujetos sobre los cuales se predica culpabilidad, es decir imputables. Pero tal como lo reconoce Fernández (1997), criterio que compartimos, no es procedente la exigencia de culpabilidad en la agresión (p. 79). El hecho de que la agresión sea

cometida por un inimputable, el cual, según el Código Penal Colombiano, es aquel que no tiene la capacidad para comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o similares (L. 599, art. 33, 2000); no vuelve jurídica la agresión que comenzó antijurídica. Tal como señala Reyes (como se cita en Fernández, 1994, p. 79) “lo único que interesa es que el daño o inminencia provenga de comportamiento humano.”

Entonces, la legítima defensa puede utilizarse bien contra quien acuda a cometer agresión antijurídica voluntaria, o contra quien no comprende la determinación de su conducta. Estos sujetos (imputables o inimputables) pueden cometer agresión injusta en contra de bienes jurídicos tutelado; la forma de hacerlo no tiene problema, pues como lo reconoce Fernández (1997) la conducta de agresión puede ser hecha por acción o por omisión:

En nuestro parecer, si definimos la agresión como toda puesta en peligro de bienes jurídicos–derechos, proveniente de una conducta humana, tanto la acción como la omisión son formas de comportamiento y por tanto pueden llegar a constituir agresión. Si además contradicen el ordenamiento jurídico, no habrá objeción a que constituyan agresiones antijurídicas, contra las cuales procede el ejercicio de la legítima defensa. (p. 73).

La conducta de agresión que activa la legítima defensa puede ser cometida con dolo, esto es con la conciencia y la voluntad de cometer la agresión injusta, o con culpa al infringirse el deber de cuidado que es previsible y evitable, o habiéndose previsto se confía en poderla evitar, aunque tal comportamiento hecho con culpa no se haga con el ánimo de lesionar. Según

Luis Romero Soto, no es necesario que la agresión provenga de conducta dolosa, una acción imprudente también tiene el suficiente alcance para que se origine una reacción defensiva legítima. (Como se cita en Fernández, 1994, p. 60).

Respecto a los derechos defendibles en la legítima defensa, Reyes (2000) manifiesta que solo lo serán “los bienes pertenezcan a la persona y cuyo goce sea amparado por la ley” (p. 167); este criterio es aceptado y compartido por Roxin (1997), quien afirma que “son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales” (p. 623); por su parte, Fernández (1997) indica que respecto a los derechos personales que se pueden defender no existe distinción por parte de la ley, por lo que basta que sean personales, sean o no individuales para su defensa (p. 203). Sin embargo, este último autor reconoce la admisibilidad de la defensa de derechos colectivos, criterio que es aceptado con cierto matiz por Roxin, pues afirma que se acude a la protección de la comunidad, solo cuando simultáneamente se ha de proteger un bien jurídico individual (p. 625), lo que, en últimas, remite nuevamente la discusión al escenario de derechos personales.

Para el presente trabajo, conviene aquellos derechos personales que Naranjo (2006) ha dado en llamar “derecho a la personalidad” y en los que se encuentran el derecho a la vida, el de integridad personal y el de honra; Según el autor en cita:

Esta categoría se suele reservar a aquellos derechos subjetivos que se consideran absolutamente indispensables para que el ser humano sea reconocido como persona y, en cuanto tal, titular de los demás derechos inherentes a esta calidad. Estos derechos

son esenciales, y sin ellos los demás no pueden ejercerse. Coexisten con su titular y no pueden ser transmitibles, ni renunciables, ni enajenados, ni prescriptibles. (p. 533)

Son precisamente, estos derechos personales los que se ven afectados la mayoría de las veces por el fenómeno de la riña.

Expuesto lo anterior, pasemos ahora a analizar los elementos que componen la legítima defensa, no sin antes concluir este capítulo con las palabras de Cure (2010) “no puede desconocerse al ser humano, frente a ciertas circunstancias, defenderse válidamente de injusta agresión, actual e inminente contra su integridad o a favor de un tercero” (p. 333).

1.3 Elementos de la legítima defensa.

Ahora bien, como parte de las causales de justificación, la legítima defensa reúne ciertos elementos que deben presentarse al momento de su aplicabilidad, estos son: 1. Los elementos subjetivos, y 2. Elementos objetivos. Según Muñoz (2020) “La justificación de una acción solo se da, por tanto, si concurren tanto el elemento subjetivo como el objetivo de la respectiva causa de justificación. La falta de cualquiera de estos elementos determina que el acto siga siendo antijurídico” (p. 93). Por tanto, para que se configure la legítima defensa debe reunirse estos dos elementos (objetivos y subjetivos). A continuación, se mencionarán sin pretender hacer un estudio exhaustivo, pues ni el tiempo, ni el espacio lo permiten.

1.3.1 Elementos Subjetivos.

La legítima defensa, como toda causal de justificación, aparte de reunir los elementos objetivos descritos en la ley para su configuración y aplicabilidad, debe poder reunir igualmente

aquel elemento subjetivo, que como su nombre lo indica, se sitúa en el sujeto que emprende la acción defensiva.

Tal como lo hemos señalado hasta aquí, en la legítima defensa existe una agresión injusta que ataca un bien jurídicamente tutelado, la cual activa la necesidad del individuo atacado de defenderse. Pero no basta con solo reacción ante una agresión, se debe poseer también una consciencia de que se está defendiendo un derecho propio de la agresión.

Cuando afirmábamos con Reyes (2000) que quien actúa en legítima defensa, lo hace porque su comportamiento es social y jurídicamente adecuado (p. 166), lo hacíamos en el entendido que el ordenamiento jurídico considera valido que la persona se pueda defender y con este asegure su derecho propio y reafirme el ordenamiento jurídico (recuérdese los fundamentos de la legítima defensa).

En ese sentido, aquella persona que accede a la legítima defensa debe saber que se está defendiendo verdaderamente, pues podría darse el caso de que una persona, conocedora de la legítima defensa provoque (más adelante se analizará el elemento de provocación suficiente) su propia agresión, para luego reaccionar contra el agresor en un tono de venganza. Esto mismo, es expresado por Muñoz (2020) cuando dice:

Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además, que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción (p. 92).

Así las cosas, la persona que se defiende debe poder saber que está defendiendo, y que lo hace en ayuda de un derecho propio o ajeno.

1.3.2 Elementos objetivos.

El Código Penal señala que habrá legítima defensa, 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” (L. 599, art. 32, No. 6, 2000). Estos elementos los pasaremos a desarrollar:

1.3.2.1 Necesidad de la defensa. En la doctrina alemana, opina Maurach que la legítima defensa sólo es aplicable, cuando se tiene la necesidad de rechazar una agresión. En ese sentido, la necesidad se mueve en dos escenarios: (i) uno respecto a la magnitud de la agresión, y (ii) otro con relación a la peligrosidad del agresor. Estos dos escenarios determinan la intensidad real de la agresión, y por lo tanto la forma en que debe defenderse el agredido (Como se cita en Fernández, 1994, p. 90). Ciertamente, este autor con estos escenarios lo que busca es determinar la gravedad del resultado, para que así se pueda establecer si es o no necesaria la defensa. Aunque según lo describe “cualquier bien puede ser defendido hasta la última consecuencia” (Como se cita en Fernández, 1994, p. 91).

Por su parte, Reyes (2000) considera que la necesidad de la defensa radica en la intensidad del ataque, en ese entendido si el ataque no lo exige se debe optar por otro medio idóneo para repeler la agresión o para evitarla (p. 166). Sobre esta postura, Sauer opina que al existir varias posibilidades de defensa debe elegirse la más natural, entre esas, la más suave, moderada o sencilla. (como se cita en Fernández, 1994, p. 92); Jeschek denomina esto

último principio de la mínima lesión del agresor. Aquí, nos adscribimos a la postura de Maurach ya relatada, respecto a que la defensa puede ir hasta la última consecuencia, pues quien acude a lesionar o agredir injustamente lo hace sabiendo a que se expone a una reacción contundente por parte del agredido (prevención especial).

No quiere decir esto último, que no compartamos el principio de lesión mínima del agresor, solo que al posicionarse en una situación que amerita legítima defensa, muy difícilmente se va a tener tiempo para pensar cual será la agresión menos gravosa. En todo caso, no podemos irnos al extremo de encontrar justificada toda lesión reaccionaria de la agresión injusta, que ya raya en desproporcional. En este dilema, conviene tener presente lo que expresa Cure (2010) sobre el tema: “No se trata de un reconocimiento absoluto y de una licencia para agredir intereses ajenos bajo la justificación de legítima defensa; (. . .) Es un análisis concreto, completo, integral de todas las circunstancias que rodean la situación fáctica.” (p. 334).

Este análisis concreto de las circunstancias que rodean la situación fáctica que menciona Cure, es a lo que se refiere Diaz Palacios cuando dice que “la defensa presupone la necesidad, pero esta no basta, sino que ha de subordinarse al rango de los intereses en conflicto” (Como se cita en Fernández, 1994, p. 96). De cierta forma, todos estos autores parecen ponerse de acuerdo en que al existir agresión será necesaria una defensa que la repele, pero esta (la necesidad) no puede interpretarse sin el elemento de proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

Hasta aquí, se ha señalado que existe la necesidad de defensa ante una agresión injusta, y que esa defensa debe primigeniamente ver la menor lesión del agresor, no obstante, de estar permitida la defensa hasta las últimas consecuencias, como la muerte. Según Fernández (1994), lo previamente relatado puede ser entendido mejor al abordar la división que ha hecho la doctrina respecto a la necesidad, esto es, existe una necesidad en abstracto que es aquella que se activa cuando una agresión ilegítima pone en peligro a la persona o sus derechos propios (ante la agresión nace la necesidad de la defensa), y una necesidad en concreto, que tiene su aplicabilidad en los medios que se utilizan para la defensa. Sobre este último, opera la proporcionalidad de la agresión. El citado jurista así lo resume:

Habrá necesidad de la defensa genérica–abstracta, desde el momento en que exista la agresión antijurídica y mientras lo sea, es decir, la necesidad de defender de alguna forma los derechos puestos en peligro. A su vez habrá necesidad de la defensa en concreto – específica– en el sentido de adoptar la defensa racionalmente necesaria (C.P.E.) o proporcionada (C.P.C), es decir, el procedimiento defensivo que se requiera en caso concreto. (p. 125).

La proporcionalidad que aquí se trata tiene que ver con la relación entre defensa– agresión, bienes jurídicos atacados–intensidad del ataque. Respecto al primer escenario (defensa–agresión) Puig Peña manifiesta que “si las armas son iguales o semejantes, existe racionalidad” (como se cita en Fernández, 1994, p. 98). Esto, a criterio del Tribunal Supremo español quiere decir que “equivale a igualdad que no es preciso sea exacta o matemática, bastará de ordinario con los medios ofensivos no superen, desborden o sobrepasen

manifiestamente, en cuanto a su eficacia, a los de agresión, ataque o acometimiento. (2 de octubre de 1981 –JA–3597).

