

# ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?

**Jorge Fernando Perdomo Torres**  
Universidad Externado de Colombia

### Abstract\*

No ha sido pacífica la discusión en torno a si la existencia de posiciones de garante en la familia es un límite “ético-social” a la legítima defensa; es decir, se discuten casos como, por ejemplo, la posible limitación de la defensa a la esposa frente a las agresiones del marido. Si se parte, no obstante, de que la legítima defensa es un derecho que surge de la relación jurídica interpersonal de las partes en conflicto, cuya configuración más general, pura y que inspira los ordenamientos jurídicos modernos fue esbozada ya por la denominada filosofía de la libertad, por la filosofía idealista alemana, tenemos que decir y así lo exponemos, que el agredido, en nuestro caso la esposa, no está obligado a soportar usurpaciones en su esfera jurídica en aras precisamente del mantenimiento de la vigencia del derecho; un ataque o agresión de una de las partes anula para el caso concreto todo tipo de vinculación jurídica especial en el sentido de las posiciones de garante. Estos supuestos ponen al descubierto la enorme dificultad en la determinación de los deberes de garantía en el ámbito familiar, por lo que también abordaremos esta problemática, así como también propondremos algunas ideas para analizar correctamente el tema de los límites “ético-sociales” al derecho de legítima defensa.

The discussion in civil law countries with regards to whether the right of self-defense should be restricted in light of duties that originate in social and ethical considerations when there is a family relationship between the defender and the aggressor has been a heated one. It is often debated, for example, whether the extent of a wife's defensive response against her husband's attack should be limited in light of their close family relationship. However, if one takes as a point of departure the fact that self-defense is a right that originates from a regulation of a particular interpersonal legal relationship between conflicting parties that is grounded on the general ideas espoused by German idealist philosophers in particular and philosophers of liberty in general, one should conclude, as we do, that the person being assaulted – in this case, the wife – does not have a duty to tolerate interferences with her juridical sphere of liberty. An attack or an aggression by one of the parties annuls in any concrete case any type of special duty to act that might arise out of the family relationships between the parties in conflict. These cases reveal the enormous difficulty that determining the proper scope of familial duties in such contexts entails. Thus, we will also examine the particular issue of the sources and limits of familial duties to act. This will allow us to propose some ideas that will help us properly analyze the problem of the social and ethical limits that should be placed on an individual's right to self-defense.

Die Frage, ob das Bestehen von Garantenstellungen innerhalb der Familie eine “sozialethische” Grenze der Notwehr darstellt, ist in der strafrechtlichen Literatur nicht friedlich diskutiert worden; es werden z. B. Fälle betrachtet, in denen es um die Frage geht, ob die Frau eine mögliche Beschränkung ihrer Notwehr gegenüber dem angreifenden Ehemann zu ertragen hat. Wenn man aber die Notwehr als ein aus dem interpersonalem Rechtsverhältnis zwischen den Konfliktparteien hervorgehendes Recht betrachtet, dessen allgemeinste, echte und an den modernen Rechtsordnungen orientierte Gestaltung von der sog. freiheitlichen Philosophie bzw. der deutschen idealistischen Philosophie dargestellt wurde, muss man annehmen – und so werden wir es sagen – dass der Angegriffene, in unserem Falle die Ehefrau, nicht verpflichtet ist, Usurpationen in ihrem Rechtskreis zu tolerieren; der Angriff oder die Verletzung einer der Parteien hebt im konkreten Fall jede Art

---

\* Las ideas aquí expuestas fueron debatidas en el Cuarto Seminario Internacional sobre Filosofía y Derecho Contemporáneo, celebrado los días 26-29 de Octubre de 2004 en la Universidad Externado de Colombia. Para esta publicación el escrito fue reformulado y actualizado ampliamente.

*von Rechtsverbindlichkeit im Sinne der Garantenstellungen auf. Diese Sachverhalte verdeutlichen die grosse Schwierigkeit in der Bestimmung der Garantenstellungen im familiären Bereich, so dass diese Problematik hier auch angesprochen wird; es werden aber auch einige Präzisierungen über das Thema der "sozialethischen" Grenze der Notwehr vorgenommen.*

*Title:* Family and analogous relations as limits to self-defense?

*Titel:* ¿Familien- und Näheverhältnisse als Grenzen der Notwehr?

*Palabras claves:* Legítima defensa, fundamento de la legítima defensa, legítima defensa en Kant y Hegel, posición de garante, posición de garante en la familia, límites ético-sociales a la legítima defensa, desproporción crasa entre bienes jurídicos, legítima defensa y solidaridad

*Key words:* Self-defense, foundations of self-defense, self-defense in Kant and Hegel, duties to act, duties to act arising out of family relationships, social and ethical limits to the right of self-defense, disproportion between the harm caused and the right averted, self-defense and solidarity.

*Stichworte:* Notwehr, Grundlage der Notwehr, Notwehr in Kant und Hegel, Garantenstellung, Garantenstellung in der Familie, sozialethische Grenzen der Notwehr, Unverhältnismässigkeit zwischen Rechtsgütern, Notwehr und Solidarität.

## *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. La legítima defensa como derecho**
- 3. La posición de garante en las relaciones familiares y análogas**
- 4. La posición de garante entre cónyuges no limita el derecho de legítima defensa**
- 5. Desproporción crasa entre bienes jurídicos y solidaridad**
- 6. Bibliografía citada**

## 1. Introducción

Como se puede deducir del título de la contribución, en este trabajo abordaré dos ámbitos de la dogmática penal - por cierto, muy complejos en sus particularidades - que tanto ayer como hoy ofrecen dificultades para su tratamiento correcto en Derecho penal: por un lado, las causales de justificación o que “eximen de la responsabilidad criminal” como las denomina el Código Penal español (artículo 20)<sup>1</sup>, y en este contexto la figura de la legítima defensa; por otro lado, el significado de la familia y de las relaciones análogas para el Derecho penal. Antes de pasar a realizar el estudio dogmático de estas cuestiones plantearemos un supuesto de hecho tomado de la jurisprudencia alemana que permitirá limitar y entender rápidamente la problemática a tratar.

El supuesto en el que la Corte Suprema alemana<sup>2</sup> se ocupa de las cuestiones antes mencionadas hace relación, dicho grosso modo, a una discusión de un matrimonio, en la cual la mujer reclama a su esposo por el castigo infundado de los hijos; el marido golpea repentinamente a la mujer quien, por su parte, responde defendiéndose con el bastón de un paraguas hasta meter su punta en el cráneo del marido, que fallece como consecuencia de ello. La cuestión que ocupó la atención del tribunal y en el marco de la cual se moverán nuestras apreciaciones es la de si en el caso se puede reconocer a la mujer el derecho de legítima defensa en su totalidad o si, por el contrario, el hecho de que eran esposos obliga necesariamente a limitar tal derecho, y esto teniendo en cuenta que, según la doctrina tradicional, existe entre ellos, debido al matrimonio, una posición de garante en el sentido de los delitos de comisión por omisión. Estos interrogantes tocan en especial dos cuestiones, a saber: la problemática acerca de la fundamentación del Derecho de legítima defensa y de sus límites, y la discusión acerca de la posición de garante en las relaciones familiares y análogas.

---

<sup>1</sup> Nos parece de buen recibo la moderna estructura de la mayoría de los códigos penales actuales, por lo menos tratándose de la exclusión de responsabilidad. La diferenciación tradicional entre injusto y culpabilidad que se basa en el tratamiento diferenciado del hecho y del autor y que primeramente justifica el hecho y luego excluye la responsabilidad del autor empezó ya desde hace unos años a “tambalearse”, precisamente con los desarrollos del funcionalismo en Derecho penal. Al respecto cfr. especialmente los trabajos de LESCH, *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln 1999.; existe una publicación en español en tal sentido el mismo, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, (trad. Ramón Ragués), Bogotá 2001.

