

*Una propuesta para  
Discutir casos  
de Legítima Defensa*

**Por Paula Valeria Honisch**

Tesina del Máster en Derecho  
Universidad de Palermo

Director: Prof. Dr. Jaime Malamud Goti

## PRESENTACIÓN

Hace poco más de dos años, cuando terminé de cursar el Máster de Derecho en esta Universidad, el Dr. Jaime Malamud Goti me ofreció colaborar en el dictado de un curso sobre justificación y legítima defensa. El proyecto me entusiasmó desde un principio, no sólo porque me daría la posibilidad de discutir y seguir estudiando con quien ha dirigido este trabajo, sino también porque me daría la posibilidad de profundizar un tema que ya entonces consideraba atrapante. .

Mi entusiasmo por investigar los problemas que se presentan en los casos de legítima defensa, surge de la permanente tensión que existe entre el derecho que toda persona posee para defenderse por sus propios medios cuando el Estado no puede protegerla y el derecho de los terceros a no sufrir las consecuencias de esa defensa (a pesar de tener que tolerar el ejercicio de ese derecho). Al tratar de conciliar los intereses del particular que se siente agredido, con los del resto de la sociedad, surgen importantes inconvenientes que no siempre son resueltos de manera justa. De allí mi interés en tratar de hacer algún pequeño aporte para que estos casos puedan solucionarse de manera un poco más justa.

A pesar de las constantes observaciones de mi director, he insistido en dejar plasmado en este trabajo las diversas cuestiones que fui analizando a riesgo de incluir cuestiones redundantes e innecesarias y por qué no de ser aburrida. Mi intención es compartir con el lector el proceso que recorrí para alcanzar las ideas que pretendo introducir con la única misión de fomentar la discusión en torno a la legítima defensa en el derecho penal.

A este proceso le he dedicado mucho tiempo y energía. Ese tiempo ha sido justamente el que le he privado a mi marido, a mi familia y a mis amigos. Sin embargo, ellos siempre me brindaron su apoyo, me escucharon y discutieron conmigo; y por ello, estoy muy agradecida con todos ellos. Así también me siento con Patricia Ziffer por sus sugerencias y su apoyo. Pero además, durante este arduo (y no siempre sencillo) proceso estuve especialmente acompañada por Jaime Malamud Goti. Fue él quien con sus interrogantes, sugerencias y buena predisposición me interesó en este tema, me orientó y ayudó en la realización de este trabajo. Sin la colaboración de todos ellos, jamás hubiera podido llegar hasta esta instancia.

## ÍNDICE

<b>Introducción.</b>	p. I
<b>Capítulo I:</b>	
<b>La justificación de la Legítima defensa y el concepto de agresión ilegítima.</b>	p. 1
I. La legítima defensa.	p. 1
I.A. Justificación de la legítima defensa.	p. 2
I.A.a. Teorías dualistas	p. 2
I.A.b. Posición de Zaffaroni	p. 6
I.A.c. Posición de Malamud Goti	p. 8
I.A.d. Posición de Nino	p. 8
I.B. Los elementos de la legítima defensa.	p. 10
I.B.1. Agresión ilegítima:	p. 11
I.B.1.a. Concepto y tipo de agresión.	p. 11
I.B.1.b. La ilegitimidad de la agresión.	p. 14
1.b.a). ¿Antijuridicidad penal o general?	p. 14
1.b.b). Distintos criterios de "ilegitimidad"	p. 15
I.B.2. La actualidad de la agresión.	p. 20
2.a. ¿a partir de cuándo una agresión es inminente?	p. 21
2.b. ¿hasta cuándo prosigue la agresión?	p. 24
I.B.3. Consecuencias.	p. 26
3.a. Consecuencias de la justificación.	p. 26
3.b. Consecuencias de la ilegitimidad de la agresión.	p. 30
I.B.4. Síntesis.	p. 32
<b>Capítulo II:</b>	
<b>Algunas cuestiones sobre el contenido del injusto penal</b>	
II. A. Introducción.	p. 34
II.B. Contenido del injusto. Diversas teorías. Críticas y problemas.	p. 34
II.B.1. Concepción subjetiva del injusto.	p. 36
II.B.1.a) principales consecuencias dentro de la teoría del delito.	p. 37
II.B.1.b) Perspectiva que guía el análisis.	p. 39
II.B.2. Críticas a la tesis subjetivista.	p. 41
II.B.2.a) críticas a la afirmación de que el resultado depende del azar.	p. 41
II.B.2.b) Críticas a la equiparación del acto tentado con el consumado.	p. 44
II.C. Teoría objetiva.	p. 47
II.C.1. Tesis objetivista pura.	p. 47
II.C.1.a) Postura de Nino.	p. 47
II.C.1.b) Postura de Zaffaroni, Alagia y Slokar.	p. 51
II.C.1.c) consecuencias de la tesis objetivista pura.	p. 52
II.C.2. Teoría clásica o mixta.	p. 53
II.C.2.a) Fundamentos.	p. 53
II.C.2.b) Contenido de los elementos	

subjetivos de la justificación.	p. 55
II.C.2.c) Consecuencias de la ausencia de los elementos subjetivos de justificación.	p. 56
II.C.2.d) Consecuencias de la ausencia de los elementos objetivos de justificación.	p. 57
II.C.2.d).1. aplicación de las reglas del error.	p. 58
a). teoría de los elementos negativos del tipo.	p. 58
b). teoría restringida (o limitada) de la culpabilidad.	p. 59
c). Teoría de la culpabilidad en la remisión a las consecuencias jurídicas.	p. 61
d). teoría estricta de la culpabilidad.	p. 62
e). Síntesis.	p. 63
II.C.3. Críticas a las teorías objetivistas (pura y mixta).	p. 64
II.C.3.I. Críticas a la postura objetivista pura.	p. 64
a). Críticas a la propuesta de Nino.	p. 64
b). Críticas a la propuesta de Zaffaroni.	p. 67
c). Críticas a la teoría objetiva pura por sostener la impunidad de la conducta.	p. 67
d). Críticas desde el razonamiento preventivo al valor que se le otorga al resultado.	p. 68
f). Críticas a la teoría mixta por la solución de la tentativa (inidónea).	p. 69
g). Críticas a la exigencia de elementos subjetivos.	p. 70
h). Críticas a la reacción más intentada que debería tener el Estado ante la producción de un resultado.	p. 71
i). Crítica de Russell Christopher.	p. 71
<b>Capítulo III:</b>	
<b>El estándar de la creencia razonable.</b>	
III. A. Introducción.	p. 76
III.B. La agresión inminente y la necesidad de actuar sobre la base de un pronóstico.	p. 79
III.B.1. Limitación al conocimiento humano.	p. 81
III.B.2. Justificación de la perspectiva <i>ex ante</i> : la norma debe dar un mensaje claro al ciudadano.	p. 83
III.C. Criterios para analizar la corrección del pronóstico.	
El estándar de la persona creencia razonable.	p. 86
a). ¿Estándar objetivo o subjetivo?	p. 86
b). Los modelos de Kevin Jon Sèller.	p. 89
c). La postura mayoritaria.	p. 90
d). La función del estándar.	p. 92
III.D. Algunas consecuencias que se desprenderían de las premisas enunciadas.	p. 93
a). Adopción de la perspectiva <i>ex ante</i> para determinar cuál hubiera sido la conducta objetivamente correcta.	p. 94
b). La conclusión a la que arribe quien examine el caso desde el punto de vista <i>ex ante</i> no se modificará por lo que surja desde un análisis <i>ex post</i> .	p. 94
c). Se valorarán las características y conocimientos del autor.	p. 95
d). Consecuencias de la irrazonabilidad de las creencias del autor.	p. 96

e). Criterio para distribuir y tolerar riesgos.	p. 96
III.E. Este tipo de razonamiento no se contradice con la tendencia actual de la dogmática.	p. 98
III.E.1. Teoría de la imputación objetiva.	p. 98
III.E.2. El deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos imprudentes.	p. 103
III.F.1. Aplicación de este tipo de razonamiento al ámbito de la antijuridicidad.	p. 106
III.F.2. Aplicación del estándar de la persona razonable a los agentes de seguridad.	p. 110
III.G. Similitudes y diferencias con la solución que elabora la doctrina mayoritaria.	p. 111
III.H. Consecuencias de la propuesta formulada. Diferenciación de supuestos.	p. 116
<b>IV. Conclusiones.</b>	p. 122
<b>Bibliografía citada y consultada</b>	p. 132

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta tesina consiste en sentar las bases para trasladar al ámbito de la justificación el mismo tipo de razonamiento que la dogmática moderna emplea en el ámbito de la tipicidad. Me refiero al tipo de razonamiento que ha comenzado a utilizarse a través de la incorporación de criterios de imputación objetiva. Me refiero, en especial, a aquél que establece cómo deben ser valorados los riesgos que las acciones generan. Para ello, tomaré como eje de análisis la legítima defensa y discutiré en profundidad los casos en los cuales quien actúa cree estar defendiéndose de una agresión que no ha existido.