Pero esta proporcionalidad también puede ser entendida desde la perspectiva medios de defensa–entidad de la agresión. Para Silvela “el medio que se emplee para repeler injusta agresión ha de ser proporcionado a la importancia y condiciones del ataque mismo, a la injusta agresión”. (Como se cita en Fernández, 1994, p. 99). Según este criterio, la proporcionalidad no ha de fundarse exactamente, basta la creencia racional de que la defensa era la adecuada y los medios los indicados respecto a la entidad de la agresión. (Fernández, 1994, p. 99).

Se encuentra también la mirada desde la proporcionalidad entre los bienes atacados y la intensidad del ataque. Según Anton Oneca, en esta postura no es de relevancia, o por lo menos no principalmente, los medios empleados; lo que interesa, es la “comparación de los medios de agresión y contragresión” (Como se cita en Fernández, 1994, p. 100), es decir, los bienes jurídicos que ataca el agresor injusto frente a los que ataca el que se defiende, y entre estos, la intensidad de sus ataques.

Fernández (1994) es de la opinión, apartada de lo ya relatado pero que compartimos, de que la necesidad de la agresión en concreto no debe enfocarse en los medios de la defensa, sino en el procedimiento o proceder defensivo que contempla la relación existente entre agresión y defensa. Según el mencionado jurista, los medios solo hacen parte de ese gran mundo del proceder defensivo, entre los cuales también se encuentran los bienes jurídicos en conflicto, el grado de peligro o lesión, características de sujetos intervinientes, circunstancias que rodean la defensa y la agresión, etc. Así, afirma Fernández que bustos tenía razón cuando

expresó que “se trata de un concepto abierto, que el juez cierra al momento de apreciar los hechos”. (p. 116).

1.3.2.2 Agresión ilegítima. Según lo manifiesta Fernández (1994) para entender el concepto de agresión ilegítima es necesario partir de la causa capaz de producir agresión defendible. En ese sentido, agresión será todo comportamiento humano que actúa en contra de bienes jurídicamente tutelados, es decir “agresión será entendida como toda puesta en peligro de derechos provenientes de una conducta humana” (p. 29). Para Reyes (2000) la agresión es todo ataque u ofensa que proviene de ser humano (p. 167).

Para Muñoz Conde (2020) la agresión es elemento esencial de la legítima defensa sin el cual esta mutaría a otra causal de justificación, como por ejemplo el estado de necesidad; el tono particular de la agresión es que a través de ella se llega a lesionar o poner en riesgo bienes jurídicamente tutelados. (p. 100). No obstante, no toda agresión amerita legítima defensa, ha de ser antijurídica, ilegítima o como lo menciona el código injusto.

Esta característica de injusticia de la agresión indica que la norma no permite su realización, y que por lo tanto quien la recibe no está llamado a soportarla. Para Silvela la expresión “ilegítima” es una redundancia, pues la sola agresión ya indica un grado de ilegitimidad, es decir, está última se encuentra inmersa dentro de la agresión. (Como se cita en Fernández, 1994, p. 30). Pero como ya se señaló, el ingrediente de ilegitimidad no está para adornar la causal, sino para especificarla; quien recibe agresión justificada como en legítima defensa está llamado a soportarla, pues su comportamiento humano que se calificó

inicialmente en injusto vulneró de tal manera bienes jurídicos protegidos, que habilitó a su doliente a ejercer agresión.

Ante el escenario anterior, y según la postura de Silvela, no podría diferenciarse los escenarios en los cuales se ejerce agresión con razón y justificación, de aquellos en los que se ejerce en contradicción del ordenamiento jurídico, lo que sin duda colocaría en aprietos la aplicación de la causal de justificación de legítima defensa. Esto, por cuanto que, si toda agresión en ilegítima de por sí, se habilitaría casos en los que se ejerza legítima defensa contra legítima defensa, algo que como ya se mencionó en su momento es un contrasentido.

Para Fernández (1994 p. 34) la característica de antijuridicidad agrega que esa afectación contradice al ordenamiento jurídico en su conjunto, protector de aquellos, es decir, no está permitido por este. Muñoz (2020), comparte esta opinión, pero agrega lo antijurídica de la agresión no solo debe ser formal, sino también material lo que se traduce en que la agresión debe ser una puesta efectiva de peligro hacía bienes defendibles, que permita determinar el verdadero riesgo de su lesión. (p. 100).

Adicionalmente, la agresión injusta tiene dos sustantivos más que la delimitan para su aplicación, como lo son su actualidad e inminencia. Para Muñoz (2020) esto es justificado en el entendido que, la facultad que le extiende el Estado al sujeto de incluso cosas que él mismo se niega, como por ejemplo matar, lleva a que se imponga cada más la limitación de ese derecho individual a casos o situaciones realmente excepcionales, en los que sea menester por parte del individuo defender su derecho. (p. 99).

La actualidad de la agresión implica que esta se esté dando en el momento justo de la agresión. Para Lozano, el concepto de actualidad debe entenderse como espacio que “dura o subsiste el peligro” (Como se cita en Fernández, 1994, p. 39). Este criterio es respaldado por Fernández (1994) quien manifiesta que “estamos de acuerdo con entender la actualidad como agresión que ya comenzó y continúa, perdura, subsiste, está presente, tiene lugar efectivamente, iniciada y no concluida, y demás frases equivalentes” (p. 42).

Por su parte, este autor entiende por inminencia la “agresión que amenaza en forma inmediata, cuya ejecución va a ser inmediata, próxima” (p. 42). Para Reyes (2000) esta inminencia indica que el ataque está a punto de consumarse, que su acometimiento es inevitable (p. 167). Según concluye el citado jurista “debe entenderse el ataque que está a punto de consumarse o dura todavía, pero no el que apenas se vislumbra como probable o el que ya se ha consumado” (p. 167), hablando de la actualidad e inminencia de la agresión. Este criterio es aceptado, entre otros, por Cure (2010) quien afirma que el análisis de la actualidad de la agresión debe ser uno de los principales al momento de verificar la legítima defensa, pues es esta precisamente la que marca la diferencia entre una defensa o no. (p. 340).

1.3.2.3 Proporcionalidad entre defensa y agresión. Tal como lo dijimos ya, la proporcionalidad de la agresión debe ser analizada a partir de la necesidad en concreto de la defensa, la cual tiene su aplicabilidad en los medios que se utilizan para la defensa; así mismo, se dijo que esta proporcionalidad podía verse desde varias ópticas, y se trajo a colación algunas pocas, pero nuestro Código actual al decir de su tenor “siempre que la defensa sea proporcional

a la agresión” (L. 599, art. 32, No. 6, 2000), se adscribió a quienes “estiman los medios de agresión y los de defensa” (Fernández, 1994, p. 115).

Como lo explica Fernández (1994) “no se trata de que los medios sean iguales o equivalentes, de manera absoluta o relativa, sino de algo más” (p. 116). En efecto, como lo sostuvimos en la parte pertinente del estudio de necesidad de la defensa, la proporcionalidad entre la agresión y la defensa no solo se debe enfocar en los medios utilizados, pues estos son solo una parte de aquella, sino de que la defensa “sea cometida en relación con la agresión, teniendo en cuenta la complejidad de elementos que integran el proceder defensivo: situación concreta, los bienes jurídicos en conflicto, las circunstancias del agresor y del agredido, etc.” (Fernández, 1994, p. 119); más adelante se agrega “habría que analizar los medios, la manera como se utilizan, los bienes jurídicos en conflicto, el grado de agresión o peligro, las características de los sujetos intervinientes, las circunstancias que rodean la agresión y defensa, etc.” (p. 131). Para Muñoz (2020), lo anterior se resume en que la proporcionalidad debe interpretarse tanto en la especie como en la medida. (p. 103).

La proporcionalidad de la agresión debe leerse bajo los presupuestos expuestos y aplicarse al caso concreto, teniendo de presente siempre la racionalidad de su aplicación. Este último criterio es resumido por Reyes (2000) en el sentido de que en la defensa se puede ir tan lejos como lo amerite la agresión, pero “no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello” (p. 167).

1.3.2.4 Provocación suficiente. Según lo señala Fernández (1994) este requisito no se encuentra contemplado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues nunca lo ha

necesitado “para dar solución a los problemas que se intentan resolver mediante su observación legal, ni han considerado conveniente introducirlo como una de las exigencias de la legítima defensa” (p. 153). Esto le permite sugerir al mencionado jurista que la legislación penal española (donde si se encuentra consagrada expresamente esta causal) debería eliminarla, por cuanto que con esto se evitaría problemáticas que contrae el definir conceptualmente la provocación suficiente, determinar el alcance de sus consecuencias, etc.

Lo anterior, en atención a que, según el criterio del autor que compartimos, no se puede quitar al provocador defenderse en legítima defensa ante agresión del provocado, con el argumento de que quien se defiende es quien ha originado la agresión y por tanto debe asumir sus consecuencias. Para nosotros es claro que quien provoca, y luego se defiende ante una agresión de magnitud muy superior al grado de la provocación, lo hace en legitimo uso de su derecho a proteger derechos particulares propios. En ese sentido, no se haya aplicación efectiva a este requisito que Silvela define como “que quien se defiende no haya dado por su parte causa al ataque de ser víctima, incitando al injusto agresor, irritándolo y provocando su cólera” (Como se cita en Fernández, 1994, p. 145).0

Dicho criterio de Silvela anteriormente citado no es compartido por Muñoz (2020) quien afirma que esa interpretación llevaría a una evidente responsabilidad por el resultado, e impediría que se defiende de agresión quien ciertamente la provocó, pero no con la entidad misma de la agresión que se produjo. (p. 104).

Fernández (1994) indica que muy a pesar de no estar expresamente consagrada en la norma, el requisito de la provocación suficiente en Colombia ha sido aceptado por la doctrina lo

que sin dudas “denota el gran influjo que la doctrina foránea ha ejercido sobre ella” (p. 158). De esta forma, juristas como Peláez Vargas, Romero Soto, Gómez Prada, entre otros, reconocen que no puede existir legítima defensa cuando quien se defiende la ha provocado. (p. 158). No obstante, Reyes (1986) logra hacer una diferenciación entre los conceptos de agresión y provocación e indica que una cosa es la incitación que se hace a otro, lo cual no ofende ni causa daño, y otra es la lesión que provoca el agresor provocado. Así las cosas, es un error considerar al provocador como agresor, pues este está en la posibilidad de defenderse “en la medida en que constituya agresión injusta, y contra ella puede responder legítimamente el provocador” (como se cita en Fernández, 1994, p. 159).

1.3.3 Requisitos legítima defensa desde la perspectiva jurisprudencial.

Finalmente, conviene aquí hacer una breve descripción de lo que la Corte Suprema de Justicia ha establecido como requisitos para la legítima defensa.