<sup>2</sup> BGH GA 1969, pp. 177 y ss.; BGH NJW 1969, pp. 802 y ss.; el Tribunal Supremo alemán considera que la relación especial entre esposos, su pertenencia a una comunidad de vida estrecha son circunstancias que no deben quedar por fuera de consideración cuando se discuta la cuestión acerca de la proporcionalidad de una acción en legítima defensa.

## 2. La legítima defensa como derecho

Las causales de justificación, dentro de las cuales se trata dogmáticamente la figura de la legítima defensa, son, por así decirlo, los motivos jurídicos que una sociedad determinada tiene para tolerar una conducta que atenta contra intereses ajenos<sup>3</sup>. En el examen de exclusión de responsabilidad, se pregunta si un comportamiento típico es permitido, si éste está justificado, pues junto a los tipos penales hay también normas permisivas que admiten excepcionalmente un comportamiento que atente contra intereses jurídicos. Dos circunstancias cobran entonces relevancia, y son por un lado, la necesidad de examinar los supuestos de hecho pertinentes, el comportamiento típico, en relación con su especial *contexto*, lo que se puede titular como la situación fáctica de justificación, y por el otro, la necesidad de considerar la *configuración social* concreta, y para el caso de la legítima defensa, la relación político-jurídica entre el Estado y el ciudadano, circunstancias que, como veremos más adelante, se conjugan en el fundamento del derecho de legítima defensa.

Para la legítima defensa, el artículo 20.4 CPE establece los criterios específicos a tener en cuenta en el examen de exclusión de responsabilidad; dicho sucintamente, esta norma otorga un derecho de defensa (“En caso de defensa de los bienes...”) o de agresión contra los intereses del que primeramente agrede (“... se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos ...”) y, por ende, el deber de consentir el ataque que sobrevenga cuando la defensa no sea escandalosa (“necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”).

En lo que concierne a los elementos fundadores de esta figura jurídica, la doctrina mayoritaria afirma que la legítima defensa se basa en dos principios: la protección individual y el prevalecimiento del Derecho, esto es, se presupone siempre la necesaria acción típica de defensa para impedir o repeler una agresión a un bien jurídico individual y la defensa del ordenamiento jurídico que tiene lugar con el ejercicio del derecho de legítima defensa<sup>4</sup>. Esta concepción dualista combina

<sup>3</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 7.<sup>a</sup> ed., (trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo), Madrid 1997, p. 419 y s.

<sup>4</sup> Cfr., por ejemplo, con otras remisiones ROXIN, *Derecho penal. Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal), Madrid 1997, pp. 608 y ss.; también significativo, KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., München 2002, pp. 135 y ss.; el mismo, “Die Notwehr: ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt”, en: OTTO, *Triffterer-FS*, Wiena 1996, pp. 149 y ss.; como “teoría de los dos elementos” HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> ed., München 1998, p. 84.; así también MARXEN, *Die “sozialethischen” Grenzen der Notwehr*, Frankfurt am Main 1979; críticamente frente a esta fundamentación dual RENZIKOWSKY, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, pp. 76 y ss.; últimamente KROSS, *Notwehr gegen Schweigegelderpressung, Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Notwehr*, Berlin 2004, pp. 21 y ss.

dos elementos de fundamentación, uno “individual”<sup>5</sup> y otro “supraindividual”<sup>6</sup>, cuya conjunción solamente se explica por la carencia de argumentación de cada uno de ellos a las diferentes cuestiones que son objeto de discusión en el seno de la legítima defensa<sup>7</sup>, en concreto - y relevante para el objeto de esta contribución - la cuestión de los límites de dicho derecho. Una concepción individualista en la que el sujeto esté autorizado para defender sus bienes jurídicos y que, en consecuencia, pueda interpretarse como reflejo del Derecho penal protector de estos bienes<sup>8</sup>, no otorga argumentos convincentes que fundamenten, por ejemplo, los denominados límites “ético-sociales” de la legítima defensa (en especial el ejercicio de este Derecho frente a agresores manifiestamente inimputables). ¿Será que quien ejercita el derecho de defensa está autorizado para proteger sus bienes jurídicos “a toda costa”? La respuesta apropiada proviene, entonces, de la concepción supraindividual, pues ella permite “armonizar” una adecuada protección de bienes jurídicos con otros valores también presentes en el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>, así como hacer juicios de proporcionalidad, sin que quien actúe en legítima defensa se convierta en policía privado para el mantenimiento de la seguridad y el orden<sup>10</sup>. Con la introducción del elemento supraindividual y, así, una referencia social, se pretende explicar tanto la rigurosidad de la legítima defensa como sus posibles límites y, ciertamente, también en el ámbito de las relaciones familiares y análogas<sup>11</sup>.

Es dudoso que con esta forma de proceder se alcance la perseguida “armonización”. Si bien nadie niega la necesidad de “echar un vistazo” a la configuración social, tampoco se debe ocultar la poca claridad sistemática que acusa la relación entre el principio de protección individual y el del prevaecimiento del ordenamiento jurídico. A fin de cuentas, el campo de aplicación de la legítima defensa se ampliará o limitará a través de la influencia recíproca de los dos elementos y, así, se corre el riesgo de obtener resultados arbitrarios y con poca seguridad dogmática, como

<sup>5</sup> Puramente individualista, por ejemplo, las elaboraciones de HOYER, “Das Rechtsinstitut der Notwehr”, *JuS* 1988, pp. 89 y ss.; HRUSCKA, “Extrasystematische Rechtsfertigungsgründe”, en: *E. Dreher-FS*, Berlin 1977, pp. 189 y ss.

<sup>6</sup> Como ejemplos de concepciones puramente supraindividuales, SCHMIDHÄUSER, “Über die Wertstruktur der Notwehr”, en *R. Honig-FS*, Göttingen 1970, pp. 185 y ss.; el mismo, “Die Begründung der Notwehr”, *GA*, 1991, pp. 97 y ss.; BITZILEKIS, *Die neue Tendenzen zur Einschränkung des Notwehrrechts: unter besondere Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, Berlin 1984.

<sup>7</sup> Cfr. PAWLIK, “Die Notwehr bei Kant und Hegel”, *ZStW* (114), 2002, pp. 47 y ss., 48.

<sup>8</sup> MONTENBRUCK, *Thesen zur Notwehr*, Heidelberg 1983, p. 2.

<sup>9</sup> Al respecto, con detalle, KÜHL, *Strafrecht-AT*, pp. 135 y ss.; el mismo, “Notwehr und Nothilfe”, *JuS*, 1993, pp. 177 y s., 181 y s.

<sup>10</sup> KÜHL, *Strafrecht-AT*, p. 136.