En efecto, los criterios de imputación objetiva fueron elaborados por los teóricos del derecho penal, luego de que éstos se percataran de que el desarrollo de una sociedad exige que sus miembros estén dispuestos a asumir y tolerar la realización de conductas que crean riesgos o aumentan los riesgos existentes. Cada sociedad soporta riesgos de diferente naturaleza y magnitud. El límite de esta tolerancia constituye un punto de equilibrio entre dos valores que están permanentemente en pugna: el de la libertad por un lado y el de seguridad por el otro. De allí, la necesidad de que este equilibrio quede reflejado por el derecho y sea valorado al resolver un caso.

La dogmática es una herramienta para la resolución de casos. Por ello, los dogmáticos entendieron que a través de este instrumento deben valorarse esas decisiones sociales. Para recoger esas valoraciones, han elaborado el siguiente tipo de razonamiento —que hasta ahora sólo se utiliza para establecer la tipicidad de una conducta—: las personas están autorizadas a hacer todo aquello que no les está prohibido. De esta manera, los individuos pueden realizar conductas riesgosas en tanto no superen el límite del riesgo permitido. Las conductas que se encuentren por debajo de ese riesgo no serán desvaloradas por el derecho, pues serán conductas atípicas.

Ahora bien, para establecer si una acción ha superado el margen de riesgo jurídicamente tolerable, los teóricos del derecho penal determinan si a través de esa conducta se ha violado alguna norma positiva que regule esa situación (entendida en sentido general<sup>1</sup>); y cuando no haya una norma positiva, compararán la conducta realizada con la que hubiera ejecutado una *persona razonable* en la situación concreta. Así, sólo cuando el sujeto haya violado alguna norma o haya actuado de manera más

---

<sup>1</sup> Esto es, si mediante la conducta que se analiza se ha violado alguna ley, reglamento o *lex artis*.

riesgosa que una *persona razonable* en su lugar, los dogmáticos afirmarán que ha superado el riesgo permitido. La respuesta afirmativa a la cuestión de la medida del riesgo es condición necesaria para el análisis respecto de si ese riesgo jurídicamente desaprobado fue el que se concretó en el resultado. Sin embargo, cuando no pueda sostenerse que el sujeto ha vulnerado alguna norma o no pueda afirmarse que actuó de manera irrazonable, el análisis de esa conducta concluirá y se afirmará su licitud (su atipicidad).

Aplicar este tipo de razonamiento al ámbito de la justificación —que es el ámbito donde se autoriza, bajo ciertas circunstancias, la realización de conductas prohibidas—, implicará —de acuerdo a la propuesta que haré— que cuando una persona haya actuado invocando la legítima defensa y lo haya hecho sin violar ninguna norma positiva y como lo hubiera hecho una *persona razonable* en esa misma situación, deba concluirse que esa persona no ha superado el margen de riesgo jurídicamente tolerable y que, en consecuencia, ha actuado correctamente: esto es, que ha realizado una acción justificada<sup>2</sup>. Esta afirmación será válida con independencia de que se corrobore con posterioridad la existencia o inexistencia de la agresión de la que pretendió defenderse.

Un suceso puede analizarse desde dos puntos de vista: desde una perspectiva *ex ante* y desde una *ex post*. Cuando se analiza un caso desde el primer punto de vista, quien deba resolverlo se pondrá en el lugar del autor y valorará los elementos que fueron considerados por el sujeto para tomar la decisión de actuar. En cambio, cuando se apele a la perspectiva *ex post*, se analizará el suceso por fuera de la cabeza del autor, valorando sólo las consecuencias que en el mundo exterior dicho acto ha generado<sup>3</sup>.

En función del contenido que se le atribuya al injusto, se analizará el caso tomando en cuenta una sola de estas perspectivas o las dos. La doctrina mayoritaria (que adhiere a los postulados de la teoría mixta) suele analizar los casos adoptando los dos puntos de vista. Ello, en la medida en que desde la perspectiva *ex ante* se analizan las creencias del autor y desde el punto de vista *ex post*, lo que realmente ha sucedido más allá de él. De allí, que sus seguidores concluyan que, cuando desde un punto de

---

<sup>2</sup> Cómo explicaré en este trabajo, aplicar al ámbito de la justificación un razonamiento similar al que se utiliza en la tipicidad, no implicará una modificación al juicio de tipicidad. Pues, como sostiene la doctrina mayoritaria, sólo cuando se establezca la tipicidad de una conducta resultará necesario analizar si ella es además antijurídica. La respuesta a esta segunda cuestión no modificará la conclusión a la que se ha arribado en el peldaño de la tipicidad. Al aplicar el razonamiento que aquí propongo, tampoco se modificarán estas cuestiones.

impone a quien la padece el deber de tolerar. Es decir, le conceden a quien la invoca un derecho en sentido fuerte, pues entienden, que es una acción deseable.

En el segundo capítulo, trataré las dos grandes corrientes de opinión que guían la discusión dogmática en torno a cuál debe ser el contenido del injusto. Debo introducirme en esta cuestión, pues es allí (en el injusto) donde resulta factible situar un hecho (prohibido de manera general en el ámbito de la tipicidad) dentro de un contexto social determinado y establecer en consecuencia, cuál era la conducta que (en definitiva) debía realizarse.

Por esta razón, allí analizaré por un lado, la postura subjetivista —que es aquella que entiende que el contenido de la antijuridicidad se agota en las creencias del autor—, y por el otro, la postura objetivista, en su estado “puro” —que sostiene que el contenido del injusto debe determinarse objetivamente, esto es, sobre lo que ocurre en la realidad con absoluta independencia de las creencias de autor—, y en su versión más moderada —que es aquella que exige que concurren los elementos previstos en ambas posiciones—, que es aquella posición que adoptaré.

Al analizar estas posiciones, en primer lugar, señalaré los presupuestos de los que parten quienes adhieren a cada una de estas posturas, la perspectiva de análisis que adoptan para analizar un caso en función de las premisas en que fundamenta su enfoque y las consecuencias que derivarán de la falta de alguno de los elementos (objetivos o subjetivos) de la justificación. En segundo término, mencionaré algunas de las principales críticas que se le formulan a cada una de estas posturas y señalaré algunas de sus inconsistencias.

En el tercer y último capítulo de esta tesina, partiré de las premisas de la teoría mixta para comenzar<sup>4</sup> a esbozar una manera de razonar sobre cuestiones de la antijuridicidad —aplicable para resolver casos de legítima defensa— y demostraré, tomando estos casos como ejemplo, que el razonamiento que propongo no es incompatible con la tendencia actual.