En sentencia SP4289–2020 del 04 de noviembre de 2020 (reiterado en sentencia SP2192–2015 y Auto AP979–2018) la Corte dijo que son requisitos de la Legítima defensa:

a). Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual [patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal].

b). Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.

c). Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice.

d) Que la entidad de la defensa sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión.

e) Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que, de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia SP4289/2020, 2020).

2. Precedente Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia –

Sala de Casación Penal

2.1 Vinculatoriedad del precedente

En Colombia no ha sido pacífica la discusión sobre la admisibilidad del precedente jurisprudencial como fuente de derecho, y su vinculatoriedad para todas las autoridades y personas dentro del Estado colombiano. Según lo establece el artículo 4° de la Constitución Política es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes. Por su parte, el artículo 230 del canon constitucional señala que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley.

Conforme a estos dos postulados, se planteó el ideario que solo era obligatorio para las personas y autoridades el acatamiento de la ley, y que la jurisprudencia solo era vinculante para aquellos casos en que era pronunciada. Esta última conclusión se sustentaba en gran parte en el artículo 230 inciso segundo *ibidem*, que consagraba que la Jurisprudencia solo era un criterio auxiliar en la actividad judicial.

Sin embargo, fue la Corte Constitucional la que entró a modificar tal conclusión y en reemplazo propuso una nueva perspectiva sobre la cual debería ser observada la jurisprudencia de las altas cortes:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular. (CC, C-836/01, considerando No. 6).

En otro aparte de la sentencia dijo la Corte Constitucional que:

Si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir –únicamente– de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra –además– las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces. Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, la concibe como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material

mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto fácticos como jurídicos.

Sólo mediante la aplicación consistente del ordenamiento jurídico se pueden concretar los derechos subjetivos. Como se dijo anteriormente, la Constitución garantiza la efectividad de los derechos a todas las personas y los jueces en sus decisiones determinan en gran medida su contenido y alcance frente a las diversas situaciones en las que se ven comprometidos. Por lo tanto, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional. (CC, C-836/01, considerando No. 7).

Lo anterior, permite entender como en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud a la interpretación realizada por la Corte Constitucional respecto a la vinculatoriedad y obligatoriedad del precedente judicial en aras de salvaguardar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, la discusión en torno al canon constitucional que consagraba el criterio auxiliar de la jurisprudencia en Colombia fue resuelta y hoy por hoy es casi que indiscutible la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial. Esto es tan así, que incluso el legislador ha adoptado fórmulas que permiten materializar tal afirmación como, por ejemplo:

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.

<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Al resolver los asuntos de su competencia,

las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. (L. 1437, art 10, 2011)

ARTÍCULO 7o. LEGALIDAD. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley. (L. 1564, art 7, 2012)

En ese entendido, es procedente abordar la problemática que se pretende resolver en este trabajo de investigación desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, buscando una explicación teórica integral desde la interpretación del derecho que ha elaborado esa alta Corporación. Para el efecto, es necesario abordar no una sentencia aislada que hable sobre el tema planteado, pues tal como lo afirma López (2006) el análisis de sentencias aisladas no contribuye a entender su desarrollo sistemático dentro de un conglomerado de sentencias, las cuales todas juntas reciben el

nombre de “jurisprudencia” (p. 139), sino el conjunto de sentencias que se relacionen entre sí, y que permiten determinar la subregla jurisprudencial creada.

Así, en el presente trabajo de investigación se reconstruyó una línea jurisprudencial, la cual se estructuró a partir de los postulados señalados por López (2006) para este tipo de temas:

Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte, es necesario (i) acotar el patrón fáctico concreto [...]; (ii) identificar las sentencias más relevantes [...]; (iii) finalmente es necesario construir teorías estructurales [...] que permitan establecer la relación de esos varios pronunciamientos jurisprudenciales. (p. 140).

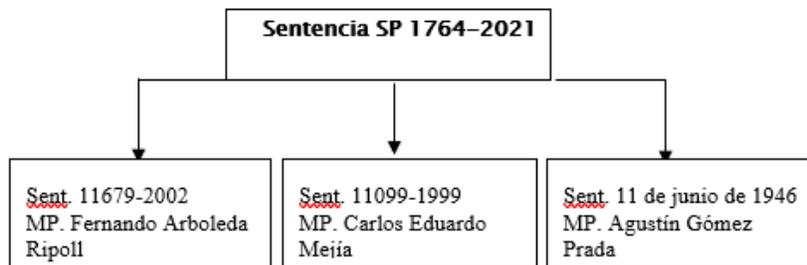
En ese sentido, se adoptó como patrón fáctico que sirvió de guía en la búsqueda de sentencias sobre las cuales realizar el análisis jurisprudencial, el planteado por García y Leal (2009) respecto a: “*¿Es jurídicamente admisible la legítima defensa en la riña como eximente de responsabilidad?*” (p. 36); seguidamente, se tomó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de las más recientes en las que se hubiera tratado el tema de interés, la cual sirvió de punto de apoyo “arquimédico” para realizar lo que López (2006) denomina ingeniería de reversa (p. 168). El resultado obtenido fue un “nicho citacional” (López, 2006, p. 177), sobre el cual se elaboró el análisis jurisprudencial.

En efecto, en la sentencia No. SP1764–2021 del 12 de mayo de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia aborda el problema sobre la admisibilidad de la legítima de defensa en las riñas, y si bien es cierto excluyó su aplicabilidad, se refirió a la subregla de la admisibilidad de la legítima defensa en riñas cuando se ha roto las condiciones de equilibrio del combate. Como

se muestra en la figura 1, las siguientes son las sentencias citadas dentro de la sentencia SP1764-2021:

Figura 1

Sentencias citadas dentro de la sentencia SP1764-2021.



Nota. La figura 1 representa las sentencias que se encontraron dentro de la sentencia SP1467-2021 y que fueron utilizadas por el Magistrado Sustanciador para apoyar su argumento sobre la admisibilidad excepcional de la legítima defensa en riñas. Tomado de “El derecho de los jueces” D, López. 2006. p. 163.

Sobre las sentencias mencionadas en la figura 1 se realizó un estudio inicial que buscaba determinar las sentencias que a su vez eran citadas en éstas. El resultado fue el siguiente: en las sentencias del 11 de junio de 1946 y 11099-1999 no se citación decisiones de apoyo; en la sentencia No. 11679-2002 se citó como decisiones de apoyo las sentencias del 11 de junio de 1946 y 11099-1999, razón por la cual no fue posible expandir el campo de análisis de las sentencias.

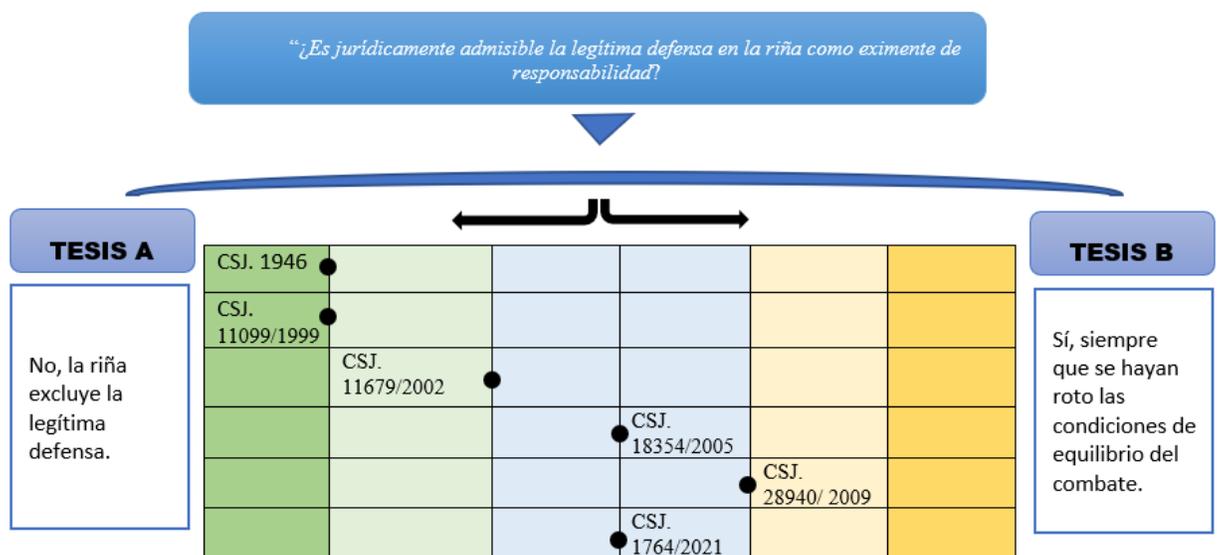
No obstante, García y Leal (2009) en su estudio sobre la legítima defensa en riñas identificaron la sentencia No. 28940 del 2009, la cual, a juicio de los citados autores, marcaba el cambio jurisprudencial (criterio del cual nos apartamos desde ya pues como se verá más adelante no fue un cambio jurisprudencial lo que se hizo con esta sentencia, sino una reconceptualización jurisprudencial) que se pretende abordar en este trabajo (p. 46). Por esa

razón, se adoptó tenerla dentro del análisis jurisprudencial planteado, junto con su nicho citacional pertinente al tema, es decir, las sentencias 11099/1999, 11679/2002 y 18354/2005.

Sobre esta última sentencia, es decir, la 18354/2005, es pertinente mencionar que en ella se citan las sentencias ya enunciadas anteriormente 11099/1999 y 11679/2002, lo que de cierta forma nos cierra satisfactoriamente el campo de estudio de estas sentencias.

Figura 2

Análisis jurisprudencial sentencias Corte Suprema de Justicia



Nota. La figura 2 representa la ubicación esquemática de las sentencias analizadas, las cuales se posicionaron en uno u otro lado de la gráfica en la medida que se adscribían a la tesis “A” o “B” identificadas a los costados de la gráfica, las cuales plantean dos ideas que se excluyen entre sí. Adaptado de “Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia (legítima defensa en la riña)” D, García y M, Leal. 2009.

(<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m12-7.pdf>.)

2.2 Análisis jurisprudencial

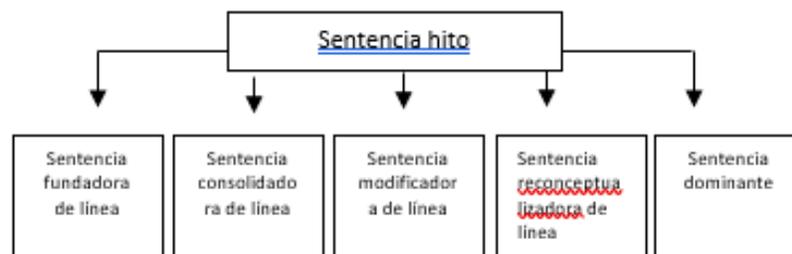
2.2.1 El origen de la doctrina dominante – La exclusión de la legítima defensa en la riña.