<sup>11</sup> Entre otros, AMELUNG; BOCH, “Hausarbeitsanalyse Strafrecht: Ein Ehe Streit mit dem Hockeyschläger”, *JuS*, 2000, pp. 261 y ss.; ROXIN, “Die “sozialethischen Einschränkungen” des Notwehrrechts”, *ZStW* (93), 1971, pp. 68 y ss.; SCHUMANN, “Zum Notwehrrecht und seinen Schranken (OLG Hamm, NJW 1977, p. 590)”, *JuS*, 1979, p. 559.

veremos más adelante<sup>12</sup>. Además de las inconsistencias que pueden surgir de la legitimación del Derecho penal a través de la misión de protección de bienes jurídicos, y que ya han sido puestas de relieve de forma espléndida en la doctrina<sup>13</sup> - y tal vez como consecuencia de esto-, llama la atención que la conjunción de estos modelos analiza el conflicto desde una perspectiva -para decirlo de forma provocadora- externa al Derecho, esto es, buscando la seguridad de los bienes en disputa y su correcta ponderación mediante la adición de elementos del ordenamiento jurídico que luego hay que mantener o hacer prevalecer<sup>14</sup>; en definitiva, reduciendo la relación entre los que interactúan a una lucha por sus propios intereses sin consideración del ordenamiento objetivo que hace de ellos verdaderos intereses jurídicos<sup>15</sup>. Ya que, como se arriba se afirmó, la situación a analizar en el marco de la legítima defensa está inscrita en un contexto determinado, el Derecho de defensa del agredido se debe fundamentar, desde un principio, a través de criterios jurídicos o, como afirma JAKOBS, estableciendo la competencia o incumbencia por un determinado comportamiento que atenta contra los derechos y libertades garantizados en el Estado; hay que considerar el conflicto *concreto* como una *relación jurídica pura*<sup>16</sup>, la cual, por estar definida a través de deberes y derechos, unifica el fundamento de la legítima defensa. Así pues, el Derecho de legítima defensa está estructurado de forma monista y no dualista, como afirma la doctrina mayoritaria<sup>17</sup>. En concordancia, resulta comprensible la mención del “principio de responsabilidad” hecha por KÜHL<sup>18</sup>; sin embargo, como el mismo autor reconoce, esta referencia solamente es una adición que permite aclarar la limitada capacidad de justificación de la legítima defensa en algunos ámbitos discutibles, como es el de los límites ético-sociales, mención que entonces “complementa” la teoría dualista

<sup>12</sup> Cfr., por ejemplo, BITZILEKIS, *Die neue Tendenzen zur Einschränkung des Notwehrrechts: unter besondere Berücksichtigung der Notwehrprovokation*; KLESCZEWSKI, “Ein Zweiseitiges Recht - Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze”, en: E. A. Wolff-FS, Berlin 1998, pp. 225 y ss.; RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, p. 79; KARGL, “Die Intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr”, *ZStW* (110), 1998, pp. 38 y ss.; KROSS, *Notwehr gegen Schweigegelderpressung*, pp. 23 y ss.

<sup>13</sup> JAKOBS, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” (trad. Cancio Meliá), en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *Libro homenaje a G. Jakobs, El funcionalismo en Derecho penal*, Bogotá 2003, pp. 40 y ss.; también al respecto, el mismo, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Bogotá 2004, pp. 41 y ss.

<sup>14</sup> Así PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*, p. 264.

<sup>15</sup> Las teorías de la legítima defensa que desconocen la estructura jurídico objetiva que vincula a los intervinientes en el conflicto y que fundamentan esta figura de forma individualista, esto es, que consideran preferencialmente el derecho subjetivo atacado (por ejemplo, NEUMANN, *Zurechnung und “Vorverschulden”: Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1985, p. 165 y s.) resultan, por esto, deficitarias. Si bien estas teorías describen correctamente el significado de la constitución jurídica del agredido, no toman en cuenta suficientemente la del agresor; por decirlo de otra forma, ellas se olvidan de su constitución jurídica *relevante para el conflicto en concreto*.

<sup>16</sup> Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, pp. 90 y ss.

<sup>17</sup> LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz, Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung des Leibesfrucht*, Paderborn 2000, p. 26.

<sup>18</sup> KÜHL, *Strafrecht-AT*, p. 138.

aportando así un fundamento para determinadas *partes* de la regulación de esta figura jurídica.

Así, como afirma PAWLIK, “el fundamento de la legítima defensa es uno solo”<sup>19</sup>, a saber, el derecho del agredido a seguir afirmando la relación jurídica que rige entre él y el agresor<sup>20</sup> (entre quienes interactúan en el caso concreto) y que, en consecuencia, no tiene nada que ver - por lo menos no en principio - con la protección de bienes jurídicos o, lo que es lo mismo, con el mantenimiento del ordenamiento jurídico como un todo, elevado a la categoría de bien jurídico. El conflicto específico es eminentemente jurídico y su solución se debe encontrar, precisamente, desde la perspectiva del Derecho, el agredido defiende su(s) derecho(s) y “su reconocimiento como persona, cuya esfera jurídica garantizada debe ser respetada por los demás”<sup>21</sup>. El Derecho de legítima defensa surge, por tanto, de la relación jurídica interpersonal de las partes en conflicto, cuya configuración más general, pura y que, sin duda, inspira nuestro ordenamiento jurídico fue esbozada ya por la denominada filosofía de la libertad<sup>22</sup>, esto es, la filosofía idealista alemana.

Para KANT<sup>23</sup> el derecho de legítima defensa es consecuencia necesaria de su concepción del Derecho en general<sup>24</sup>, cuya tarea consiste en establecer las condiciones necesarias para armonizar las actuaciones de los sujetos. Como es sabido, el filósofo expone la idea del Derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad”<sup>25</sup>; lo que es de Derecho está ligado a la facultad de coaccionar y esto es significativo para el derecho de legítima defensa, pues cualquier obstáculo a la libertad puede ser, según el filósofo, objeto de coacción. Así, KANT afirma que “si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*Unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente a *lo que obstaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales; [...]: por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de

<sup>19</sup> PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*, p. 265.

<sup>20</sup> Cfr., también, KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín 1997, p. 262.

<sup>21</sup> Consecuentemente desde la perspectiva del agredido NEUMANN, “Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrechts”, en LÜDERSEN (ed.), *Modernes Strafrecht und ultima - ratio - Prinzip*, Frankfurt am Main 1990, p. 225.; el mismo, *Zurechnung und “Vorverschulden”*, p. 166.

<sup>22</sup> Sobre la actualidad de la filosofía idealista alemana ZACZYK, *Aspectos de la fundamentación liberal en el Derecho* (trad. “Sobre la fundamentación en el Derecho” Perdomo Torres), Bogotá 2005.

<sup>23</sup> Con detalle sobre el derecho de legítima defensa en *Kant y Hegel*, PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*.

<sup>24</sup> Cfr. PERDOMO TORRES, “El concepto de deber jurídico”, en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *Libro homenaje a G. Jakobs*, Bogotá 2003, pp. 233 y ss.

<sup>25</sup> KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, § B, 1797 (trad. Cortina Orts/Conill Sancho), Madrid 2002, p. 39.



contradicción”<sup>26</sup>. La “coacción” - en términos *kantianos* - que ejerce el agredido no es más que el pleno ejercicio del Derecho, y precisamente por esto es acertado hablar del derecho de legítima defensa, también en KANT, necesario<sup>27</sup>; sin embargo, puesto que la idea de Derecho es general, para que se pueda hablar de legítima defensa del Derecho por parte del ciudadano en particular, es necesario admitir su subsidiariedad, esto es, se debe tener en cuenta que cuando el sujeto entra en “el estado civil” - y a esto él está obligado según KANT<sup>28</sup> - otorga el aseguramiento de su libertad “a una coacción externa legalmente pública”<sup>29</sup>, en otras palabras, al Estado, de modo que él sólo podrá ejercerla directamente cuando la autoridad no esté en condiciones de hacerlo. En resumen, para el filósofo de Königsberg, el derecho de legítima defensa encuentra su fundamento en la perturbación de la relación jurídica (conformada por derechos y deberes) existente entre dos personas.