Básicamente, sostendré que en la medida en que se ha autorizado al sujeto a actuar en legítima defensa cuando “crea” que será víctima de manera inminente de una agresión ilegítima —es decir, se le permite actuar sobre la base de lo que crea que sucederá; esto es, sobre la base de un pronóstico—; quien deba darle al caso una solución, tendrá que examinar los hechos ubicándose en la misma situación en la que

---

<sup>4</sup> Digo “comenzar” pues a través de este trabajo sólo plantearé la necesidad de transitar el camino que propongo.

se encontraba el sujeto al momento de tomar la decisión de actuar. Para ello, quien analice el caso, deberá hacerlo desde una perspectiva *ex ante*. Al posicionarse en ese lugar, estará obligado a considerar que el conocimiento del ser humano está sujeto a limitaciones, que en estos casos (de legítima defensa), el sujeto está autorizado precisamente a actuar en base de lo que cree que ocurrirá y que la percepción de la realidad está condicionada por las características de quien la percibe.

Por lo tanto, quien deba resolver el caso, tendrá que analizar si esas creencias fueron razonables y en consecuencia si ese pronóstico fue correctamente elaborado. Comprobar si el pronóstico fue correctamente elaborado —de acuerdo a la propuesta que esbozaré— será la cuestión principal para establecer si el sujeto actuó en legítima defensa. Para determinarlo, debería compararse la conducta concreta realizada por un sujeto con determinadas características con la que hubiera hecho una persona cuidadosa y respetuosa de los demás, con características similares al autor, en ese mismo caso concreto. En otras palabras, deberá cotejarse la conducta del sujeto con la que hubiera realizado una *persona razonable*. Aunque excede el objetivo de este trabajo establecer el contenido del estándar de la *persona razonable*, señalaré que a través de él, se intenta objetivizar las creencias del autor y mencionaré algunas formas para llenar de contenido a ese estándar.

De esta manera, el estándar de la *persona razonable* desempeñará en el ámbito de la antijuridicidad la misma una función regulatoria, análoga a aquella que el riesgo permitido cumple en el ámbito de la tipicidad. Así, cuando pueda sostenerse desde un punto de vista *ex ante* que el sujeto ha actuado como lo hubiera hecho una persona razonable, el riesgo que esa conducta genere deberá ser tolerado y en consecuencia, deberá sostenerse que el sujeto ha actuado en legítima defensa. La información que surja desde el punto de vista *ex post*, no modificará en absoluto esta afirmación. Este tópico será de utilidad para establecer cuáles serán las consecuencias que se derivarán de esa afirmación y resultará de utilidad para demostrar la necesidad de repensar las consecuencias de un conducta justificada.

Contrariamente a lo que propongo, cuando desde un punto de vista *ex post* no se corrobore la existencia de la agresión, la doctrina mayoritaria, como he adelantado, entenderá que sólo ha habido una legítima defensa putativa y que el sujeto ha errado. A pesar de que ellos arriben a consecuencias desincriminantes, cuestionaré el razonamiento que hacen, principalmente, porque contradice el tipo de razonamiento

que aplican para establecer la tipicidad de una conducta y porque entienden que el sujeto ha actuado equivocadamente cuando no lo hecho.

De acuerdo a la propuesta que aquí haré, sólo cuando la conducta que realizó el sujeto sea diferente a la que hubiera realizado una persona razonable, entenderé que el sujeto se ha equivocado y en consecuencia, aceptaré que se recurra a las reglas del error para resolver ese caso. Asimismo, señalaré que esta propuesta es compatible con la teoría mixta, pues a partir de ella también se exige que concurren los elementos objetivos de la justificación, nada más que se reformulará el carácter (la naturaleza) de la objetividad propia de la justificación.

## **CAPÍTULO I:**

### **LA JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL CONCEPTO DE AGRESIÓN ILEGÍTIMA.**

#### ***I. LA LEGÍTIMA DEFENSA.***

Es razonable sostener que la legítima defensa es una de las causas de justificación reconocidas desde un principio por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Incluso, podría afirmarse que la facultad moral de defenderse frente a ataques ilegítimos ha servido como punto de partida para justificar la formación del propio Estado<sup>1</sup>. A pesar de su amplio reconocimiento se han elaborado diversas teorías tendientes a fundamentar la legítima defensa como una causa de justificación. Estas teorías también han estado orientadas a fundamentar la incorporación legal de las restantes causas de justificación.

Las causas de justificación son permisos que se le otorgan a los ciudadanos para que en determinadas situaciones puedan realizar conductas típicas. Estos permisos son herramientas prevista por el propio sistema para que éste se encuentre en condiciones de resolver las situaciones conflictivas que se presenten. Conocer el motivo por el cual se incorpora al ordenamiento jurídico un permiso resultará de utilidad para quien deba analizar y el resolver el caso, pues al advertir el motivo podrá orientar la solución del caso hacia los fines que fundamentaron la incorporación de esa eximente<sup>2</sup>.

En otras palabras, la razón o razones que fundamentan una causa de justificación es (o al menos debería ser) una guía orientadora para resolver casos concretos. Las razones funcionarán como guía en la medida en que, a quien deba resolver el caso, le dará la posibilidad de confrontar si la solución a la que pretende arribar es una que se adecua al objetivo político criminal que motivó la incorporación

---

<sup>1</sup> Las tesis contractualistas inglesas más conocidas parten de la idea general de que el Estado está llamado a suplir la noción del ejercicio de la defensa (o “resistencia”) contra los enemigos (y que son, potencialmente todos), cf. Hobbes, Thomas, *Leviathan*, 1963, Meridian Books, especialmente p. 47; John Locke extiende la justificación del Estado para suplir el derecho a defenderse de agresiones que amenazan derechos individuales (a la “invasión de otros” y a castigar estas invasiones, cf. *The Second Treatise on Civil Government*, 1986, Prometheus Books, p. 69.

<sup>2</sup> Y al hacerlo le dará al caso una solución político criminalmente correcta. En efecto, conocer la razón que justifica la incorporación de una causa de justificación le permitirá al juzgador tener criterios para determinar, por ejemplo, cuáles son los bienes jurídicos que pueden ser defendidos, qué consecuencias

de esa causa de justificación. A este tipo de razonamiento hace referencia Roxin cuando afirma que la dogmática es una herramienta teleológica que permitirá que sean tenidas en cuenta las consecuencias político criminales de la aplicación del sistema<sup>3</sup>. A su vez, los principios axiológicos que fundamentan la legítima defensa como causa de justificación, resultarán de utilidad para decidir cuándo concurre esta eximente y cómo deben ser interpretados los requisitos exigidos por el legislador. Es por ello, mencionaré algunas teorías elaboradas puntualmente para explicar la incorporación legal de la legítima defensa.

### I.A. JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Resulta aquí interesante lo que sostiene Jakobs, en cuanto a que “*el derecho a la legítima defensa legitima la violencia privada y por ello es dependiente en su configuración de los modelos políticos acerca de la relación entre el Estado y los ciudadanos*”<sup>4</sup>.

Hecha esta aclaración a la que adhiero, describiré algunas de las tantas teorías que los dogmáticos han elaborado. Varios son los autores que han sostenido que la legítima defensa se justifica en la premisa que “*el derecho no tiene que ceder ante lo injusto*”<sup>5</sup>.

Sin embargo, como señala Nino, esta afirmación resulta ser una fórmula vacua, ya que presupone precisamente lo que pretende probar: que la defensa contra una agresión antijurídica es legítima. En efecto, “*esta fórmula no justifica nada, puesto que*

---

debería generar la falta de algún requisito típico; cómo debe ser interpretado el requisito de la inminencia, de la racionalidad, etc.

<sup>3</sup> Cf. Roxin *Derecho penal ...*, ps. 217 y ss. Sobre este tema ver artículo de Alberto Bovino y Christian Courtis, *Por una dogmática conscientemente política*.