Tal como se dijo en su momento, el análisis jurisprudencial que se busca realizar está orientado por la metodología que propone López. Siguiendo con su línea conceptual, este autor plantea que la finalidad de realizar una “ingeniería de reversa” (2006, p. 168) apoyándose en una sentencia arquimédica, sobre la cual se predica la doctrina de la Corte más reciente sobre hechos relevantes que se están indagando, es encontrar la sentencia “hito” la cual es aquella “que ha tenido consecuencias conceptuales profundas y duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales” (López, 2006, p. 162).

Según López (2006), una línea jurisprudencia puede contener varios tipos de sentencias hitos, que dependiendo de su importancia dentro de la línea jurisprudencial son clasificadas de la siguiente manera (p. 163):

Figura 3.

Clases de sentencias hito.



Nota. La figura 3 es una representación de las clases de sentencias hitos que se pueden ubicar en una línea jurisprudencial. Tomado de “El derecho de los jueces” D, López. 2006. p. 163.

Conforme se expuso en la figura 2, las sentencias analizadas fueron ubicadas en dos extremos buscando que encuadraran dentro de dos hipótesis: (i) una relativa a la exclusión de la legítima defensa en la riña, y (ii) otra concerniente a la aceptación de la legítima defensa en

riña de manera excepcional. Según quedó graficado, la sentencia No. CSJ. 1764/2021, la cual sirvió como punto arquimédico para el análisis jurisprudencial, nos ayudó a encontrar tres sentencias las cuales son citadas por la Corte Suprema de Justicia en todos los fallos que se refieren a legítima defensa en riñas.

De estas tres sentencias citadas, y que pueden ser ubicadas al estar orientadas hacia la tesis “A” de la figura 2, se observa que dos de ellas (CSJ. 11099/1999 y CSJ. 11679/2002) citan en sus consideraciones a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 11 de junio de 1946. Revisada esta sentencia, tal como se señaló anteriormente, la misma no tiene cita jurisprudencial que sustente su decisión, razón por la cual puede ser considerada como la sentencia hito-fundadora de línea, dentro del marco fáctico de la legítima defensa en riñas.

Las otras dos sentencias mencionadas, esto es, las CSJ. 11099/1999 y CSJ. 11679/2002, también son citadas por la Corte Suprema de Justicia recientemente en sus fallos al tratar los casos de la legítima defensa en riñas. Este escenario permite posicionar a estas sentencias como aquellos hitos que consolidaron la línea jurisprudencial que se ve reflejada en la tesis “A” de la figura 2, línea que a la fecha se mantiene vigente dentro de la Corte.

No obstante, del análisis se encontró que existen dos sentencias de gran importancia, pues a nuestro parecer buscaron reconceptualizar la línea jurisprudencial desarrollada por la triada de sentencias antes mencionadas. En ese sentido, las sentencias CSJ. 18354/2005 y CSJ. 28940/ 2009 igualmente deben ser consideradas hitos, toda vez que, sin apartarse de la

doctrina dominante, introdujeron una subregla que hoy sigue teniendo vigencia y que se materializa en la tesis "B" de la figura 2.

– **Sentencia 11 de junio 1946.** Para el año 1944 el señor Aguirre se ganaba la vida a través de un negocio de peluquería, el cual tenía ubicado en un local de propiedad de los hermanos Vargas. Un día cualquiera, el señor Aguirre se percató que le falta una de sus navajas de barba y descubre que quien se la había robado es uno de los hermanos Vargas, por lo que decide hacerles el reclamo; no gustándoles esto, deciden pedirle el local al señor Aguirre, obteniendo una negativa por parte de aquel.

El día 24 de abril de 1944, mientras Aguirre se encontraba en un establecimiento tomando café, los hermanos Vargas desde una cantina vecina empezaron a propinarle insultos, a los que Aguirre solo ignoraba. Pasados unos minutos, y luego de que Aguirre pasara por enfrente de la cantina, uno de los hermanos le propinó un martillazo en la cabeza, al tiempo que otro de los hermanos Vargas se aproximaba para agredirlo. Aguirre, ante tal agresión, saca una navaja que llevaba consigo y agrede a los hermanos Vargas. Por estos hechos Aguirre fue llevado a juicio y acusado por el delito de lesiones personales. En primera instancia fue absuelto, por encontrarse configurada la legítima defensa, pero en segunda instancia fue condenado, pues el Tribunal Superior de Manizales encontró que en este caso lo que había sucedido era una riña y no una legítima defensa.

La Corte parte por analizar los medios de pruebas que obraban en el expediente, como los testimonios que afirmaban que Aguirre solo pasaba por el lugar cuando los hermanos Vargas se abalanzaron en contra de él, lo que produjo que solo tratara de defenderse de la

agresión injusta y actual. Para la Corte, la legítima defensa es un derecho en cabeza de la persona para defender un bien jurídicamente tutelado, que al ser puesto en peligro por una agresión injusta que puede ser actual o inminente faculta al afectado actuar de tal manera que le permita repeler la agresión a través de sus propios medios, todo con el fin de subsanar la urgencia de defensa que generó la agresión injusta. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia del 11 de junio de 1946, 1946).

Conforme lo anterior, encuentra la Corte que Aguirre actuó en legítima defensa, pues él solo reaccionó ante una agresión injusta y actual que amenazaba con dañar bienes suyos de gran valía, como lo era la integridad personal e incluso la vida. Todo esto, lo llevó a emplear una defensa proporcionada a la entidad de la agresión.

Así las cosas, la Corte puntualiza que al demostrarse en este caso que el ataque del señor Aguirre se encuentra justificado por una causal de ausencia de responsabilidad penal decide CASAR la sentencia y en reemplazo absuelve al procesado. Para reforzar su conclusión, la Corte manifiesta que dentro del proceso no se demostró que Aguirre hubiera provocado una riña o hubiera accedido a ella, pues sus actos se orientaron siempre a esquivar la situación propuesta por los hermanos Vargas. Según lo manifestó ese alto tribunal, otra sería la conclusión si se hubiera demostrado que entre Aguirre y los hermanos Vargas hubo una riña, toda vez que “no se defiende legítimamente quien acude en reto ante sus provocadores, quien busca la ocasión de que un lance o riña se produzca”. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia del 11 de junio de 1946, 1946, p. 821 Gaceta Judicial).

Con este pronunciamiento la Corte crea el criterio que puede ser considerado como el fundador de una línea sólida que hasta el día de hoy se mantiene vigente, esto es, que la legítima defensa se excluye de los escenarios de la riña. Según la Corte, aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle es ir en contra de uno de los elementos de la legítima defensa, como lo es la inminencia o inevitabilidad del ataque:

Siendo así, resulta inadmisibles la riña imprevista que declaró el Tribunal, porque la riña y la legítima defensa se excluyen (. . .). La riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes efectuado con el propósito de causarse daño, de suerte que, como dice el Ministerio Público, ni hay riña sin intención de pelear, ni en esa pelea puede excluirse el propósito o intención dolosa de causar daño al contrincante.

En cambio, la legítima defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente, cumple con un deber, obra de acuerdo con la ley al defender las condiciones esenciales de su existencia personal y, las de la sociedad a que pertenece. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia del 11 de junio de 1946, 1946, p. 821 Gaceta Judicial).

Al no ser posible predicar legítima defensa en una riña, permite concluir que esta no puede ser el fundamento de aquella, para la exoneración de la responsabilidad penal. Es por esto, que esta sentencia sin duda se ubica en el lado de la tesis “A” de la figura 2 y es la sentencia fundadora de línea.

– **Sentencia CSJ No. 11099/1999.** Tal como lo afirman García y Leal (2009), tuvieron que pasar más de cincuenta años para que la Corte retomará este tema de la legítima defensa y la

riña. (p. 38). En la sentencia CSJ No. 11099/1999 la Corte asume el conocimiento de un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el cual luego de confirmar la sentencia de primer grado, decidió condenar a Sergio Elio Chaparro López por hallarlo culpable del delito de tentativa de homicidio.

El día 21 de mayo de 1992, dos jóvenes salieron embriagados de una fiesta sobre las 3 de la madrugada, y caminando hasta una bomba ubicada en la calle 129 de la Ciudad de Bogotá, deciden golpear la caseta de vigilancia sin motivación alguna, lugar en el que se encontraba el procesado Sergio Chaparro. Luego del reclamo de Chaparro, los jóvenes lanzan improperios en su contra. Finalmente, los jóvenes, se lanzan contra Chaparro y comienzan a golpearlo, por lo que aquel en un acto de defensa acude a su revolver de dotación y procede a detonarlo, causando lesiones a sus agresores.

Al igual que en la Sentencia del 11 de junio de 1946 (y que sirvió de sustento para esta decisión), la Corte empieza por señalar que luego de un análisis de las pruebas obrantes en el proceso se concluye que no hubo por parte del señor Chaparro provocación alguna hacia los jóvenes agresores, ni una intención real de haberse enfrascado en una riña. Al contrario de lo manifestado por el Tribunal, Chaparro actuó en legítima defensa por cuanto solo se estaba defendiendo ante la agresión actual e injusta de la que estaba siendo víctima.

Para la Corte, no existió una riña, pues en el caso bajo estudio no se dio un combate entre contendientes en el que se buscará causar daño uno al otro, sino que Chaparro buscando protegerse tuvo que acudir a un medio de defensa que le permitiera repeler la agresión, hecho que desvirtúa la riña y configura la legítima defensa, toda vez que:

El fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. No alcanza a configurarse, por lo tanto, a partir de simples ofensas verbales, sino que se requiere la existencia de un verdadero enfrentamiento físico entre los opositores.

Esta sentencia, al igual que la anterior es “hito”, pero esta lo es porque comienza a consolidar lo dicho por la sentencia del 14 de junio de 1946, al aceptar sin objeción alguna, la exclusión de la legítima defensa en la riña. Así, es claro que esta sentencia se adscribe a la tesis “A” planteada en la figura 2, pues reconoce implícitamente que en los espacios donde hay riña, no puede haber la legítima defensa.

– **Sentencia No. 11.679 de 2002.** El artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que derogó el artículo 10° de la Ley 183 de 1887, dispuso que tres decisiones uniformes emitidas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de Casación constituían doctrina probable y por lo tanto los jueces podrían aplicarla a casos análogos. ((L. 169, art 4, 1896). Sobre este artículo la Corte Constitucional se pronunció e indicó que era exequible en el entendido que tanto la Corte Suprema de Justicia como tribunal de Casación y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, si decidían apartarse de esta doctrina probable debían hacerlo exponiendo obligatoriamente las razones y los fundamentos jurídicos que justificaban su decisión. (CC, C-836/01, 2001).

Con esta sentencia de la Corte Suprema se consolida la doctrina probable de que la legítima defensa en riñas no es admisible, y por lo tanto nadie que haya estado en una riña

puede beneficiarse de la causal de justificación. Esta sentencia, junto con la CSJ No. 11099/1999, es la “hito” que consolidó la línea fundada con la sentencia del 11 de junio de 1946.