También en HEGEL el Derecho de legítima defensa puede obtenerse partiendo de un momento, por así decirlo, interpersonal y que apunta al aseguramiento de la libertad negativa, entonces a partir de la primera sección de su obra de filosofía del Derecho conocida como “el Derecho abstracto”<sup>30</sup>; aquí la norma fundamental se reduce a lo negativo, es decir, a la obligación de no lesionar los elementos que conforman la personalidad de los demás: “sé una persona y respeta a los demás como personas”<sup>31</sup>. Según HEGEL, esta prohibición presupone la validez de la *idea* del Derecho, esto es, la existencia del Estado liberal, pues éste es la “realidad de la idea ética”<sup>32</sup>, “la realidad de la libertad concreta, él es unidad del concepto y ser del Derecho”<sup>33</sup>, en la que los otros momentos (el Derecho abstracto y la moralidad) no son negados, sino, por el contrario, en la que éstos encuentran su verdadera garantía; la posibilidad de coacción, y el Derecho abstracto en HEGEL también es “*derecho coercitivo* porque ejercer lo injusto contra él significa ejercer una fuerza contra la *existencia* de mi libertad en una cosa *exterior*”<sup>34</sup>, sólo existe en el Estado, de manera que cualquier facultad individual para repeler un ataque a la libertad - aún cuando se trata de la garantizada negativamente en el Derecho abstracto - se debe entender en HEGEL, al igual que en KANT, como subsidiaria<sup>35</sup>.

<sup>26</sup> KANT, *Ibid.*, § D, pp. 40 y ss.

<sup>27</sup> Así lo expone claramente PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*, p. 273, con otras remisiones en la nota pie 69.

<sup>28</sup> KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, § 44, pp. 140 y s.

<sup>29</sup> KANT, *Ibid.*

<sup>30</sup> HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, (trad. Díaz), Madrid 1993, §§ 34 y ss., pp. 172 y ss.; con detalle sobre la interpretación del Derecho abstracto aquí defendida PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá 2001; el mismo, *El concepto de deber jurídico*, pp. 239 y ss.

<sup>31</sup> HEGEL, *Ibid.*, § 36, p. 178.

<sup>32</sup> HEGEL, *Ibid.*, § 257, p. 678.

<sup>33</sup> PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*, pp. 283 y s.

<sup>34</sup> HEGEL, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, § 94, p. 330.

<sup>35</sup> PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*, pp. 287 y ss.

En consecuencia, en el derecho de legítima defensa se trata, tanto en KANT como en HEGEL, de la agresión a la relación jurídica interpersonal que el agredido no está obligado a soportar en aras del mantenimiento de la vigencia del Derecho en general, pero en un contexto específico. No obstante, lo anterior no debe ser interpretado como si los filósofos alemanes rechazaran tajantemente cualquier límite, moderación u otra configuración del derecho de “coacción” particular. Si bien KANT considera este aspecto tímidamente<sup>36</sup>, en HEGEL este último puede analizarse teniendo en cuenta el contenido ontológico de su filosofía de Derecho<sup>37</sup>, esto es, la parte ético-material de la eticidad que, como se afirmó, se forma en el proceso de objetivización del espíritu hasta encontrar su configuración definitiva en el Estado; la superación de los niveles de evolución del espíritu de la filosofía *hegeliana* implica la recepción final de los niveles anteriores, y esto en su significado y contenido, de tal forma que la configuración ontológica adecuada del Derecho de legítima defensa será la presente en el Estado ético<sup>38</sup>. A la persona, que en el Derecho abstracto no tiene que tolerar la puesta en duda de su personalidad (jurídica), se le podrá imponer perfectamente, ahora como ciudadano del Estado, deberes - siempre jurídicos - de “sacrificio”, que dependerán de la forma y grado de objetivización del espíritu en la comunidad determinada. Tomando esto como punto de partida se puede afirmar, siguiendo la interpretación hecha por PAWLIK, que HEGEL abre al derecho de legítima defensa opciones, y para el objeto de nuestra exposición, la posibilidad de “límites”<sup>39</sup>.

Como conclusión de lo dicho hasta aquí, y antes de ocuparnos del segundo ámbito a tratar en esta contribución, se puede apuntar lo siguiente: la personalidad en Derecho, esto es, el ser titular de deberes y derechos, y la garantía de su goce en el Estado (no sólo la *libertad* de detentación de derechos, sino también la de organización) implica, por lo menos, el respeto de los demás en sus intereses jurídicos, es decir, su tratamiento también como personas. Ya que este aspecto es

---

<sup>36</sup> El deber de moderación es concebido por KANT en el marco de su exposición sobre el Derecho de necesidad: “este presunto derecho consiste en la facultad de quitar la vida a otro, que no me ha hecho mal alguno, cuando mi propia vida está en peligro. Es evidente que aquí debe encerrarse una contradicción de la doctrina del derecho consigo misma – porque no se trata aquí de un agresor *injusto* de mi vida, al que me anticipo quitándole la suya [...], en cuyo caso recomendar moderación (*moderamen*) corresponde sólo a la ética y no al derecho, [...]” (La Metafísica de las Costumbres, p.45); PAWLIK (Ibíd.) analiza el deber de moderación solamente como una “recomendación” y, por lo tanto, éste permanece anclado en la ética y no fundamente deberes jurídicos (pp. 275 y s., con otras remisiones en la nota 81). Nos parece que esta interpretación radical no hace justicia a la idea de Derecho *kantiana* que no *divide*, sino más bien que *diferencia* entre eticidad y Derecho (cfr. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1980, pp. 166 y ss.); al respecto PERDOMO TORRES, *El concepto de deber jurídico*, pp. 233 y ss.

<sup>37</sup> Con detalle sobre este aspecto de la filosofía del Derecho hegeliana PAWLIK, *La realidad de la libertad, Dos estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel*, (trad. Perdomo Torres), Bogotá, 2005.

<sup>38</sup> PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*, p. 290.

<sup>39</sup> PAWLIK, *Die Notwehr bei Kant und Hegel*, pp. 291 y s.

precisamente el fundamento de cualquier sociedad organizada, nadie está obligado a soportar agresiones en su personalidad, pues, de lo contrario, el Derecho penal ya no sería Derecho penal *liberal*. Cuando en una situación determinada, de forma más precisa, tratándose de un contexto organizativo, se agrede culpablemente<sup>40</sup>, se deben soportar los costes del abuso de libertad, de la organización defectuosa; el agredido detenta entonces el derecho de defensa, que es, en esa medida, legítima, y el agresor tiene el deber de soportar las consecuencias. Sin embargo, este último deber es, como lo afirma JAKOBS, “una *obligatio imperfecta*”<sup>41</sup>, pues está limitado por lo proporcional necesario; es decir, el actuante en legítima defensa debe tomar las medidas necesarias, según la situación concreta, que le permitan defenderse razonablemente ante la agresión. Lo proporcional necesario hace alusión a la relación entre medios de agresión y de defensa, y no a la calidad o cantidad de bienes presentes en el conflicto. Tampoco se trata del deber de apartarse o eludir el ataque, pues esto ya significaría exigir del agredido la renuncia a una parte de su libertad, algo verdaderamente extraño a cualquier Estado interesado, por lo menos, en el mantenimiento de las relaciones jurídicas puras. Ahora bien, se podrán considerar “otros límites al derecho de coerción” particular; éstos dependerán, como arriba se esbozó, de la configuración ontológica, del ser material de la libertad estatal. A esto nos referiremos más adelante.