<sup>4</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 457. Como se verá en el último capítulo de este trabajo, la concepción del Estado que se adopte es una cuestión que deberá ser necesariamente tenida en cuenta, ya que a la luz de ella se resolverán las diversas cuestiones que plantea la legítima defensa. Por otra parte, cabe señalar que Jakobs es uno de los autores que ha sistematizado las diversas causas de justificación y ha elaborado diversos criterios, que resultan de utilidad, para justificar las diversas causas de justificación. A su criterio, la legítima defensa sería una causa de justificación que respondería a lo que el denomina “*principio de responsabilidad* (o del “*ocasionamiento*”)”. Ella se caracterizaría, en palabras del propio autor, por ser la consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención; a quien se la hará responsable por lo que genere. El “*motivo bien fundado*” para que el comportamiento resulte justificado residiría en que la víctima de la intervención debe responder por las consecuencias de su comportamiento. Es por ello, que Jakobs, en estos casos exige que ese comportamiento, por el que se la hará responder, haya existido realmente. Pues de lo contrario se la haría responsable de algo que ella no ha generado. De allí que afirme que cuando no exista efectivamente la conexión faltará el motivo para obligar a la víctima de la intervención a soportar una reacción agresiva que presuponga su responsabilidad, cf. *Derecho Penal...*, ps. 420 y ss. Por otra parte, cabe señalar que Baldó Lavilla se enrollan en una línea muy similar a la que elabora Jakobs, cf. *Estado de necesidad...*, ps. 45 y ss.

<sup>5</sup> Cf., entre otros, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, ps. 301 y ss.

presupone que la defensa contra una agresión es legítima, que el derecho “está del lado” del que se defiende y que, por lo tanto, si éste quedara impune, el derecho “cederá” frente a la agresión. Un hipotético defensor de la tesis de que toda acción defensiva es ilícita podría usar la misma fórmula para expresar su posición: como una acción es ilegítima si afecta a bienes que están jurídicamente protegidos aun cuando sean los de un agresor, el derecho no tiene por qué ceder ante el injusto, doblegándose frente a una de tales acciones, por más que esté impulsada por motivos de defensa; sólo a los órganos jurídicos les incumbe emprender legítimamente acciones defensivas”<sup>6</sup>.

I.A.a. Sin hacerse cargo de esta crítica, muchos dogmáticos continúan elaborando una teoría de justificación que toma, de alguna manera, esa frase como premisa. En esta línea, formulan una teoría que podría ser denominada *dualista*<sup>7</sup>. Muchos son los autores que se enrolan en esta línea<sup>8</sup> entre ellos cabe mencionar al menos a Jescheck y a Roxin.

El primero de estos autores concibe a la legítima defensa como una autorización al ciudadano particular para defender al “derecho” contra el injusto. Este permiso encontraría su fundamento desde dos ópticas diferentes: por un lado, se justificaría desde un punto de vista, que Jescheck denomina, *jurídico individual* (que se relaciona con la facultad que se le otorga al individuo para autoprotgerse) y por el otro, desde uno *jurídico social* (que hace referencia al hecho de que la acción defensiva ratificaría la vigencia de la norma)<sup>9</sup>.

Quienes adhieren a esta doble fundamentación, para considerar justificada la acción exigen que se den conjuntamente los presupuestos que responden a cada una de estas dos ópticas. Veamos cómo funciona.

<sup>6</sup> Cf. Nino, *La legítima defensa*, p. 26.

<sup>7</sup> Así las denomina al menos Baldó Lavilla, *Estado de necesidad...*, p. 80.

<sup>8</sup> Bacigalupo afirma que el fundamento de la defensa necesaria se ve en el principio según el cual “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito”; “no sólo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal”, cf. *Principios de Derecho...*, ps. 257 y ss; en sentido similar, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 151; Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 139. Por otra parte, en esta misma línea de justificación también cabría mencionar a Robinson, quien afirma que la legítima defensa no sólo es justificable porque permite al agredido proteger sus derechos sino también porque el derecho a ejercitar la violencia defensiva comporta una condena a la agresión ilegítima y es una forma de disuadir estas conductas en forma general Ver Paul H. Robinson, “*Competing Theories of Justification*” en Harm and Culpability, Ed. A.P. Simester y A.T.H. Smith, Oxford University Press 1996, p. 46. citado por Malamud Goti, *Legítima Defensa: Crítica a la Noción...*

<sup>9</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 302; Roxin, *Derecho penal ...*, ps. 608 y ss.; Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, ps. 61 y ss.

a). Para los dualistas, desde la primera de las ópticas, la legítima defensa funcionaría como un medio para la protección individual que le concede al particular (al ciudadano) un “*derecho protector*”<sup>10</sup>. Así, los dogmáticos han calificado a este derecho como “*el derecho que por naturaleza le corresponde a cada uno para autoafirmarse mediante la defensa de la propia persona contra la agresión antijurídica de otro*”; y han dicho que ese fue el motivo por el cual en la antigüedad se consideró a la legítima defensa como un derecho originario del hombre sin que se exijan ulteriores fundamentos<sup>11</sup>.

Pero como se trata de un permiso para defenderse, los dualistas exigen para ingresar dentro del ámbito de la justificación que el sujeto se encuentre en una situación en la cual deba precisamente defenderse de una agresión. Por este motivo requieren que la acción defensiva típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica.

Además, resulta lógico que los autores que entienden que el fin de la acción defensiva es la autoafirmación del individuo, también sostengan que no son susceptibles de protección bajo el amparo de esta eximente los bienes jurídicos de la comunidad —ya que “*la comunidad no es un individuo*”, salvo que al mismo tiempo la lesión a bienes jurídicos de la comunidad implique una lesión a derechos individuales—<sup>12</sup>; que afirmen que sólo se pueda ejercer el derecho de defender a un tercero en la medida en que el tercero (agredido) quiera ser defendido; que algunos entiendan que contra una tentativa inidónea (aunque sea punible) no quepa legítima defensa pues mediante esa acción no se pone un peligro ningún bien jurídico individual<sup>13</sup>; y que al atacado no se le exija (siempre) que eluda la confrontación<sup>14</sup>.

b). Por otra parte, desde el segundo punto de vista, la legítima defensa funcionaría como un medio de prevención y de estabilización del sistema. Ello, en la medida en que los dualistas entienden que la autodefensa del atacado, en los casos donde no resulte posible contar con el auxilio de la autoridad, salvaguardará a la vez el orden pacífico general<sup>15</sup>. Es decir, sostienen que la facultad que le otorgan al

<sup>10</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal* ..., p. 608.

<sup>11</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*..., p. 302.

<sup>12</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal* ..., p. 608; Jakobs, *Derecho Penal*..., ps. 458 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*..., p. 305.

<sup>13</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal* ..., p. 612.

<sup>14</sup> Cf. Jescheck quien sostiene que esta es la faceta de la legítima defensa que prevalece y que ello se evidencia en la medida en que “*que sólo puede ejercerse legítima defensa en defensa de bienes jurídicos individuales y no para proteger el ordenamiento jurídico*”, *Tratado de Derecho Penal*..., ps. 302 y ss.

<sup>15</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*..., p. 302.

ciudadano no sólo tiene como finalidad que éste pueda protegerse a sí mismo, sino que a través de ella (acción defensiva) también se cumpla con un fin de prevención general. Esto último sucedería en la medida en que a través de la acción defensiva se emitiría el mensaje de que se considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales; incluso en caso de ausencia de los órganos estatales competentes para realizar la defensa<sup>16</sup>.

El fin de prevención general que persiguen a través de este permiso sería tanto de prevención general negativa como positiva: a) negativa en la medida en que entienden que la facultad que se le otorga al sujeto intimidará a posibles agresores frente a la posibilidad de realizar un injusto, ya que toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico; y b) positiva en la medida en que al mismo tiempo estabiliza el sistema, esto es, emite el mensaje de que la norma tiene vigencia dentro del ordenamiento jurídico<sup>17</sup>.

El contenido de la faceta jurídico social explicaría, entre otras cosas, las restricciones que se imponen normativamente al ejercicio de la legítima defensa cuando desaparece el interés en la afirmación del derecho (por ejemplo ante agresiones cometidas por niños o por inimputables); que se exija cierta proporción entre los bienes jurídicos que se ponen en juego, y en la imposición del deber de defenderse del modo menos gravoso<sup>18</sup>.