Sobre el particular, la Corte conoce de la demanda de casación impetrada por el apoderado del señor Antonio Torres Zarate, quien fue acusado de homicidio simple en virtud de la muerte del señor Martin Quintero Galvis a consecuencia de una herida en el abdomen que recibió por parte del procesado. Según lo relata la Corte, de las pruebas recolectadas se puede concluir que el ataque producido por el señor Antonio Torres en contra de la humanidad del señor Martin Quintero se dio en el marco de una legítima defensa y no en una riña, pues el primero actuó ante la amenaza que representaba el segundo cuando se avanzó contra él con un cuchillo en la mano.

Para la alta Corporación, la verdadera diferencia entre la riña y la legítima defensa no es la existencia de mutua agresión, pues esta se haya en las dos situaciones, sino 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”. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia 11.679/2022, 2002, p. 19). Como puede observarse en la figura 2 esta sentencia si bien es ubicada en una casilla un poco más alejada de la tesis “A”, su distancia es apenas de grados, por cuanto se reconoce expresamente la vigencia de la doctrina que hemos venido relatando y que consiste en que la riña excluye la legítima defensa.

Ciertamente, lo novedoso de esta sentencia es que introduce un elemento adicional, que radica la esencia de la riña en la subjetividad con la que se ingresa a ella, es decir, que a la riña

los contrincantes acceden con una intención específica: causarse daño. Sin embargo, podría pensarse que esa subjetividad con la que se parte para acceder a una riña no solo comprende la intención de causar daño al otro, sino también la forma de hacerlo.

Apoyándonos en la teoría de la acción final de Hans Welzel buscaremos explicar esto último. Según la teoría finalista de la acción, el hombre gracias a su facilidad para viajar a escenarios futuros y pasados a través de su mente puede prever las consecuencias de su actuar. Esta connotación de percibir las posibles consecuencias le permite al sujeto idear fines variados, los cuales buscará desarrollar con la elección adecuada de medios idóneos para el efecto. Según Hans Welzel:

En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente.

Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es – dicho en forma gráfica – vidente, la causalidad, ciega. (como se cita en Agudelo, 2010, pp. 97–98).

Este atributo de videntes de la acción final permite al sujeto actuante fijar, como ya se dijo, los medios que utilizará para la consecución de su finalidad. Según Agudelo (2010) entre el fin que se ha fijado el sujeto y su materialización en el mundo real, existen varias fases que se recorren, las cuales tienen orígenes diferentes, pero que se suceden entre sí (p. 99). Por ejemplo, una primera fase es la que se origina en el fuero interno del sujeto y tiene que ver con

la “anticipación mental del fin. Es el proponerse una meta”, la “Determinación de los medios [...] para alcanzar el objeto propuesto” y la “Consideración de otros posibles efectos de la acción. (Agudelo, 2010, p. 99); una segunda fase es la que pone a andar en un plano material y físico los anteriores elementos enunciados como, por ejemplo, enfrascarse en una riña.

Conforme se manifestó, el ser humano es rico en “acciones finales”, pues su capacidad de moverse en un plano mental entre lo pasado y lo futuro, lo que pudo y puede pasar, le permite seleccionar los medios adecuados para conseguir su finalidad bajo los estrictos términos de las consecuencias que ha idealizado. Así, para la Corte quien ingresa a una riña lo hace con la voluntad de causar daño a su contrincante, pero como no basta la sola voluntariedad de ingresar a una riña para deducir la intención de causar daño, es necesario “preguntarnos el contenido de la voluntad del sujeto para saber frente a qué acción concreta nos encontramos” (Agudelo, 2010, p. 105).

En ese sentido, entender la voluntariedad sola sin el elemento de finalidad de la conducta implicaría que la acción no pueda ser caracterizada dentro de un contenido determinado, pues “no basta con que el sujeto haya querido algo, es preciso determinar lo algo querido”. (Agudelo, 2010, p. 105). En el escenario de la riña, según la Corte, existe una mutua voluntariedad de causarse daño entre los contrincantes, es decir, una voluntariedad de acceder a la riña y una acción final de causarse daño. No obstante, como se afirmó, la acción final respecto a la fase interna implica que el sujeto actuante analice el escenario, los medios y los efectos concomitantes que se originaran en la consecución de su fin, y por tanto la

voluntariedad debe leerse en conjunto con esta acción final, así como los medios con los que se realizará esa acción final.

En síntesis, el aporte de esta sentencia al punto que está siendo investigado, es que son los sujetos quienes desde un plano de voluntariedad acuerdan las condiciones de equilibrio del combate. A pesar de este gran avance, no es de tal magnitud como para posicionar a la sentencia más allá de donde fue ubicada, pues se reitera, en su motivación reconoce la vigencia de la postura tradicional referente a que la riña excluye la legítima defensa.

2.2.2 La creación de una excepción entre la dualidad legítima defensa – riña.

– *Sentencia No. 18.354 de 2005*. La doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha de esta sentencia venía sosteniendo contundentemente que la riña excluía la legítima defensa, pero nada se había hablado sobre qué pasa en aquellos escenarios en donde a pesar de haberse configurado una riña, uno de los contrincantes rompía las condiciones de equilibrio del combate. Esta sentencia, permitió reconceptualizar la línea jurisprudencial que ya traía de antaño esa corporación, en la medida que introdujo una subregla para la accesibilidad de la legítima defensa en riña. Nuestro criterio es que esta sentencia es “hito” pues buscó darle una nueva lectura a la doctrina probable, no sin antes aclarar que no se apartaba de ella. Esto último nos permite concluir que esta, y las nuevas sentencias que vinieron más adelante, no cambiaron el precedente judicial, sino que introdujeron un nuevo elemento para interpretar aquel.

Los hechos de esta sentencia se circunscriben a una disputa que se originó entre el señor Edilberto Valencia Ocampo, mayordomo de la finca en la que se suscitaron los hechos el

día 9 de septiembre de 1999, y el señor Silvio Carvajal Castaño, quien se encontraba haciendo un trabajo de pintura en la finca. Luego de que los sujetos anteriormente mencionados se enfrentaran a palabra, decidieron pasar a las armas, a lo que Edilberto Valencia fue por un revolver, y Silvio Carvajal por una escopeta. El resultado del enfrentamiento fue la muerte de Edilberto Valencia.

Luego de analizar los hechos, la Corte concluye que “las voluntades de los contendientes estaban dirigidas a agredirse mutuamente y no a defenderse. Aceptaron voluntariamente una riña con sus consecuencias y ello excluye la legítima defensa” (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia 18.354/2005, 2005, p. 10). Esto confirma nuestra primera conclusión de que esta decisión no cambia o modifica el precedente que al interior de la Corte se venía manejando. Al contrario, lo reconoce como aún vigente.

Sin embargo, esta sentencia es ubicada más hacia el lado de la tesis “B” contemplada en la figura 2, pues a pesar de que en su fundamento se apoya en las sentencias CSJ 11679 de 2002 y la del 11 de junio de 1946, que como ya vimos se ubican sobre la tesis “A” relativa a que la legítima defensa es inadmisibles en los casos de riña toda vez que se excluyen entre sí, introduce la siguiente subregla que se ha venido repitiendo en las decisiones que se han expedido con posterioridad, y que plantea una excepción en la exclusión de la legítima defensa en riña:

Cuando dos personas deciden si simultáneamente y de manera intempestiva irse a las armas con la intención de agredirse, en efecto, se sitúan al margen de la ley y en el marco de una riña donde no hay lugar a alegar legítima defensa, *salvo cuando en su*

curso alguno de los contrincantes rompe las condiciones de equilibrio del combate

[Énfasis añadido]. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia 18.354/2005, 2005, p. 14).

Para apoyar esta subregla, la Corte acude a la sentencia No. 11.679 de 2002, que ya tuvimos oportunidad de analizar, y que como se dijo introdujo un avance respecto a la teoría que se venía manejando al interior de la Corte: lo que diferencia a la riña de la legítima defensa no es la agresión sino “la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho”. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia 18.354/2005, 2005). Esa subjetividad debe ser interpretada en conjunto con la acción final de “causar daño”, teniendo de presente los medios ideados para tal fin, así como la consideración previa del autor de los efectos concomitantes de su acción y su deseo de que se produzcan. En ese orden, cuando la Corte se refiere a las condiciones de equilibrio del combate, ineludiblemente se está refiriendo al contenido de la acción final determinada, que implica la voluntariedad, de los sujetos que aceptan e ingresan a una riña.

Es decir, todo aquel que ingresa a una riña lo hace con un cierto grado de voluntariedad la cual está dirigida a causar daño a su contrincante, y para el efecto, por una parte, utiliza “puños”, “escobas”, “palas”, “armas cortopunzantes”, “armas de fuego”, etc., y por otra parte condiciones físicas o biológicas propias, que le permiten conseguir el fin deseado. En fin, las condiciones de equilibrio del combate son las aceptadas por los contrincantes al momento de enfrascarse en la batalla. En ese sentido, dependiendo de los medios que utilicen los contrincantes se podrán derivar indicios que permitan entender cuál es el grado en la finalidad del contrincante que busca satisfacer: lesionar o matar.

Por lo anterior, es una falacia afirmar que todo individuo que ingresa a una riña lo hace con intención de matar, pues según lo ha definido la Corte la finalidad es causar daño, y esta finalidad puede presentarse en grados como, por ejemplo, causar lesiones personales u homicidio. Pero como estos grados en apariencia poco distantes, tienen en realidad mucho recorrido para que se suceda uno del otro, es difícil afirmar sin más que la voluntad de los sujetos los reúna todos. Un ejemplo puede permitir comprender mejor la diferencia de grado que existe entre causar lesiones personales y homicidio: Anteriormente, los padres como forma de reprender a sus hijos los golpeaban con objetos contundentes como correas, palos, etc. Sin dudas, estos actos aberrantes hoy proscritos, atentaban en contra de la integridad de los niños, pero eran utilizados por los padres voluntariamente, pues encontraban en ellos la forma de conseguir su fin “corregir y formar”. Bajo la mirada de cualquier observador, incluso el más desprevenido, se podría concluir que estos actos no podrían causar la muerte del hijo, aunque podría ser posible. Entonces, el padre no podría ser juzgado como si hubiera entrado con la intención de matar a su hijo, cuando en realidad lo que buscaba era causar lesiones en su hijo para “corregirlo”.

Pese a que el ejemplo dado no tiene punto de comparación con el tema que aquí se trata, su mensaje es claro. No puede deducirse ciertas consecuencias de acciones que no la contienen. Por lo tanto, no es correcto afirmar que todo el que ingresa a una riña lo hace con intención de matar. Al afirmar la Corte que cuando se rompe el equilibrio de combate es posible admitir la legítima defensa, está reconociendo que se debe partir desde aquel punto en

el que las parte con sus voluntades accedieron a la riña, y fijaron las reglas que la informarían, condiciones que como se dijo, darán indicios para determinar lo deseado por los contrincantes.