### 3. La posición de garante en las relaciones familiares y análogas

El segundo ámbito a tratar en esta contribución es el relacionado con la posición de garante en el seno de las relaciones familiares y análogas. Tradicionalmente la problemática de la posición de garante se ha vinculado con los denominados delitos de comisión por omisión<sup>42</sup>. Sin embargo, desde hace algunas décadas, se ha replanteado acertadamente la discusión, y se ha llegado a la conclusión de que no hay que definir una posición de garante específica para cierto clase de delitos de omisión, sino que lo importante es poder captar, desde el Derecho penal, la configuración normativa de una sociedad determinada para, así, poder establecer los criterios que, dentro de ella, vinculan jurídicamente. Lo importante es, entonces,

---

<sup>40</sup> Sobre la conveniencia de reclamar una agresión culpable, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 464 y ss.; el autor aclara acertadamente que “la exigencia de culpabilidad no significa que la legítima defensa se asemeje a una pena. La autorización para defenderse con arreglo a la medida de lo necesario para la protección del bien - y no en proporción a la gravedad delictiva del ataque - excluye la posibilidad de considerar a la legítima defensa como un castigo” (p. 467); también LESCH (*Notwehrrecht und Beratungsschutz*) aboga por la diferenciación entre el concepto de culpabilidad jurídico penal como contradicción a la norma que debe ser negada a través de la pena y el concepto de cuasi-culpabilidad en el sentido de la legítima defensa (pp. 40 y ss.).

<sup>41</sup> JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 92.

<sup>42</sup> Cfr., al respecto, PERDOMO TORRES, *La posición de garante en los delitos de comisión por omisión*; el mismo, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*.

la génesis de la vinculación jurídica<sup>43</sup> y no una posición de garante entendida aisladamente.

Si se observa la estructura normativa de los Estados modernos, se puede afirmar, sin más, que los ordenamientos jurídicos giran en torno a la idea de libertad. Incluso en los de los Estados industrializados, donde el Derecho es la lucha por el mantenimiento de un orden económico concreto, la libertad del sujeto es el punto de partida de lo normativo; por ello, también en un Estado semejante - sin importar que tan racional sea - se le debe poder garantizar al sujeto su libertad. Hoy en día hay dos aspectos de la idea de libertad que son indispensables para poder hacer juicios acerca de lo que vincula en Derecho penal: por una parte se debe tener en cuenta la necesidad del sujeto de actuar relacionándose con los demás, de poder organizar abstractamente en sociedad, esto es, con todos. Por otra parte, es necesario considerar al mismo sujeto desde la perspectiva de determinadas instancias sociales en las que éste encuentra una garantía, ahora concreta, de su libertad; es lo que en la doctrina se conoce como garantía negativa y positiva de la libertad y, en consecuencia, como el fundamento de las obligaciones, esto es, de los deberes que surgen precisamente de la posibilidad del ejercicio de dicha libertad<sup>44</sup>.

Durante mucho tiempo se ha afirmado que la familia es una de las instancias sociales en las que el sujeto ejercita su libertad en concreto, en relación con determinadas personas, a saber, con el cónyuge, los hijos, los padres etc. La decisión libre de la persona de formar una familia, se dice, trae consigo la asunción de deberes y obligaciones frente a los sujetos con los que se configura un mundo en común. Fue precisamente de la mano de las instituciones familiares como la dogmática del delito de comisión por omisión experimentó un gran desarrollo; así, la madre que no alimenta al recién nacido ha sido el ejemplo paradigmático de una inactividad fundamentadora de responsabilidad. Sin embargo, los problemas que discute la literatura penal moderna en este ámbito no se reducen ya la mención de un deber jurídico especial en el sentido de FEUERBACH (pues la madre que estrangula al recién nacido incumple igualmente su deber) y que justificó entonces una dogmática penal diferente para la omisión y la acción<sup>45</sup>, sino que apuntan a la determinación de la calidad normativa de las relaciones que en el interior de la familia pueden llegar a fundamentar deberes en Derecho penal, problemática que ya SPANGENBERG reconoció e intentó solucionar bajo la rúbrica "relaciones jurídicas

---

<sup>43</sup> Cfr., JAKOBS, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (trad. Cancio Meliá), Bogotá 1999.

<sup>44</sup> Cfr., al respecto, JAKOBS, *La imputación penal de acción y omisión* (trad. Sánchez-Vera), Bogotá 1996; el mismo, *Acción y omisión en derecho penal* (trad. Rey Sanfiz / Sánchez-Vera), Bogotá 2000.

<sup>45</sup> FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt 1799; el mismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Peinlichen Rechts*, Giessen 1847.

especiales”<sup>46</sup>. Si bien hoy en día ya no se discute, por ejemplo, que la calidad de padre fundamenta deberes en Derecho penal, esto sólo se puede afirmar tajantemente mientras que el hijo sea menor de edad; en cambio, la posibilidad de afirmarlos cuando el hijo es independiente y se ha socializado es una cuestión bastante discutida. Además, podría preguntarse qué vinculación normativa penalmente relevante existe entre abuelos y nietos, tíos y sobrinos. Por encima de estas cuestiones, nos parece que el problema radica principalmente en la transformación que ha sufrido la idea de familia como tal; no sólo es difícil de determinar hoy en día qué familia es relevante para el Derecho penal, si la familia en sentido estricto, esto es, padres, hijos, cónyuges -y en su interior las muchas formas posibles de una relación tal, hacemos referencia a la adopción, pero también los padres sustitutos etc.- o la familia en sentido amplio, la “gran familia”. Más aún, nos encontramos ante la presencia de, por así decirlo, otras formas de configuración de la vida privada, por ejemplo, las ya reconocidas uniones maritales de hecho, o las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, aceptadas legalmente en muchos países. El desafío es, entonces, bastante grande y la dogmática penal tendrá que reaccionar, y de hecho ya lo ha venido haciendo de la mano de criterios más útiles como el de “la figura de la persona cercana”<sup>47</sup> o el de las “relaciones de confianza”<sup>48</sup> que, según nuestra opinión, no aportan lo necesario para la fundamentación estrictamente normativa. No obstante, consideramos que el criterio de la “confianza legítima especial”, expuesto recientemente, sí aporta el fundamento jurídico correcto que permite definir deberes relevantes en derecho penal en el ámbito de relaciones de vida privada en común<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> SPANGENBERG, “Über die Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit”, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. IV, 4ª parte (1821).

<sup>47</sup> LILIE, “Garantenstellung für nahe stehende Personen”, *JZ*, 1991, p. 541 y ss.; también ALBRECHT, *Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Colonia 1988.

<sup>48</sup> Cfr., por ejemplo, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11.ª ed., Bielefeld 2003, § 15, nm. 71 y ss.; KÜHL, *Strafrecht-AT*, § 18, nm. 61, 64; sin embargo ya BLEIL, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, en: *H. Mayer-FS*, Berlin 1966, pp. 119-143, 136 y ss.; EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Heidelberg 1994, pp. 161 y s. ; recientemente de forma más concreta TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kurzkommentar*, 52ª ed., München 2004, § 13, nm. 9.

<sup>49</sup> Cfr. al respecto PERDOMO TORRES, *Garantenpflichten aus Vertrautheit*, Berlin 2006. Debe aclararse que esta opinión abandona el criterio de la familia para fundamentar deberes de garantía y refiere más bien a un tipo amplio de “confianza legítima especial” como fundamento normativo de dichos deberes. Así, se puede determinar sin mayores problemas cuándo existe vinculación jurídica, por ejemplo, en el interior de comunidades de vida de pareja (ya no se parte del matrimonio, aunque se le incluye como posible forma de confianza legítima especial), entre abuelos y nietos, tíos y sobrinos, padres e hijos después de la mayoría de edad (relaciones en las que los deberes de garantía no han sido asegurados verdaderamente desde el concepto de familia), en las comunidades de peligro, etc. Se trata de un criterio jurídico con mucha capacidad de rendimiento en derecho penal.