Algunos teóricos como Baldo Lavilla, con relación al aspecto individualista — que alude a la necesidad de protección de intereses individuales—, han señalado críticamente que no constituye un fundamento específico de la legítima defensa. Por el contrario, se trata de uno común a toda situación de necesidad individual más que de uno privativo de esta eximente. Por sí sólo dicho argumento se limita a brindar razones que legitiman la facultad de salvaguarda a favor del sujeto necesitado, pero no explica la razón por la cual dentro de este ámbito el defensor goza de mayores facultades que en otras situaciones de necesidad. Esto último ocurriría en la medida en que dentro del ámbito de la legítima defensa quien se defiende no debe estar atado a la mera ponderación de intereses<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, ps. 608 y ss.

<sup>17</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, ps. 608 y ss.

<sup>18</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 303; en igual sentido, Maurach– Zipf, *Derecho Penal...*, p. 439.

<sup>19</sup> Cf. Baldo Lavilla, *Estado de Necesidad...*, ps. 81 y ss.

Sin embargo, al considerar las dos facetas de manera conjunta, podría sostenerse que este último cuestionamiento quedaría saldado en la medida en que ese plus (falta de proporcionalidad) podría legitimarse a través del argumento de la afirmación del derecho.

No obstante, este tipo de argumentación —que hace referencia a la faceta jurídico social— también ha sido fuertemente cuestionada, en especial por Nino. Este autor sostiene que las formulaciones que señalan que el fundamento de la legítima defensa es “*la protección de bienes jurídicos*”, “*la preservación de la vigencia del orden jurídico*”, “*la afirmación del derecho frente a la agresión injusta*”, deben estar acompañadas de consideraciones adicionales que demuestren la razón por la cual la defensa contra una agresión tiene tales efectos.

Sin estas consideraciones adicionales, afirma Nino “*no se ve claro por qué la protección del orden jurídico o de los bienes jurídicos no exige la solución severa de penar al que infringe el orden jurídico lesionando bienes que éste protege, aun cuando lo haga para impedir que otro ejecute una acción análoga*”<sup>20</sup>. Asimismo, señala que estas afirmaciones carecen de sentido en la medida en que “*si se diera el caso de que el derecho admitiese la legítima defensa, entonces una acción defensiva no afectaría a la vigencia del derecho; si en cambio, el derecho no admitiera la legítima defensa, una acción de este tipo sí afectaría a la vigencia del sistema; la afirmación de que el derecho se defiende por medio de una solución que él mismo prevee es compatible con cualquier estado de cosas, por lo que carece de contenido alguno*”<sup>21</sup>.

I.A.b. No obstante, no resultaría desacertado afirmar que esta línea de argumentación dual es la que goza de mayor consenso (sobre todo entre los dogmáticos jurídico penales). Además de éstos, se han elaborado otros criterios de fundamentación que también resultan interesantes.

En este sentido, cabe mencionar a Zaffaroni, Alagia y Slokar quienes, sin cuestionar directamente el tipo de razonamiento recientemente descrito, justifican la eximente desde otro punto de vista. Estos autores señalan que la gran mayoría de los autores omiten abordar el debate entre el “*objetivismo*” y el “*subjetivismo*”. Dado que estas posturas enfatiza cuestiones diferentes, estos autores entienden que ellas deberían discutirse antes de elaborar una teoría de la justificación.

---

<sup>20</sup> Sobre todo cuando la defensa puede ser más gravosa y se materializará efectivamente, mientras que la agresión podría ser sólo una probabilidad.

<sup>21</sup> Cf. Nino, *La legítima defensa*, ps. 26 y ss..

En esta línea, señalan que habrían dos pilares opuestos de justificación: el *objetivismo* y el *subjetivismo*. El fundamento del primer pilar estaría dado por una concepción social o colectiva, conforme a la cual la legitimidad de la defensa se derivaría de su (primordial) función defensiva del derecho objetivo. En consecuencia, a través de esta eximente se legitimaría la defensa del orden en sí mismo. Esta concepción llevada a su extremo podría llegar a equiparar la legítima defensa con la pena, e incluso a instaurarla como un deber. Además, de adoptarse esta postura se restringiría el ámbito de aplicación de la legítima defensa, y se exigiría cada vez más la equivalencia entre el mal que se causa y el que se evita, aproximando el ámbito de aplicación de esta eximente al del estado de necesidad justificante, minimizando con ello la relevancia de la antijuridicidad de la agresión<sup>22</sup>.

Al pilar opuesto, que denominan *subjetivista*, estos autores le atribuyen un origen contractualista. De allí que sostengan que cuando el derecho no puede acudir en defensa de los derechos naturales del individuo, cesa el deber de obediencia que cada individuo tiene para con él; porque si el Estado no puede tutelar al individuo, tampoco puede exigirle a éste obediencia.

Desde esta visión, resultará prioritario el derecho subjetivo injustamente agredido y se legitimará la mera defensa de bienes jurídicos y no la defensa del derecho, en el sentido de orden objetivo. Esta concepción llevada al extremo, podría generar que la magnitud del daño que se infiera en la defensa resulte irrelevante, ya que el único límite estaría dado por la necesidad (y no por la ley)<sup>23</sup>.

Sobre esta base, Zaffaroni, Alagia y Slokar califican a la línea de argumentación seguida por Roxin y Jescheck entre otros, como una que parte de un fundamento subjetivista pero que posee un objetivo político criminal; ya que la defensa ejercida por el particular cumpliría también una función de prevención general, lo que permitiría trasladar límites de la pena a la legítima defensa<sup>24</sup>.

A pesar de que estos autores pregonan la necesidad de discutir estas cuestiones y que controvierten a quienes no lo han hecho, cabe señalar que tampoco ellos han entrado de lleno a esta discusión de manera previa a esbozar los fundamentos que a su entender justifican la legítima defensa. Por el contrario, se limitan a afirmar que esta eximente es subsidiaria y en consecuencia, sostienen que sólo puede ser ejercida la

---

<sup>22</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 581.

<sup>23</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 582.

<sup>24</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 582.

defensa de manera legítima cuando al sujeto no le sea posible apelar a los órganos o a los medios establecidos jurídicamente para la defensa. Así, el fundamento de la legítima defensa estaría conformado por el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el Estado no pueda proporcionarla en el caso concreto de modo no sensiblemente inferior al que él mismo (el ciudadano) podría obtener con su defensa. Los límites a su ejercicio, estarían impuestos sólo por la necesidad y por la racionalidad<sup>25</sup>.

I.A.c. Por otra parte, cabe mencionar la posición de Malamud Goti, quien parte de la premisa de que nadie está obligado a tolerar lo injusto cuando la acción en cuestión amenaza un derecho sustantivo. En función de ello, ha sostenido que la legítima defensa es una facultad que se le concede al ciudadano para volver al estado de cosas conforme a derecho<sup>26</sup>. Por ello sostiene que en la legítima defensa el valor positivo se extrae del interés de que quien no haya provocado el ataque mantenga incólume un derecho amenazado.

Contrariamente a lo que hacen los teóricos mencionados, él enfatiza la necesidad de que alguien de una razón para modificar el estado de cosas y no una para justificar la facultad de realizar una acción para mantenerse en la situación legítima en la que uno se encontraba y que alguien pretendió modificar sin que exista una razón para hacerlo.

I.A.d. Por último, vale la pena mencionar la fundamentación compleja que elabora Nino. Este autor toma en cuenta los diversos criterios de justificación esgrimidos y los articula entre sí. Para ello, parte de la idea de que todo derecho sobre un bien incluye el privilegio (que significa “*la ausencia del deber de abstenerse*”) de defenderlo privadamente contra ataques que lo pongan en peligro<sup>27</sup>; aunque señala que no todos los derechos tienen la misma protección. Sólo cuando se trate de la defensa de derechos inherentes a la persona —en el sentido de que son esenciales para la elección y realización de planes de vida—, que una vez lesionados no podrían ser reparados, sería admisible que mediante la acción defensiva se superen los intereses del individuo

<sup>25</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 582.

<sup>26</sup> Cf. Malamud Goti, *Legítima defensa...*, ps. 29 y ss.