En ese sentido, entiendo que la introducción de la subregla del “rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate” se debió a un desarrollo de la teoría inicial planteada sobre la subjetividad con la que se ingresa a la riña, factor importante que me permite ubicar esta sentencia, como ya se dijo, en el lado de la tesis “A” de la figura 2, que sí reconoce la legítima defensa en la riña en casos excepcionales. Sin embargo, su ubicación no pasa más allá de la línea intermedia que divide las dos tesis opuestas entre sí, ya que en el fondo de la decisión la Corte no entra a desarrollar si en el caso bajo estudio hubo o no un “rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate”, sino que solo se limita a afirmar que si las partes intercambiaron disparos en un contexto de riña “cada uno debía responder por los daños que le causará al otro”. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia 18.354/2005, 2005, p. 15), y por lo tanto NO CASÓ la sentencia.

– **Sentencia No. 28940 del 2009.** Pero esta sentencia abonó el terreno para que posteriormente se abordará la subregla y fuera desarrollada un poco más. En la sentencia CSJ 28940/2009 la Corte conoció de los hechos que ocurrieron el día 28 de enero de 2005 cuando los señores William Velasco Reyes y Eder Campo Cortázar, luego de estar bebiendo cerveza en frente de la casa del señor Cesar Julio Cifuentes, se percatan de los reclamos de este último, quien recriminaba el que se le hubiera descargado arena en frente de su casa.

Ante tal manifestación de inconformidad, William Velasco se apersona en frente de Cifuentes y le dice que “cuál es su problema” y acto seguido lo empuja, a lo que William

retrocede y cae. Al levantarse, esgrime una navaja que llevaba consigo, lo que produjo que William se devolviera a rearmarse, mientras que su cuñado atacaba con una silla a Cifuentes. Cuando regresa William, ataca a Cifuentes con una pala logrando acertarle un primer “palazo”, pero el segundo es esquivado por Cifuentes y es en este momento en que aprovecha para atacar a William. El resultado fue una lesión mortal en la humanidad de William que le causó la muerte. Por esta razón, Cifuentes es condenado por homicidio simple.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Villavicencio modificó la sentencia de primera instancia y la declaró atenuada por exceso en la legítima defensa. Decisión sobre la cual se estuvo en desacuerdo y por la que se interpuso recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, quien al analizar la demanda determinó que al momento de William empujar a Cifuentes y este responder sacando una navaja, se produjo una aceptación voluntaria a la reyerta, lo que los situó en un espacio de riña.

Lo interesante de esta sentencia, es que, al hacer el análisis del cargo formulado por el casacionista, la Corte se interesa en verificar las condiciones físicas y de edad en que se encontraban los dos contendores al entrar a la reyerta, para terminar concluyendo que tenían la misma estatura y una edad que les permitía repeler cualquier acción violenta. Como podemos observar, en esta sentencia se introduce un elemento mucho más descriptivo de la subregla de procedencia de la legítima defensa en la riña cuando se ha roto las condiciones de equilibrio del combate.

Según la Corte, al encontrarse un “relativo equilibrio entre los dos contendores, se torna desmedida la acción de esgrimir la navaja por parte del procesado” (CSJ Sala Casación Penal,

Sentencia 28.940/09, 2009, p. 30). Esto último, podría interpretarse como que Cifuentes rompió la condición de equilibrio del combate y por lo tanto las acciones que realizará William serían en el marco de una legítima defensa. No obstante, dice la Corte que al buscar William rearmarse de un objeto que le permitiera igualar a la navaja presentada por Cifuentes, aceptó las nuevas condiciones del combate.

Bajo nuestro criterio, este último argumento esgrimido por la Corte es contrario al sentido obvio de la subregla establecida, la cual se podría resumir en el siguiente argumento silogístico:

Premisa 1: Todo aquel que ingrese a una riña y que se vea afectado por el rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate inicialmente acordadas podrá actuar bajo el amparo de la legítima defensa.

Premisa 2: Cifuentes rompió las condiciones de equilibrio de combate inicialmente acordadas al esgrimir una navaja en contra de William.

Conclusión: Aquí se trae a colación la conclusión de la corte. William al buscar rearmarse aceptó las nuevas condiciones del combate.

Como se observa, la Corte con su argumento no solo vulnera ordenes elementales de la lógica, sino que hace imposible la configuración de la subregla introducida, pues reconocer que, al presentarse una variación en la riña por parte de uno de los contrincantes, y que el otro busque actuar conforme a esa variación, se están aceptando nuevas condiciones del combate esto no tendrá fin, y por lo tanto se expandirá en lo sucesivo sin que se reconozca el actuar legítimamente. Bajo nuestro criterio, lo que debió afirmar la Corte, no era que se habían

aceptado nuevas condiciones de combate, sino que los contrincantes aun no ingresaban a un combate y por lo tanto se estaban fijando las reglas que demarcarían la riña.

En todo caso, esta sentencia se ubica un poco más hacia el lado de la tesis “B” descrita en la figura 2, pues no obstante citar como fundamento a la sentencia CSJ No. 11.099 (ya mencionada anteriormente), va más allá de esta y se sitúa en la labor de verificar las condiciones en las que se desarrolló la riña. Igualmente, apoyándose en la sentencia CSJ No. 18354 de 2005 reitera que:

Pues bien, en el entorno de una riña, dada su naturaleza ilícita, por cuanto sus protagonistas tienen la intención de causarse daño recíproco, no es viable, en principio, reconocer la excluyente punitiva de la legítima defensa, salvo cuando los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate [énfasis añadido], como así se ha precisado por la Corte, entre otras, en la siguiente providencia (. . .) (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia 28.940/09, 2009, p. 32).

Pero adicional a lo anterior, señaló la Corte que en el caso en estudio al acceder las partes a la utilización de instrumentos dañinos que significaban un perjuicio de similares dimensiones se situaron en un plano de igualdad, el cual no fue modificado posteriormente pues ninguno “introdujo otro elemento de mayor entidad dañina que rompiera el equilibrio”. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia 28.940/09, 2009, p. 33).

En síntesis, los dos elementos descritos en esta sentencia y que dan un poco más de luces para entender la subregla del rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate son, en primer lugar, que las condiciones del combate serán las que se acepten y se presenten

al momento de iniciar la agresión, lo cual sirve como punto temporal que ayuda a determinar posteriores modificaciones de esas condiciones fijadas, y en segundo lugar, que en una riña debe mediar entre la voluntad de acceder a ella y los actos de agresión, elementos de similares dimensiones dañinas que sitúen en un plano de igualdad a las partes. Estos elementos deben ser analizados desde todas sus ópticas posibles, esto es, biológicas, personales, materiales, etc. Sobre esto último, es viable aceptar que existe una riña en total igualdad, cuando una persona con excelente fuerza muscular y gran presencia se enfrenta con sus puños con una persona escuálida y delgada, sin fuerza, pero con ayuda de un arma cortopunzante. En este escenario, se podría decir que los medios utilizados por ambos son de igual entidad dañina.

– *Sentencia 56531 del 12 de mayo de 2021*. Finalmente, en nuestra sentencia “arquimédica” la Corte conoció de una demanda de casación presentada por Heydilver Yessid Saavedra en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, el cual luego de revocar la sentencia de 1ª instancia que lo había absuelto, decidió declararlo responsable del delito de homicidio. Los hechos que motivaron esta decisión del Tribunal Superior de Bogotá sucedieron el día 3 de noviembre de 2012 cuando Saavedra llegó a la casa de Martin Yovanny Buitrago Rincón e intentó herirlo con un arma cortopunzante, pues este último no le había pagado un dinero producto de la venta de estupefacientes. El día 4 de noviembre de 2012 Buitrago fue en búsqueda de Saavedra, en donde se repitió el enfrentamiento con la catastrófica suerte de que Saavedra logró herir de gravedad a Buitrago, lo que le produjo la muerte.

Para la Corte, el presente evento se dio en el marco de una riña, lo que consecuentemente excluía la legítima defensa y por esta razón NO CASÓ la decisión, pues pese

a que en una ocasión inicial Saavedra fue quien buscó agredir a Buitrago, éste en lugar de evitar la contienda que ya había acabado, fue en busca de nuevo de Saavedra y decidió enfrentarse con él en una riña. Con esto, los dos aceptaron agredirse mutuamente bajo los términos de una riña.

Sin embargo, la razón por la cual esta decisión se ubica un poco más hacia el centro de la figura 2, es porque pese a que reconoció la subregla de aplicabilidad excepcional de la legítima defensa en la riña, no hizo un análisis de las condiciones en las que se dio la riña, y por el contrario, al reconocer que existió una riña, decidió de plano excluir la legítima defensa aplicando para ello la doctrina probable establecida en las sentencias CSJ del 14 de junio de 1946, 11099/1999 y 11679/2002 (que utilizó para apoyar su decisión), por lo que, si en esta decisión no se hubiera hecho alusión a la subregla del rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate, seguramente su posición sería en el lado de la tesis “A” de la figura 2 y no en el “B” como finalmente se colocó.

Esto nos permite concluir, luego del análisis de las sentencias, que existe un precedente fuerte y consolidado que se orienta a excluir la legítima defensa en la riña, y que la consagración de la subregla del “rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate” se dio más a una reconceptualización del precedente y no a un cambio de precedente.

3. Interpretando la subregla del rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate.

Conforme quedó visto, la Corte Suprema de Justicia reconoce una subregla de excepción dentro de la regla general de no admisibilidad de la legítima defensa en riñas. Según se

observó, es doctrina probable que quienes acceden a una riña voluntariamente lo hagan aceptando las consecuencias nocivas de sus actos, y por ende colocándose en un escenario de riesgo jurídicamente desaprobado asumido personalmente (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia SP352/2021, 2021), lo que se traduce en colocarse al margen de la ley para causarse mutuos daños. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia SP291/2018, 2018).

Para Fernández (1994) esta caracterización de la riña como considerar a sus contendientes en mutuos agresores es una solución de política criminal que permite excluir la legítima defensa ante tal tipo de conductas reprochables (p. 163); y es que no es para menos, según cifras que a continuación se muestran, la riña es un fenómeno latente en nuestra sociedad que afecta constantemente la convivencia pacífica, fin esencial del Estado regulado en el artículo 2º de la Constitución Política:

Figura 4

Cifras número de riñas que ha tenido la ciudad de Bogotá años 2018 al 2022.