#### *4. La posición de garante entre cónyuges no limita el derecho de legítima defensa*

Además de las dificultades expuestas para determinar una vinculación jurídica concreta en las tradicionales relaciones familiares y análogas, la problemática que se trata aquí envuelve, como se mencionó, otro campo de la dogmática penal muy discutido, a saber, el de los posibles límites al derecho de legítima defensa. Al respecto, la doctrina mayoritaria afirma que este derecho debe tener unos límites “ético-sociales”, que sus requisitos rígidos deben ser compatibilizados con lo social en casos determinados; en concreto se mencionan los casos de ataques de personas inculpables o con culpabilidad disminuida, los de ataques bagatela, los casos de agresiones provocadas, los de agresiones en el seno de las relaciones familiares y los casos de crasa desproporción entre los bienes jurídicos en juego<sup>50</sup>.

En el ámbito de las relaciones familiares, es especialmente en el matrimonio donde se afirma la necesidad de una limitación y esto para los casos -que no son esporádicos- como el expuesto al comienzo. Igualmente, es objeto de discusión el alcance de la limitante, pues evidentemente afirmar su existencia sin definir su alcance significaría darle una “autorización jurídica” al cónyuge para que actúe violentamente ya que, entonces, el otro cónyuge - que generalmente es la mujer - debería limitar de alguna forma su defensa legítima. Así, se discute bajo qué parámetros se puede hablar de una limitación, y algunos llegan a la conclusión de que ésta procede en el caso de lesiones corporales leves, aunque saber cuándo una lesión tiene esas características es muy complejo<sup>51</sup>. Un problema adicional es si la limitante conduce a un “deber de soportar” el ataque o solamente a uno de “soportar una situación de riesgo elevado”; esto tiene especial relevancia cuando, ante el ataque leve, el cónyuge cuenta solamente con medios de defensa graves que pueden atentar directamente contra la vida del que ataca. Si sólo se trata del deber de soportar una situación arriesgada, el derecho de legítima defensa no decae por principio ante lesiones leves; por el contrario, un deber de soportar el ataque excluye de plano el ejercicio de este Derecho<sup>52</sup>.

Llama la atención el que hoy en día se discuta seriamente si uno de los cónyuges debe soportar ataques o situaciones peligrosas por el sólo hecho de estar casado o porque entre las partes en conflicto se asume una posición de garante derivada de la relación familiar o de una situación semejante. Entonces, se podría preguntar si la existencia de una vinculación jurídica especial implica la renuncia al mínimo de derechos personales. Ya que esto no es así y ninguna sociedad que se conciba como

<sup>50</sup> Cfr. al respecto JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 476 y ss.

<sup>51</sup> Así ROXIN, “Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts“, *ZStW* (93), 1981, pp. 68 y 103; WOHLERS, “Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse“, *JZ*, 1999, pp. 434 y ss.

<sup>52</sup> WOHLERS, *Ibid.*, pp. 435 y s.

liberal puede aceptarlo<sup>53</sup>, nos parece que *no es acertado hablar de límites al Derecho de legítima defensa con base en una relación especial*. Cuando exista un deber especial, es decir, cuando la relación jurídica entre las personas esté intacta y se pueda afirmar una relación de confianza legítima especial<sup>54</sup>, cualquier ataque o agresión de una de las partes *anula para el caso concreto* todo tipo de vinculación jurídica especial en el sentido de las posiciones de garante; lo contrario significaría reconocer que las palizas entre cónyuges son parte normativa integrante de cualquier relación de pareja que ya haya adquirido significado normativo para el Derecho penal. Con lo anterior no se desconoce que las relaciones de vida íntima, por principio, llevan implícito el intercambio de experiencias personalísimas, que en ellas los sujetos se muestran como son en realidad y que, además, ellos comparten un sinnúmero de momentos privados en los que hasta, y dicho de forma coloquial, se puede “meter la pata”; cuando estas situaciones no tengan significado para el Derecho penal, la misma relación estrecha se encargará de liquidar el conflicto. No obstante, cualquier ataque aunque sea leve, como por ejemplo, una bofetada o un puntapié, es, sin duda, un ataque en el sentido de la legítima defensa que, por ende, otorga este derecho. En la práctica, estos casos no tienen relevancia para la legítima defensa, ya que va a faltar el requisito de la actualidad de la agresión; cuando una persona da una bofetada, la agresión ya no es actual, y si esto se repite, nadie dudará de la procedencia de la legítima defensa.

Además, se debe tener en cuenta el fundamento de la legítima defensa el cual es, como expusimos, el derecho del agredido a seguir afirmando la relación jurídica que rige entre él y el agresor y que es una relación jurídica pura interpersonal; en ella no hay excepciones, excepto las que le son inherentes por principio. A este respecto hay que tener en cuenta que cuando en la legítima defensa se exige que la reacción no sea escandalosa, esto es, que sea proporcional a la agresión, esto tiene validez tanto en las relaciones abstractas como en las concretas y, por tanto, también entre cónyuges como en el caso propuesto. La proporcionalidad entre defensa y agresión hace alusión a que se escojan los medios que pongan fin al ataque de forma inmediata y definitiva y que, además, representen el mínimo de costes (lesiones o puestas en peligro) para el agresor. No obstante, no se pretende que el agredido corra el riesgo de una defensa inidónea; por eso, el criterio de la proporcionalidad sólo permite fundamentar una “limitante” de la legítima defensa cuando el medio más leve es, además, el más idóneo para repeler la agresión. Si, por ejemplo<sup>55</sup>, el

---

<sup>53</sup> Así también, ZIESCHANG, “Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen”, *Jura*, 2003, pp. 528 y ss.

<sup>54</sup> Recuérdese, según nuestra opinión, el matrimonio *per se* no fundamenta deberes de garantía. Solamente tendrá significado normativo relevante para el derecho penal cuando entre los miembros de dicha comunidad exista una relación de confianza legítima especial. Éste es el verdadero fundamento normativo!

<sup>55</sup> RGSt 55, p. 82; también al respecto FAHL, “Sozialethische Einschränkungen der Notwehr”, *JA*, 2000, pp. 460, 463; ROXIN, *Derecho penal*, pp. 649 y ss.

campesino parapléjico observa como un intruso sustrae los tomates de su huerta y, después de varios intentos de persuasión, dispara con un arma de fuego, actúa en legítima defensa (aquí de forma provisional). Igualmente actúa en legítima defensa la mujer que se defiende de los ataques del marido, quien es más fuerte y, por supuesto, también el marido que observa como su esposa vuelve cenizas los bocetos de la tesis doctoral que él lleva escribiendo por muchos años, todo esto siempre que el ataque no se pueda repeler de otra forma. Así entendida, la exigencia de proporcionalidad no es una limitante del “derecho de coerción” en estricto sentido, sino que es uno de sus elementos constitutivos.

Así las cosas, de la existencia de una vinculación especial entre cónyuges o en cualquier otro tipo de relaciones familiares y análogas que tengan significado normativo por denotar una relación de confianza legítima especial no se deriva limitante alguna para el derecho de legítima defensa; este derecho desde su fundamento le da al agredido la facultad de defender sus intereses *siempre que no se desconozcan otros principios jurídicos reconocidos en el ordenamiento*. Precisamente respecto de este punto, quedan aún por aclarar las situaciones en las que, y para seguir con nuestro ejemplo, uno de los cónyuges no puede defenderse de los constantes insultos del otro cónyuge de otra forma que con medios que pueden llegar incluso a causar la muerte. En este caso hay una desproporción crasa de los bienes jurídicos en conflicto, por lo que, entonces, es en el ámbito de la proporcionalidad y no en el de las relaciones familiares y análogas donde hay que discutir el problema de los posibles límites.