<sup>27</sup> Cf. Nino, *La legítima defensa*, p. 62. En este sentido, ha dicho que “*si se reconoce que los individuos gozan de ciertos derechos básicos que no están sometidos a consideraciones relativas al bienestar colectivo, ese reconocimiento en muchos casos se frustraría si no se concede la libertad o el privilegio (o sea la ausencia del deber de abstenerse) de defender por sí mismo los bienes que son objeto de tales derechos, aun a costa de afectar a intereses más valiosos y de perjudicar de ese modo, al bienestar social*”.

o de la comunidad, causándose más daño que el que la acción defensiva pretendía evitar<sup>28</sup>.

Luego, a este razonamiento base incorpora diversos principios, como:

- 1) el carácter de primario o secundario de los bienes que se pretende preservar;
  - 2) la posibilidad de restablecer los bienes primarios en peligro por medios diferentes de la acción defensiva;
  - 3) el valor de los bienes que están en juego (de los que se defienden y de los que resulta necesario lesionar);
  - 4) la responsabilidad del agresor (si ha emprendido el ataque voluntariamente y con conciencia de sus consecuencias normativas);
  - 5) si en los casos donde el agresor es responsable y causa un daño mayor con su agresión, ese plus dañoso podría ser compensado por los beneficios del efecto disuasorio de permitir tales acciones defensivas;
  - 6) cómo ha sido realizada la acción defensiva (esto es, si fue voluntaria o no);
- etc.

De la combinación de estos principios para Nino surgirían tres clases de acciones defensivas. a) La primera, que denomina *defensa extrema*, abarcaría aquellos casos donde los bienes primarios no reparables del agredido son los que están en juego. Esta situación legitimaría que se dañe cualquier bien cuya lesión resulte necesaria para salvaguardar esos bienes primarios. b) Denomina al segundo supuesto *defensa socialmente útil*. Este se caracterizaría por el hecho de que el daño que se causa con la defensa debe ser uno menor que el que amenaza provocar la agresión. Ello como consecuencia de que no estarían en juego bienes primarios irreparables y de que de esta manera se minimizará el daño para el conjunto de la sociedad. c) El tercer y último supuesto, que llama *defensa punitiva*, se justificaría, al igual que la pena, porque hubo una aceptación por parte del destinatario a perder la inmunidad contra ataques a sus bienes que sean necesarios para contener la agresión (que él realizó), siempre y cuando ese tipo de acciones defensivas sean socialmente útiles. Para determinar si se trata de una acción socialmente útil no sólo se tomará en cuenta la comparación de bienes involucrados, sino también la eficacia de la acción defensiva para prevenir agresiones similares<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cf. Nino, *La legítima defensa*, p. 65.

<sup>29</sup> Cf. Nino, *La legítima defensa*, ps. 76 y ss.

Con posterioridad, cuando Nino establece el contenido de cada uno de los requisitos de la legítima defensa, hace referencia a los criterios que ha utilizado para justificar esta eximente. De allí, que analizar el contenido que él propone resulte tan complejo como la justificación que ha construido.

I.A.2. En síntesis, identificar el fundamento de esta causa de justificación es importante, ya que será una herramienta para decidir —de acuerdo con las consecuencias político criminales que de allí se desprendan— cómo se interpretarán los requisitos que deberán concurrir a fin de justificar una acción típica ejercida en legítima defensa, y para determinar qué debería suceder en aquellos casos donde falte alguno de ellos.

A continuación se observará que las decisiones que los dogmáticos toman —en cuanto al contenido de cada uno de los elementos de esta eximente— suelen ser coherentes con el punto de partida que han adoptado para justificar a la legítima defensa como causa de exclusión del ilícito. Lograr esta coherencia es fundamental, pues evitará que las decisiones puedan ser calificadas de arbitrarias en la medida en que resultará posible predecir las consecuencias.

### ***I.B. LOS ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.***

En nuestro ordenamiento jurídico, la legítima defensa ha sido recogida a través del artículo 34 del Código Penal, que establece que no es punible: 6) *“El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”*<sup>30</sup>.

Es decir, para que una persona realice una acción típica de manera justificada bajo la legítima defensa, deberían estar presentes los tres requisitos que exige la norma; esto es, que quien se defiende no haya *“provocado suficientemente”* la

<sup>30</sup> A su vez, el artículo continúa diciendo que *“Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia”* y en el inciso 7 se establece que *“El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”*. A través de esto último inciso el legislador ha tipificado expresamente la defensa a favor de terceros y el primer de los supuestos establece una presunción de legítima defensa. Sobre los antecedentes de la norma, ver artículo de Rivacoba y Rivacoba en Código Penal y normas complementarias..., ps. 712 y ss.

“agresión ilegítima” que pretende “impedir o repeler” a través de un medio “necesario” y “racional”.

Como consecuencia de que cada uno de los requisitos mencionados es absolutamente normativo y de que a través de esta causa de justificación se busca alcanzar determinados objetivos político-criminales, existen infinidad de discusiones tendientes a determinar el contenido de cada uno de ellos.

Dada la amplitud y complejidad de dichas elaboraciones, y dado que gran parte de dichos debates no se vinculan directamente con el objeto del presente trabajo, sólo abordaré algunas de las discusiones que se han concebido en torno al requisito de la “agresión ilegítima”.

He hecho esta elección pues las cuestiones vinculadas a este elemento resultarán de utilidad a fin de demostrar que la forma de razonar en el ámbito de la justificación que intentaré proponer no resulta incompatible con las elaboraciones hasta el momento realizadas. Esta compatibilidad podrá observarse, en especial, a partir de las cuestiones vinculadas al requisito de la inminencia de la agresión.

Por ese motivo a continuación abordaré temas como: ante qué tipo de agresiones es posible defenderse legítimamente; qué grado de ilegitimidad debe tener esa agresión que será impedida o repelida; y a partir de qué momento y hasta cuándo será legítimo reaccionar contra esa acción que constituye una agresión ilegítima.

Además deseo aclarar que no tomaré partido por ninguna de las interpretaciones que mencionaré. Al menos, no a esta altura de la tesina. El objetivo será introducir al lector en estas cuestiones, para luego retomarlas en el último capítulo de este trabajo.

### **I.B.1. Agresión ilegítima:**

#### ***I.B.1.a. Concepto y tipo de agresión.***

Se han esbozado diversas definiciones acerca de lo que debe entenderse como “agresión”. Entre otras, se ha sostenido que ella es “*toda lesión o puesta en peligro, por parte de una persona, de un interés del autor o de otro, protegido por el ordenamiento jurídico*”<sup>31</sup>; que es la amenaza a un bien jurídico realizada a través de una conducta humana<sup>32</sup>; que es “*la amenaza proveniente de una acción humana con*

---

<sup>31</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 303.

<sup>32</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 611.

respecto a un bien jurídicamente protegido”<sup>33</sup>; que es “la acción de puesta en peligro de algún bien jurídico”<sup>34</sup>; y también que es aquel “comportamiento humano que crea un peligro que ex ante es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo ajeno. Todo comportamiento humano que origina un peligro para una esfera organizativa ajena, en especial los intereses adscriptos a una esfera organizativa ajena en orden a posibilitar su desarrollo”<sup>35</sup>.

Como denominador común de las diversas definiciones mencionadas, surge la exigencia de que se trate de una “conducta humana”. Para que sea posible hablar de una “conducta” el comportamiento del agresor al menos debe poseer la cualidad de “acción”<sup>36</sup>. De allí que se sostenga que no sería legítimo defenderse —dentro de los límites de esta eximente— cuando una persona se encuentre en peligro por “no-acciones”<sup>37</sup> o por ataques de animales —ello como consecuencia de que los animales no son destinatarios de normas—<sup>38</sup>. Esta afirmación no implica vedarles la posibilidad de actuar a quienes se encuentren en una situación de peligro que responda a estas características; ya que podrán hacerlo, pero siguiendo las reglas del estado de necesidad. Esta última causa de justificación, entre otras cosas, pone más énfasis en la proporcionalidad que debe existir entre los bienes que están en juego<sup>39</sup>.