1. SOLICITO POR FAVOR ME INFORMEN EL NÚMERO DE RIÑAS QUE HA TENIDO LA CIUDAD DE BOGOTÁ DURANTE LOS ÚLTIMO 5 AÑOS, DISCRIMINADO POR MESES

RIÑAS REGISTRADAS EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ
Del 01/01 al 31/12 Años 2018 al 2021 y del 01/01 al 24/04 año 2022

MES	2018	2019	2020	2021	2022
enero	642	885	504	295	410
febrero	830	970	466	339	620
marzo	889	1148	415	465	859
abril	953	860	212	372	489
mayo	1138	839	428	368	
junio	1344	642	417	377	
julio	1301	556	348	391	
agosto	1301	529	359	502	
septiembre	1295	654	221	633	
octubre	1305	589	244	546	
noviembre	1105	573	313	501	
diciembre	1168	531	286	539	

FUENTE CIEPS MEBOG- POLICÍA NACIONAL

Nota. La figura 4 detalla el número de riñas presentadas en la ciudad de Bogotá D.C. durante los años de 2018 a 2022, discriminadas por meses. Tomado de respuesta derecho de petición oficio No. SUBIN-GRAIC-1.10 de fecha 29 de abril de 2022, Policía Nacional de Colombia, Metropolitana de Bogotá. 2022. p. 1.

Pero no solo la riña afecta fines tan importantes como la convivencia pacífica, también afecta bienes importantísimos tanto para el derecho constitucional como para el derecho penal, como lo son la vida y la integridad personal. Según cifras de la Policía Nacional, el siguiente es el número de muertes que se presentaron en el marco de una riña durante los años 2018 al 2022:

Figura 5

Cifras número de muertes producto de riñas en la ciudad de Bogotá años 2018 al 2022.

2. CUANTAS PERSONAS HAN RESULTADO MUERTAS POR RIÑAS EN BOGOTÁ DURANTE LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS?

HOMICIDIOS REGISTRADOS EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ
Del 01/01 al 31/12 Años 2018 al 2021 y del 01/01 al 24/04 año 2022

AÑO	TOTAL
2018	1064
2019	1052
2020	1038
2021	1142
2022	279

FUENTE: DIJIN SIJIN MEBOG – POLICÍA NACIONAL
Datos extraídos el día 25 de abril de 2022 a las 11:00 horas, Sujetos a variación por las denuncias que ingresan por SIDENCO al Sistema Penal Oral.

Nota. La figura 4 detalla el número de muertes presentadas en el marco de riñas en la ciudad de Bogotá D.C. durante los años de 2018 a 2022, discriminadas por meses. Tomado de respuesta derecho de petición oficio No. SUBIN-GRAIC-1.10 de fecha 29 de abril de 2022, Policía Nacional de Colombia, Metropolitana de Bogotá. 2022. p. 2.

Esto último, puede justificar el que la Corte se muestre apática de reconocer la causal de justificación, puesto que tal reconocimiento sería validar la riña dentro de una sociedad tan conflictiva como la nuestra. No obstante, nuestra postura es diferente, y por ende somos partidarios del total alcance de la regla excepcional introducida por la Corte que permite

reconocer la legítima defensa en riñas cuando se ha roto el equilibrio de combate entre los contrincantes.

Tal como se señaló al comienzo, esta subregla no ha sido explicada efectivamente por la jurisprudencia de la Corte, y en muchos de los casos, ni siquiera se ha utilizado cuando se trata de resolver asuntos en los que se debate la admisibilidad de la legítima defensa dentro de una riña. Para nosotros, la subregla solo ha sido un reconocimiento tácito por parte de la Corte frente a la posibilidad de reaccionar legítimamente cuando se está frente a una riña de la cual se ha perdido su justa proporción. Pero, en ¿Qué consiste esta Subregla?, de acuerdo con lo expuesto en la totalidad del presente escrito, pretenderemos explicarla.

El punto de partida que proponemos para entender esta subregla es el que la Corte Suprema de Justicia desarrolló en parte de sentencias que aquí se estudiaron y que consiste en que los sujetos mutuamente agresores, al entrar a una riña, lo hacen desde un plano de subjetividad que determina el ánimo de causarse daño. Este escenario de subjetividad de las partes permite determinar cuáles serán las condiciones que aceptaran mutuamente y sobre las que se dará el combate. Este es el punto inicial propuesto, precisamente porque a partir de la definición de las condiciones en las que se desarrollará el combate y que son acordadas subjetivamente por cada extremo, se logrará determinar el plano temporal a partir del cual posteriormente se hará el contraste para así establecer la variación o no de las condiciones inicialmente acordadas.

En la riña el punto diferencial respecto a la legítima defensa es la voluntariedad de los agresores para realizar actos de agresión mutuos que busquen causar daños el uno del otro. Es

aquí en donde las partes aceptan colocarse al margen de la ley y agredirse sabiendo su prohibición, pues por mandato de la constitución y la ley nadie tiene derecho o permiso de ofender derechos ajenos (Const. P., art. 95, ordinal 1º, 1991). Acceder voluntariamente a causar daño aun sabiendo la posición en la que se colocan fuera del ordenamiento jurídico con tal conducta, es el sustento para repeler la legítima defensa en estos casos.

Sin embargo, el imperio de la Constitución y la ley es tal, que ni siquiera los sujetos que voluntariamente deciden no aceptarlo pueden limitarlo. Fernández (1994) comenta que incluso en los momentos en que la agresión y la defensa se dan, “el ordenamiento jurídico no pierde su vigencia y por tanto continúa tutelando los derechos del agresor y del agredido” (p. 132). Esta es la razón por la cual no compartimos el alcance que pretende darle la Corte Suprema a la regla general de la no admisibilidad de la legítima defensa en riña. Conforme se expuso, los fundamentos de la legítima defensa se desarrollan en dos: (i) un fundamento individual (principio de protección individual) y (ii) un fundamento supraindividual (protección ordenamiento jurídico).

El fundamento individual es basa en que, al existir una falta de protección del Estado, el individuo debe poder defenderse ante cualquier agresión injusta, provocada o no. Tal como lo comenta Fernández (1994) en la legítima defensa la condición de mutuos agresores puede ser desvirtuada en dos situaciones: 1) cuando uno de los contendientes desiste de la riña, y 2) en los casos de desproporción en el proceder ofensivo (p. 156); en estos asuntos, es justo que la parte desmejorada u obligada a pelear puedan defenderse de la injusta agresión.

Lo anterior, es el segundo elemento que sugerimos para entender el rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate; el posicionar al otro en un escenario de desigualdad u exigencia de pelea sin consentimiento, invalida el acuerdo inicialmente pactado, y lo que en un inicio se dio por una subjetividad voluntaria, se torna injusto. Es decir, cuando se rompe el equilibrio del combate la parte afectada ya no lucha desde una subjetividad voluntaria, pues al romperse el acuerdo tácitamente suscrito su voluntad es viciada y por lo tanto inexistente, lo que en ultimas produce que, en ocasiones, cuando la agresión del que rompió las condiciones originales del combate se torna amenazante y peligrosa, la persona busque luchar por su derecho y “defender las condiciones esenciales de su existencia personal”. (CSJ Sala Casación Penal, Sentencia del 11 de junio de 1946, 1946).

Precisamente se habla de un vicio en el consentimiento inicialmente dado cuando se accedió a la riña, por cuanto que, como ya se explicó, la voluntariedad de los mutuos agresores deber ser interpretada en conjunto con la acción final de causar daño. Cuando una persona emprende una acción voluntaria, lo hace llevando consigo una acción final, que en el caso de la riña puede ser interpretada como afectar al contrincante; para desarrollar tal fin, el sujeto idea la forma y los medios de lograrlo los cuales buscará materializar. No obstante, el sujeto no solo visualiza los medios a través de los cuales podrá lograr su acción final propuesta, también se representa los efectos concomitantes que se pueden presentar de tal forma que esto último define su alcance inicial y final. Es decir, partiendo de considerar los posibles efectos concomitantes que traerán los medios que pretende utilizar para realizar su acción final, puede reconsiderar cambiar los primeros, e incluso modificar la segunda.

En la riña, al acceder los sujetos subjetiva y voluntariamente ya se han planteado la acción final que se han propuesto, y para tal efecto, han considerado tanto los medios a utilizar, como los efectos que se pueden derivar de ello. Son estos los que se acuerdan como marco en el que se desarrollará la riña. Al verse contrariados, en el sujeto que se coloca en la posición más desventajosa se origina un sentimiento de injusticia. Es ese sentimiento de injusto, lo que ocasiona querer defenderse de la agresión que inicialmente aceptó, es decir, empieza actuar con conocimiento no ya de agresión sino ahora de defensa. Es esto lo que define, ya no desde un espacio temporal, sino psicológico el segundo elemento propuesto para comprender el rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate.

Sin embargo, lo anterior no basta para comprender la subregla que aquí se analiza, hace falta el elemento material que permita comprender que son las condiciones de combate. Es aquí donde proponemos el tercer elemento para comprender el rompimiento de las condiciones del combate en la riña. Para la Corte, a veces las condiciones del combate pueden definirse por los objetos que se utilizan para agredir (Sentencia 28.940/09, 2009, p. 30), pero no define en concreto que otras circunstancias aclaran las condiciones del combate.

En su momento, explicamos que la legítima defensa se comprende, a modo general, de dos elementos: (i) uno subjetivo (que ya tratamos en el punto inmediatamente anterior) y (ii) otro objetivo. El elemento objetivo a su vez se divide en ciertos elementos que comprende la legítima defensa, como lo son la agresión injusta, la necesidad de la defensa y la proporcionalidad entre defensa y agresión.

En punto de la agresión ilegítima, ya dijimos que, al romperse el acuerdo inicialmente pactado tácitamente, se genera en la parte más lesionada un sentimiento de injusticia, lo que lo hace considerar la agresión, ya no como aceptada, sino como injusta. A nuestro parecer, esto explica la satisfacción del elemento “agresión injusta” en la riña, respecto a la aplicabilidad de la legítima defensa.

Ahora bien, cuando abordamos el estudio de la necesidad de la defensa, acogiendo la división que desde la doctrina se hace de necesidad abstracta y necesidad en concreto, pudimos observar que el elemento de la legítima defensa “proporcionalidad de la agresión y la defensa” se desarrollaba mejor en la necesidad en concreto. En efecto, se dijo que cuando surge una agresión que amenaza ilegítimamente el bien jurídicamente tutelado, también surge la necesidad de defensa de ese bien (necesidad abstracta), defensa que se deberá concretar en la aplicabilidad de ciertos medios (necesidad concreta). Sobre esta última, según se dijo, opera la proporcionalidad entre la defensa y la agresión.

Este elemento de proporcionalidad estudiado en la necesidad de la defensa nos permite comprender que ante determinada agresión ilegítima se originará determinada defensa, lo que sin dudas marcará la proporcionada razonada entre la defensa y la agresión. La expresión “razonada” que se introduce tiene una repercusión bastante importante aquí, pues como lo dice Fernández citando al Tribunal Supremo Español “equivale a igualdad que no es preciso sea exacta o matemática, bastará de ordinario con los medios ofensivos no superen, desborden o sobrepasen manifiestamente, en cuanto a su eficacia, a los de agresión, ataque o acometimiento”. (2 de octubre de 1981 –JA–3597).