### ***5. Desproporción crasa entre bienes jurídicos y solidaridad***

Por último, y a pesar de que nos apartamos del objetivo principal de esta contribución, haremos algunas consideraciones en relación con los casos de desproporción crasa entre los bienes jurídicos en conflicto. De lo que se ha dicho hasta aquí con respecto al ámbito de las relaciones familiares y análogas puede deducirse nuestro escepticismo frente a todos los casos de los denominados límites del derecho de legítima defensa. No sólo resulta paradójico e incompatible jurídicamente pretender una limitante tal en el interior de estas relaciones -como quedó demostrado-, sino que también los otros casos que se discuten pueden ser solucionados perfectamente dentro de los mismos presupuestos de la situación de legítima defensa. Por ejemplo, los atentados a la paz nocturna por parte de los vecinos, clasificados generalmente como categoría bagatela, podrían entenderse como no agresiones<sup>56</sup>; también las agresiones provenientes de los inimputables (niños, enfermos mentales, personas en elevado estado de embriaguez) quedarían por fuera de consideración como agresiones si se exige que el comportamiento de

---

<sup>56</sup> Así, también, KÜHL, *Strafrecht-AT*, § 7, nm. 189 con otras remisiones.



agresión sea culpable<sup>57</sup>. En fin, una sistemática de la legítima defensa en la que se respete su fundamento en Derecho sería más deseable que una mezcla de argumentos que, aunque también reivindicuen validez, acaban relativizando muchos de los institutos jurídicos y contraponiéndolos a otros principios jurídicos presentes en el ordenamiento.

Con lo anterior no estamos cerrando la puerta a una posible “limitación”; sin embargo, sería más acertado hablar de una armonización de principios jurídicos en el Estado o, más bien y siguiendo la interpretación hecha aquí de la filosofía *hegeliana*, de la configuración definitiva del derecho de legítima defensa en el Estado ético. El ciudadano del Estado ya no sólo es considerado en su personalidad abstracta y, en esa medida, como portador de deberes y derechos, sino también como miembro de la comunidad a la que pertenece y, por tanto, como destinatario de otro tipo de normas que reflejan la configuración normativa de la sociedad del Estado en concreto. Aquí queremos hacer referencia a la idea jurídica de la solidaridad, idea que orienta la mayoría de los ordenamientos jurídicos<sup>58</sup> y que, como veremos a continuación, se ha de tener en cuenta en la configuración definitiva del derecho de legítima defensa.

En primer lugar, las Constituciones modernas definen los principios necesarios de convivencia, dentro de los cuales la solidaridad ocupa un lugar destacado (por ejemplo, art. 2 y 45.2 CE). Se trata generalmente de un deber básico de solidaridad mínima análogo a los derechos fundamentales como principio de la idea de Estado. En segundo lugar, los ordenamientos penales desarrollan este principio constitucional en concreto institucionalizando una solidaridad pasiva, consistente en tener que soportar determinadas cargas en favor del mantenimiento de otros bienes jurídicos que, de esta forma, alcanzan privilegio de acuerdo con criterios de ponderación; el numeral quinto del artículo 20 CPE sobre estado de necesidad agresivo como supuesto de ausencia de responsabilidad es un ejemplo al respecto. El deber moral de solidaridad, ahora activa, también está institucionalizado jurídicamente en materia penal en el artículo 195 CPE referente a la omisión del deber de socorro; en este caso se trata de aquella solidaridad mínima interpersonal que impone a cada uno de los ciudadanos el deber de ayudar al otro en casos de peligro grave para bienes jurídicos; análogamente, como expresión de solidaridad

---

<sup>57</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 464 y s.; en este sentido también MARXEN, *Die “sozialethischen” Grenzen der Notwehr*, p. 62; FRISTER, “Die Notwehr im System der Notrechte”, GA, 1988, p. 304; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, pp. 99 y 301. La problemática de la agresión provocada queda aún por resolver.

<sup>58</sup> Sobre la solidaridad en Derecho penal PERDOMO TORRES, “Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad”, en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá 2003, pp. 251-270.

activa puede interpretarse la defensa legítima en beneficio de un tercero también consagrada en el artículo 20.4 CPE.

De lo anterior se colige que la idea de solidaridad es parte integrante del Estado ético y, por tanto, principio jurídico orientador del ordenamiento y que, por ende, todas las instituciones jurídicas, también las penales, se rigen *asimismo* por la idea de la solidaridad. Si bien en el ámbito de las causales de exclusión de responsabilidad, en lo que se refiere al estado de necesidad lo anterior salta a la vista, el derecho de legítima defensa se fundamenta precisamente en la lesión del derecho (ajeno) y a este respecto, en principio, no hay lugar a consideraciones sobre solidaridad desde la perspectiva de la proporcionalidad agresión-defensa. Si embargo, si existe un deber institucionalizado de solidaridad mínima, éste debe valer también para la legítima defensa<sup>59</sup>; es decir, el derecho de legítima defensa debe armonizarse con la solidaridad ética estatal, siendo *ésta no su límite, sino más bien el elemento que le ofrece su configuración definitiva en el Estado*. La figura de la legítima defensa, como garantía por excelencia de las relaciones jurídicas puras, ya no es salvaguardia de la juridicidad cuando mediante su ejercicio se desconozca el mínimo de solidaridad institucionalizada en el Estado y el deber de “sacrificio” que deriva de él. No se trata, a diferencia de la doctrina mayoritaria, de una limitante del derecho de defensa, sino más bien de su concreta legitimación en el Estado. La defensa del Derecho del ciudadano del Estado - esto es, cuando una persona en la resolución del conflicto concreto defiende subsidiariamente su (el) derecho - no sólo será legítima cuando se reaccione ante la puesta en entredicho de la relación pura interpersonal que rige entre las partes en conflicto, sino cuando, además, se tenga en cuenta que frente al agresor también se tiene un deber mínimo de “sacrificio”.

Estas consideraciones deben tenerse en cuenta en los casos de desproporción entre los bienes jurídicos en conflicto a los que se hizo alusión arriba. Si, por ejemplo, el campesino parapléjico, después de fracasar en el intento de persuadir al intruso que sustrae dos tomates de su huerta, le dispara con un arma de fuego, defiende así su derecho de propiedad garantizado en el Estado porque, como lo dijimos arriba, el conflicto es consecuencia de la organización del agresor; según el fundamento de la figura jurídica, su defensa es (en principio) legítima. Sin embargo, a este ciudadano se le exige la observancia de un mínimo en solidaridad, es decir, que sacrifique “un mínimo” de sus Derechos en favor del agresor, siempre que con este sacrificio se pueda lograr una estabilización del sistema jurídico y sus principios; como afirma JAKOBS “la idea básica del precepto [la solidaridad mínima] es pertinente, dado que la decisión de si el agresor ha de responder por las consecuencias él solo, o si puede

---

<sup>59</sup> Según LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, la cláusula de adecuación del § 34 párrafo 2 del Código penal alemán sobre el estado de necesidad justificante tiene la función de inmunizar la solidaridad moral reclamada jurídicamente frente a la posibilidad de maximización individual de intereses, por lo que ésta debe ser vista como un principio general también aplicable a la legítima defensa (pp. 46 y ss., 55 y ss.).

confiar en la solidaridad mínima, no depende sólo de si el agresor se sitúa por sí mismo en la situación de conflicto, sino también de en qué medida lo hace”<sup>60</sup>. Sólo una defensa así entendida, definida por la idea de Estado, es legítima. Lo mismo tiene validez para los casos de desproporción de bienes en los conflictos familiares como el discutido en el caso que nos ocupa; si la esposa responde ante los continuos insultos de su marido disparando con un arma de fuego -siempre que la relación defensa-agresión sea proporcional-, esta defensa ya no será legítima, y esto no porque exista entre ellos una relación institucional positiva, una confianza legítima especial, sino porque la esposa no ha respetado el mínimo de solidaridad que exige la sociedad.