A su vez, están quienes sostienen que tampoco cabe la legítima defensa ante “agresiones” realizadas por personas jurídicas; ya que entienden que las personas jurídicas no son asequibles a la eficacia preventivo general y por tanto, no se haría prevalecer el derecho a través del rechazo de este tipo de agresiones. Aunque

<sup>33</sup> Cf. Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 140. En sentido similar, Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p. 258.

<sup>34</sup> Cf. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 140.

<sup>35</sup> Como es posible observar Baldó Lavilla al definir ya el término agresión apela a la concepción de sociedad que ha descrito al explicar el fundamento de las causas de justificación y de la legítima defensa en particular. Por otra parte, también Jakobs desde un comienzo sostiene que faltará el ataque antijurídico cuando el comportamiento del agresor no sea imputable enteramente, esto es, como no sea culpable (cf. *Derecho penal ...*, p. 464). Entre otras definiciones, ver también la que propone Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p. 258.

<sup>36</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 303.

<sup>37</sup> Esto sucederá cuando una persona se vea en peligro en supuestos de falta de acción por parte de la otra persona que supuestamente lo agrede, cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 612.

<sup>38</sup> Salvo que el animal sea utilizado como instrumento de una persona que quiere agredir a otra, pues en este supuesto se podrá lastimar o matar al animal en legítima defensa ya que se estaría destruyendo un medio agresivo. Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 590, Roxin, *Derecho penal ...*, p. 611; Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, ps. 316 y 329 y ss.; Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 458 y ss.

<sup>39</sup> Cf. entre otros, Roxin, *Derecho penal ...*, p. 611.

reconocen que sería factible ejercer legítima defensa contra los órganos humanos de la persona jurídica cuando actúen antijurídicamente<sup>40</sup>.

Los dogmáticos continúan el razonamiento preguntándose cómo debe ser esa acción para que pueda ser calificada como una “agresión”. Sobre este punto nuevamente nos encontramos con diversas posturas; ninguna de las cuales goza de consenso generalizado. En este sentido, se ha intentado dilucidar, si debe tratarse de una acción o si por el contrario, también uno podría defenderse de una omisión<sup>41</sup>. Asimismo, se analiza si debe tratarse de una conducta final (dolosa) o si también puede darse una situación de legítima defensa ante una conducta imprudente<sup>42</sup>. Las respuestas a estos interrogantes quedarán supeditadas al criterio que se haya adoptado para

---

<sup>40</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 611. Cabe señalar que ya comenzamos a observar como las premisas axiológicas que fundamentan esta causa de justificación condicionan su contenido y su ámbito de aplicación. En efecto, dado que Roxin entiende que la legítima defensa cumple una función de prevención general concluye que, a la luz de esa función las personas jurídicas no puede cometer “agresiones” que justifiquen una legítima defensa contra ellas.

<sup>41</sup> Al respecto, Roxin sostiene que es posible que una agresión se produzca a través de una omisión. Aunque aclara que sólo puede defenderse en legítima defensa frente a una omisión quien posea un deber de garante. Ello como consecuencia de que a él se le imputaría el resultado (cf. *Derecho penal ...*, p. 613). Por otra parte, Jakobs sostiene que: para constituir una agresión antijurídica la omisión del autor con capacidad de acción debe infringir un deber jurídico. Si el deber es una posición de garante para la protección de bienes individuales, se aplicarán las reglas generales. Así, por ejemplo, resultará legítimo forzar a un cirujano con todos los medios apropiados para que en el marco de lo necesario concluya desde el punto de vista médico una grave intervención quirúrgica. Pero en cambio, Jakobs entiende que se aplicarán las reglas del auxilio al Estado para los casos en los cuales exista un deber de garante para la protección de bienes en manos públicas o de un deber que nos incumbe a todos. En este sentido, menciona que un accidente donde resulte necesario el auxilio sanitario, un particular sólo podrá forzar al médico, que por casualidad está presente, si no se puede contactar a la policía. cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 468. Por otro lado, Maurach y Zipf afirman que para poder hablar de agresión por omisión es preciso que la fuente del peligro recaiga dentro del campo de responsabilidad jurídica del sujeto omitente. Es decir, cuando el sujeto omite actuar estando obligado a hacerlo, cf. *Derecho Penal...*, p. 441. Zaffaroni, Alagia y Slokar, adoptan una postura aún más amplia. Estos autores reconocen que “suele admitirse la posibilidad de una agresión mediante omisión, particularmente la impropia, aunque nada impide que pueda agresirse mediante agresión propia. Eje: sujeto que no paga a su empleado y lo coloca con ello en una situación de miseria. Lo que le lleva a apoderarse de algo de su empleador para asistir a su hijo enfermo o para pagar el alimento de la familia, puesto que la acción resarcitoria llegaría cuando el daño al sujeto y a su familia fuese irreversible”. A su vez sostienen que también debe considerarse que hay agresión cuando un sujeto que puede prestar auxilio no lo presta: si alguien no quiere transportar a un herido en su auto, éste o quien sea garante puede amenazarlo con un arma (Cf. *Derecho Penal...*, p. 592). Ver también Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p. 258; Stratenwerth, *El hecho punible...*, ps. 140 y ss.

<sup>42</sup> Aquí están quienes entienden que la agresión no requiere una conducta final o culpable del agresor, sólo se exige una agresión antijurídica, no que sea culpable (o dolosa) (Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 61 y ss.; Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p. 259, en la medida en que sostiene que la agresión “puede ser tanto intencional como provenir de una acción realizada sin la debida diligencia”. En contra, Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 464 y ss. y también Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes sostienen que lo correcto sería requerir meramente la voluntad lesiva y excluir del ámbito de la agresión las conductas meramente imprudentes (cf. *Derecho Penal...*, p. 591). Por otra parte, Jescheck sostiene que incluso una conducta que ni siquiera vulnera un deber de cuidado podría constituir una agresión, cf. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 303; Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 140.

justificar esta eximente y a la definición de ilegitimidad a la que se adhiera. Por ello, analizaré esta cuestión a continuación.

### ***I.B.1.b. La ilegitimidad de la agresión.***

Cada uno de los autores luego de definir a la “agresión”, ha intentado establecer cuál debe ser el contenido y el grado de “ilegitimidad” que debe poseer la acción. Las discusiones que se han elaborado en torno a este interrogante han girado sobre dos cuestiones diferentes. a) Por un lado, se discute si el criterio de ilegitimidad de la agresión debe estar circunscrito exclusivamente al ámbito penal; b) y por el otro, se discute qué grado de ilegitimidad debe tener la agresión para permitir una intervención coactiva por parte de quien se defiende; esto es, qué peldaños de la teoría del delito debe superar esa acción para ser considerada una agresión ilegítima.

1.b.a). Sobre la primera de las cuestiones básicamente existen dos posturas. Por un lado, están quienes entienden que la ilegitimidad que exige la norma debe ser entendida como sinónimo de antijuridicidad penal, y por el otro, los que adhieren a una interpretación más amplia de este concepto y en consecuencia entienden que dicha noción alude a la antijuridicidad en general.

Como exponentes de la primera versión, podría mencionar a Luzón Peña y a Baldó Lavilla. Este último sostiene que, pese a que el sentido literal de la norma permite hacer una interpretación amplia, debe entenderse que la facultad de defensa presupone una agresión penalmente antijurídica. Por lo tanto, agresión será la que ponga en peligro típico un bien jurídico de forma objetiva y subjetivamente imputable a su autor. Frente a agresiones que sean ilícitas en general, pero no penalmente típicas, y cuya evitación exija lesionar bienes jurídicos penales, bastará con las reglas del estado de necesidad<sup>43</sup>.