Así, tenemos un primer factor que determina la proporcionalidad el cual es que la defensa no sobrepase, supere o desborde la agresión, es decir, la agresión será el baremo con el que se medirá la entidad de la defensa. No obstante, como igualmente se sostuvo, los derechos vulnerados mediante la agresión injusta pueden ser defendidos inclusive hasta las últimas circunstancias.

El segundo factor en la proporcionalidad es la forma en cómo se materializará la defensa frente a la agresión. Fernández (1994) concluía que se trata de un procedimiento o proceder defensivo que contempla una relación entre defensa-agresión (p. 116). Ese procedimiento marca la ruta, mas no la limita, frente a la forma en cómo se ejercerá la defensa. Para establecer dentro de ese gran abanico de medios que existen en el mundo, es menester tener presente circunstancias que ayudarán a su elección, como, por ejemplo, según el citado jurista, los bienes jurídicos en conflicto, el grado de peligro o lesión, características de sujetos intervinientes, circunstancias que rodean la defensa y la agresión, etc.; así como existen gran variedad de medios para ejercer defensa, también los hay para impartir agresión.

Cuando se accede a una riña, los sujetos se piensan ya no desde su individualidad, sino ahora desde el conjunto de la contienda; analizan, sopesan y miden los elementos que el otro utilizará en su contra (todo esto en segundos), y hacen esa ponderación frente a los suyos propios para determinar si serán los adecuados para contrarrestar el ataque. En la medida que no definan como ingresarán al combate, no se puede hablar de una igualdad. Aquí, como ya se dijo, no es solo ver los objetos materiales con los que se pueden causar daño, es también

analizar el bien jurídicamente tutelado que voluntariamente se pone en peligro, las condiciones físicas y psicológicas de los contrincantes, las condiciones de experiencia, etc.

Según la definición de la Real Academia de la Lengua Española, (2022, agosto) una de las definiciones de condición es “Situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra”; por su parte, equilibrio lo define como, entre otras, “4. m. Contrapeso, contrarresto o armonía entre cosas diversas.”

Entonces, las condiciones de equilibrio del combate son aquellas circunstancias indispensables que deben existir, con el fin de que se observe un contrapeso o armonía entre la agresión que se dará de ida, como la que se dará de regreso. Nótese como esta interpretación creativa no menciona que clase de elementos debe poseer las condiciones de equilibrio del combate, sino que únicamente señala el deber que se debe observar en respetar el plano de igualdad en el que se colocan los contrincantes en una riña, lo que se traduce como agresión. Según lo reconoce Fernández (1994) analizando a Bustos la proporcionalidad de la agresión-defensa “se trata de un concepto abierto, que el juez cierra al momento de apreciar los hechos”. (p. 116).

En ese orden, *mutatis mutandis*, podemos decir que la Subregla del “rompimiento de las condiciones de equilibrio del combate” se concreta en tres escenarios. (i) el primero es el temporal que determina cuales son los medios acordados (recuérdese que no se hace alusión solo a objetos materiales) para iniciar la contienda; (ii) el segundo es el psicológico que permite comprender la situación en la que se coloca quien luego de acceder voluntariamente a una riña, ve afectada gravemente esa voluntad a tal punto que es desconocida; y (iii) el tercer escenario

es el material, a partir del cual se analizará en concreto los medios acordados para causarse mutuo daño, y ya no se hará una definición del momento en que se originó la disputa, sino la igualdad que se predicaba de cada uno frente al del adversario.

En ese sentido, romper las condiciones de equilibrio del combate significa interrumpir la continuidad de las circunstancias previas que se habían fijado las partes desde su posición individual, y que consintieron para la disputa, las cuales se refutaban como indispensables para que se viera realmente materializada su acción final dentro de la riña.

4. Conclusión

La subregla introducida por la Corte Suprema de Justicia, según se dejó visto, puede ser analizada desde tres aspectos importantes:

1. Desde un escenario temporal, a través del cual se determinará el momento exacto en que se originó la riña, buscando establecer desde ese momento que medios llevaron los agresores mutuos a la contienda. Esto será indispensable para analizar el tercer escenario que aquí se propone.
2. Desde un escenario psicológico, en el entendido que es la subjetividad de los contrincantes lo que define las condiciones que regiran el combate. En la medida que no sean satisfechas se originarán sentimientos de injusticia que se materializaran no ya en una agresión, sino en un deseo de defensa, pues se verá puesto en peligro algo más que los bienes puestos inicialmente en conflict.

3. Y un tercer escenario que es el material. Para nosotros es aquí en donde el juez tiene la carga más pesada de análisis, pues no basta establecer en que momento se originó una riña, y si las partes tuvieron o no la intención de acceder a ella, sino que también es analizar todas las condiciones que rigieron la riña: analizar el bien jurídicamente tutelado que voluntariamente se pone en peligro, las condiciones físicas y psicológicas de los contrincantes, las condiciones de experiencia, etc. Es lo que Sandoval Fernández denomina “un concepto abierto” (p. 116) que el juez cierra al momento de apreciar los hechos.

Reconocer la causal de justificación de la legítima defensa, como medio para atacar el actuar inicialmente antijurídico del que ingresa a una riña, pero quien luego de ver alteradas las condiciones inicialmente pactadas, ve la necesidad de defenderse pues ante el se está presentando una agresión injusta, actual y que amerita una reacción en post de defender derechos individuales puestos en peligro, no es ir en contra de la política criminal de no accesibilidad de la legítima defensa en riña, es reconocer los fines de prevención general y especial que traen consigo la causal de justificación.

En ese sentido, de la mano de Cure (2010), proponemos un cambio de paradigma hacia la comprensión de la importancia de la legítima defensa en la riña, en las condiciones establecidas, pues “no siempre que ésta se encuentra presente debe desconocerse, ya que puede existir una agresión ilegítima, actual e inminente que permita exonerar de responsabilidad penal” (pp. 345–346).

Bibliografía

Agudelo, N. (2001). *La Defensa Putativa en el Nuevo Código Penal*. Nuevo Foro

Agudelo, N. (2010). *Curso de Derecho Penal (ESQUEMA DEL DELITO)*. (4ª ed.). Nuevo Foro

Corte Constitucional [C.C.], agosto 9, 2001, M.P: R. Escobar. Sentencia C-836/01. Colombia.

Obtenido el 10 de noviembre de 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 12, 2021, M.P: E. Fernández.

Sentencia de Casación. Colombia. Obtenido el 15 de noviembre de 2021.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, junio 11, 1946, M.P: A. Gómez.

Sentencia de Casación. Colombia. Obtenido el 15 de noviembre de 2021.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, diciembre 16, 1999, M.P: C. Mejía.

Sentencia No. 11099. Colombia. Obtenido el 15 de noviembre de 2021.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, junio 26, 2002, M.P: F. Arboleda.

Sentencia No. 11.679. Colombia. Obtenido el 15 de noviembre de 2021.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 25, 2005, M.P: Y. Ramírez.

Sentencia No. 18.354. Colombia. Obtenido el 15 de noviembre de 2021.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, septiembre 21, 2009, M.P: M. González.

Sentencia No. 28940. Colombia. Obtenido el 15 de noviembre de 2021.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, marzo 04, 2015, M.P: E. Fernández.

Sentencia No. SP2192-2015. Colombia. Obtenido el 15 de abril de 2022.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, febrero 21, 2018, M.P: F. Castro.

Sentencia No. SP291-2018. Colombia. Obtenido el 10 de julio de 2022.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, marzo 15, 2018, M.P: L. Salazar. Auto

No. AP979-2018. Colombia. Obtenido el 15 de abril de 2022.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, noviembre 07, 2018, M.P: L.

Hernández. Auto Interlocutorio No. AP4930-2018. Colombia. Obtenido el 10 de julio de

2022. <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, noviembre 04, 2020, M.P: P. Salazar.

Sentencia No. SP4289-2020. Colombia. Obtenido el 15 de abril de 2022.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, febrero 10, 2021, M.P: P. Salazar.

Sentencia No. SP352-2021. Colombia. Obtenido el 10 de julio de 2022.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 12, 2021, M.P: E. Fernández.

Sentencia No. SP1764-2021. Colombia. Obtenido el 15 de noviembre de 2021.

<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/consulta/index.xhtml>.

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 2.da ed. Obtenido el 10 de septiembre 2021.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Cure, J. (2010). *La ausencia de responsabilidad en el Derecho Penal*. Leyer

Decreto 100/80, enero 23, 1980. Ministerio de Justicia. (Colombia). Obtenido el 15 de enero de 2022. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80544>.

Dohna, A. (1958). *La estructura de la teoría del delito*. Abeledo-Perrot

Fernández, E. (1999). *Estructura de la tipicidad Penal*. (3 ed.). Gustavo Ibáñez

Fernández, S. (1994). *Legítima Defensa*. Temis

García, D. & Leal, M. (2009). *Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia (legítima defensa en la riña)*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m12-7.pdf>.

Jescheck, H. (1981). *Tratado de derecho penal*. Casa editorial

Ley 153/87, agosto 15, 1887. Diario Oficial. [D.O.]: 7151 y 7152. (Colombia). Obtenido el 13 febrero de 2022.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15805>.

Ley 169/96, diciembre 31, 1896. Diario Oficial. [D.O.]: 10235. (Colombia). Obtenido el 13 de febrero de 2022.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17755>.

Ley 599/00, julio 24, 2000. Diario Oficial. [D.O.]: 44.097. (Colombia). Obtenido el 10 de enero de 2022. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

Ley 1437/11, enero 18, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 47956. (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2022. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.

Ley 1564/12, julio 12, 2012. Diario Oficial. [D.O.]: 48.489. (Colombia). Obtenido el 10 de febrero de 2022.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425>.

López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. (2ª ed.). Legis

Magaldi, M. (1976). *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Casa Editorial

Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho penal*. Ariel

Muñoz, F. (2020). *Teoría General del Delito* (3 ed.). Temis

Naranjo, V. (2006). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. (10 ed.). Temis

Oneca, A. (1986). *Derecho Penal segunda edición*. Akal

Pavajeau, C. (2003). *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*. Gustavo Ibáñez

Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. (6 reimpresión) The Belknap Press Of Harvard University Press

Real Academia Española. (2022, 15 de agosto). Diccionario de la lengua española.

<https://dle.rae.es/condici%C3%B3n?m=form>.

Reyes, E. (1986). *La antijuridicidad* (3 ed.). Universidad del Externado

Reyes, E. (1990). *Diccionario de Derecho Penal*. Temis

Reyes, E. (2000). *Derecho Penal*. Temis

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo 1 Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*. Civitas

Sahuer, G. (1956). *Derecho Penal*. Casa editorial

Silvela, L. (1903). *El derecho penal*. Tipográfica de R. de la Fe

Zambrano, A. (2019). *Teoría del Delito*. Ibáñez