Así, la legitimación definitiva de la defensa se constata con arreglo a los principios de la omisión del deber de socorro, lo cual significa que se deben considerar, por lo menos, el valor de los bienes en conflicto y su sustituibilidad. La lesión del deber de solidaridad mínimo constituye un exceso en la legítima defensa<sup>61</sup>. Como se puso de manifiesto desde el principio, la legítima defensa presupone un conflicto concreto que, como tal, debe ser considerado hasta en sus consecuencias punitivas.

Para finalizar, en el caso propuesto, la relación matrimonial por sí misma no fundamenta límite alguno; si se afirma la posición de garante entre los cónyuges porque entre ellos existe una relación de confianza legítima especial, cualquier agresión como la expuesta, los golpes repetidos, anula para el caso concreto, cualquier vinculación especial que pudiese existir entre ellos, pues a nadie, tampoco a los cónyuges obligados por confianza, se les exige una renuncia a los elementos básicos constitutivos de su personalidad en Derecho. Tampoco se trata de una desproporción crasa de los bienes en conflicto que reivindique considerar la idea de la solidaridad. Cualquier posible exclusión del derecho de legítima defensa podrá ser analizada en lo que concierne a la proporcionalidad entre ataque y agresión; sin embargo, de acuerdo con el supuesto de hecho conocido, esta defensa era estrictamente *necesaria* para repeler definitiva y efectivamente la agresión del marido.

---

<sup>60</sup> JAKOBS, *Derecho penal*, p. 482.

<sup>61</sup> De cara a ordenamientos penales como el alemán, el cual ubica -de acuerdo con la doctrina dominante- la figura del exceso en la legítima defensa como forma de exclusión de la culpabilidad (§ 33 Código penal alemán según traducción de LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Código Penal Alemán*, Bogotá 1999.: “Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, temor o miedo, entonces no será castigado”) y no como otros códigos penales referidos al exceso en los *límites propios* de la legítima defensa, resulta importante tener en cuenta la forma en que el agredido se defiende, pues esto es relevante en el momento de determinar la responsabilidad en concreto; es decir, si la defensa es completamente ofensiva (lo que la doctrina penal alemana conoce como *Trutzwehr*) el agredido será responsable por el delito de lesión respectivo y si, por el contrario, la respuesta desproporcionada es consecuencia de una defensa que no sobrepasa el ámbito de organización del agredido (entonces *Schutzwehr*), la responsabilidad se rige por el delito de omisión de socorro, ahora cometido mediante una acción; pormenores en JAKOBS, *Ibíd.*, pp. 481 y ss.

## 6. Bibliografía citada

ALBRECHT, Dietlinde, *Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Köln 1988.

AMELUNG, Knut / BOCH, Gerhard, „Hausarbeitsanalyse Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger“, *JuS*, 2000, pp. 261 y ss.

BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11.<sup>a</sup> ed., Bielefeld 2003.

BITZILEKIS, Nikolaos, *Die neue Tendenzen zur Einschränkung des Notwehrrechts: unter besondere Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, Berlin 1984.

BLEI, Hermmann, „Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen“, en *H. Mayer-FS*, Berlin 1966, pp. 119-143, 136 y ss.

EBERT, Udo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Heidelberg 1994.

FAHL, Christian, „Sozialethische Einschränkungen der Notwehr“, *JA*, 2000, pp. 460, 463.

FEUERBACH, Johann Paul Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Peinlichen Rechts*, Giessen 1847.

- *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt 1799.

FRISTER, Helmut, „Die Notwehr im System der Notrechte“, *GA*, 1988, p. 304.

HAFT, Fritjof, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> ed., München 1998.

HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, (trad. Díaz), Madrid 1993.

HOYER, Andreas, „Das Rechtsinstitut der Notwehr“, *JuS*, 1988, pp. 89 y ss.

HRUSCKA, Joachim, „Extrasystematische Rechtsfertigungsgründe“, en *E. Dreher-FS*, Berlin 1977, pp. 189 y ss.

JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en derecho penal* (trad. Rey Sanfiz / Sánchez-Vera), Bogotá 2000.

- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., (trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo), Madrid 1997.

- *La imputación penal de acción y omisión* (trad. Sánchez-Vera), Bogotá 1996.

- “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” (trad. Cancio Meliá), en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, t. I, Bogotá 2003, pp. 40 y ss.

- *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (trad. Cancio Meliá), Bogotá 1999.

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Bogotá 2004.

KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, § B, (trad. Cortina Orts/Conill Sancho), Madrid 2002.

KARGL, Walter, “Die Intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr“, *ZStW* (110), 1998, pp. 38 y ss.

KLESCZEWSKI, Diethelm, “Ein Zweiseitiges Recht - Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze“, en *E. A. Wolff-FS*, Berlin 1998, pp. 225 y ss.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1997.

KROSS, Antje, *Notwehr gegen Schweigegelderpressung, Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Notwehr*, Berlin 2004.

KÜHL, Kristian, “Die Notwehr: ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt“, en OTTO, *Triffterer-FS*, Wiena 1996, pp. 149 y ss.

- “Notwehr und Nothilfe“, *JuS*, 1993, pp. 177 y s., 181 y s.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München 2002.

LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln 1999.

- *Notwehrrecht und Beratungsschutz, Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung des Leibesfrucht*, Paderborn 2000

- *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, (trad. Ragués i Vallès), Bogotá 2001.

LILIE, Hans, "Garantenstellung für nahe stehende Personen", *JZ*, 1991, p. 541 y ss.

MARXEN, Klaus, *Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr*, Frankfurt am Main 1979.

MONTENBRUCK, Axel, *Thesen zur Notwehr*, Heidelberg 1983.

NEUMANN, Ulfrid, "Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrechts", en K. LÜDERSSEN (ed.), *Modernes Strafrecht und ultima - ratio - Prinzip*, Frankfurt am Main 1990, p. 225.

- *Zurechnung und "Vorverschulden": Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1985.

PAWLIK, Michael, "Die Notwehr bei Kant und Hegel", *ZStW* (114), 2002, pp. 47 y ss.

- *La realidad de la libertad. Dos estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel*, (trad. Perdomo Torres), Bogotá 2005.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, "Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad", en MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, t. I, Bogotá 2003, pp. 251-270.

- "El concepto de deber jurídico", en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, t.I, Bogotá 2003, pp. 233 y ss.

- *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá 2001.

- *Garantenpflichten aus Vertrautheit*, Berlin 2006.

- *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá 2001.

RENZIKOWSKY, Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal), Madrid 1997.

- "Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts", *ZStW* (93), 1981, pp. 68, 103.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, "Die Begründung der Notwehr", *GA*, 1991, pp. 97 y ss.

- "Über die Wertstruktur der Notwehr", en *R. Honig-FS*, Göttingen 1970, pp. 185 y ss.

SCHUMANN, Heribert, "Zum Notwehrrecht und seinen Schranken (OLG Hamm, NJW 1977, p. 590)", *JuS*, 1979, p. 559.

SPANGENBERG, E. P. J., "Über die Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit", en *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. IV, 4a. parte (1821).

TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, THOMAS, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kurzkomentar*, 52ª ed., München 2004.

WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1980.

WOHLERS, Wolfgang, "Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse", *JZ*, 1999, pp. 434 y ss.

ZACZYK, Rainer, *Aspectos de la fundamentación liberal en el Derecho* (trad. "Sobre la fundamentación en el Derecho" Perdomo Torres), Bogotá 2005.

ZIESCHANG, Frank, "Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen", *Jura*, 2003, pp. 528 y ss.