En sentido similar, Luzón Peña ha sostenido que *“si para conseguir el prevalecimiento del derecho y lograr sus fines de prevención general intimidatoria el orden jurídico no recurre a la pena —debido al carácter de última ratio del derecho penal— sino en casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes (los jurídico penalmente protegidos) y frente a las formas más graves y peligrosas de ataque (las tipificadas), parece que lo más satisfactorio y consecuente es limitar ese otro medio de intimidación —la legítima defensa— de igual o mayor dureza aún que la pena (pues*

---

<sup>43</sup> Cf. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad...*, p. 278. A su vez, sería posible enrolar en esta postura a Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 464 y ss.

no está regido por la proporcionalidad) a los casos de ataques de esa misma entidad, es decir, a las agresiones típicas contra bienes jurídicos penalmente protegidos<sup>44</sup>.

En la postura opuesta, es factible mencionar a Zaffaroni, Alagia y Slokar quienes, para justificar la adhesión a un criterio de antijuridicidad amplio, sostienen que la agresión ilegítima no requiere ser una acción típica; y por lo tanto, no cabría hablar de dolo cuando no hay tipicidad. Para estos autores, resulta suficiente con que concurra una voluntad lesiva<sup>45</sup>.

Por otra parte, también a Nino podría subsumírsele dentro de esta postura, pues sostiene que cuando estén en juego bienes primarios del agredido que puedan ser lesionados de forma grave y difícilmente reversible, cabrá la posibilidad de una defensa privada independientemente de que la agresión esté tipificada por una norma penal —casos que denomina defensa extrema—; lo que también podrá hacerse cuando la defensa minimice el perjuicio social resultante sin afectar bienes primarios del agresor —casos de defensa socialmente útil—<sup>46</sup>.

Asimismo, otro argumento que podría utilizarse a favor de esta última interpretación es el hecho de que es posible defender bajo la legítima defensa también bienes jurídicos que no están protegidos penalmente. En consecuencia, si los bienes que están en riesgo y que podrían ser defendidos no son aquellos protegidos por el ordenamiento penal, para su lesión no resultará necesaria la comisión de una acción típica. En este sentido, Stratenwerth sostiene que la amenaza debe transgredir normas generales vigentes para todos; y cuando ello ocurra, será una acción antijurídica, es decir, contraria a derecho<sup>47</sup>.

**1.b.b).** Por otra parte, dentro del segundo nivel de discusión existen distintas interpretaciones. Como desarrollaré a continuación, en un extremo se encuentran quienes adhieren a un concepto objetivo de antijuridicidad<sup>48</sup>. En el extremo opuesto, encontramos a quienes no se conforman con que la agresión sea antijurídica y plantean mayores exigencias<sup>49</sup>. Entre ambas posturas, están quienes sostienen que a estos casos

<sup>44</sup> Cf. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, ps. 519 y ss.

<sup>45</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 573.

<sup>46</sup> Cf. Nino, *La legítima defensa*, ps. 93 y ss.

<sup>47</sup> Cf. Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 142.

<sup>48</sup> Para quienes adhieren a esta postura bastará con la lesión objetiva a la norma para calificar a la agresión de ilegítima y determinarán el contenido de la antijuridicidad en función únicamente del resultado que la acción provoca, cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 615.

<sup>49</sup> Ya que entienden que sólo es preciso el prevailecimiento del derecho que funda la legítima defensa ante una agresión culpable. Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 464 y ss. y Roxin, *Derecho penal ...*, ps. 616 y ss. (donde explica esta posición más extrema).

debe aplicarse el concepto general que la teoría del delito utiliza para determinar el contenido de la antijuridicidad. Veamos cada una de estas posturas con mayor detenimiento.

1). Dentro del primero de los extremos mencionados es posible incluir a Jescheck. Ello en la medida en que este autor afirma que *“es antijurídica toda agresión que lesiona objetivamente el ordenamiento jurídico. Basta para ello con la proximidad de producción del resultado. No es necesario que la agresión se realice intencionalmente, ni tampoco con dolo eventual. Es suficiente un comportamiento imprudente, o incluso por completo inculpable y ni siquiera objetivamente contrario al deber, siempre que aparezca como una amenaza de lesión de un interés jurídicamente protegido”*<sup>50</sup>.

Es decir, para que una “agresión” sea calificada como ilegítima sólo importará que la acción aparezca como una amenaza de lesión, sin que ni siquiera interese si esa acción ha implicado al menos una violación a los deberes de cuidado.

Esta línea de interpretación es enérgicamente cuestionada por Jakobs. Ello en la medida en que considera que no es correcta la definición del ataque solamente como una amenaza de lesión de un bien (por una persona), aun cuando sea causada inevitablemente; ya que dicha definición adopta un concepto causal de acción que se queda atascado en las categorías naturalísticas de causalidad y daño. De seguirse esta interpretación, Jakobs entiende que la legítima defensa se convertiría en un instrumento de defensa de bienes que no tendría en cuenta si se ve defraudada una expectativa de conducta garantizada jurídicamente o si el “agresor” era responsable de cualquier otro modo del conflicto. De allí que afirme que esta determinación de la agresión confunde a la persona como estadio de tránsito de un proceso causal con la persona responsable jurídicamente<sup>51</sup>.

A su vez, también Roxin ha criticado esta interpretación ya que entiende que la legítima defensa presupone no sólo la necesidad de la defensa, sino también la existencia de un interés en el prevalecimiento del derecho. Entonces, si la acción no ha vulnerado ninguna norma del ordenamiento ni ha implicado una actuación al menos imprudente, cabe concluir que no hay ningún valor protegido que deba ser ratificado a través de la reacción defensiva<sup>52</sup>. Por esta misma razón, y si se tiene en cuenta que

<sup>50</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 303.

<sup>51</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 465); Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p. 256.

<sup>52</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 616.

Jescheck adopta el mismo criterio de justificación para la legítima defensa que Roxin, podría sostenerse que Jescheck al hacer esta interpretación ha sido auto contradictorio.

2). Al extremo opuesto, que es el más exigente, es posible definirlo como aquel que no se conforma para legitimar una reacción amparada por la legítima defensa con la antijuridicidad de la agresión en el sentido de la teoría del delito, sino que plantea mayores exigencias: admite la legítima defensa sólo ante una agresión culpable. Tal exigencia se fundamentaría en que entienden que sólo es preciso el prevalecimiento del derecho cuando se ha realizado una agresión culpable. Dentro de esta corriente se han elaborado diversas versiones, una de las cuales es la que sostiene Jakobs.

Este autor, señala que la importancia práctica de exigir que la agresión sea, además de antijurídica, culpable reside en excluir la defensa legítima contra niños y personas ostensiblemente enajenadas o muy embriagadas. Considera valiosa esa exclusión, ya que así se evitarían situaciones injustas para los agresores en aras de la protección de bienes del agredido<sup>53</sup>.

Para llegar a esta conclusión, parte de reconocer que en todas las situaciones de necesidad se trata de distribuir las cargas de la solución del conflicto social; y que en el caso de la legítima defensa, como el agresor ha cometido una agresión “ilegítima” (esto es, ha cometido una acción típica, antijurídica y culpable) será él quien deberá soportar todas las consecuencias que se generen a partir de esa agresión. Por esa razón, sostiene que el “ataque antijurídico” debe ser definido de modo tal que haga tolerable esa distribución. Para que ello ocurra, no deberá tomarse en cuenta solamente la perspectiva del titular de los bienes agredidos, sino que habrá que incorporar también la perspectiva del agresor. De la combinación de ambas perspectivas se podrán determinar grados de responsabilidad por la generación del conflicto. A cada uno de esos grados le corresponderá respectivamente un grado de autorización para evitar dicho conflicto.

Así, en los casos donde alguien “ataque” inevitablemente (ni dolosa ni imprudentemente) a otro y no exista motivo para imputar ese ataque a su ámbito de organización, esa persona deberá ser considerada como no participante en la causación del peligro —esto es, como causante externo (inimputablemente) del conflicto—. En consecuencia, para que el “agredido” pueda salvar sus bienes deberá ajustar su

---

<sup>53</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 467.

conducta a las reglas del estado de necesidad agresivo<sup>54</sup>. Estos supuestos, Jakobs los diferencia de aquellos en los que el “agresor” actúa con dolo o imprudencia. En estos últimos casos se excluirá el estado de necesidad agresivo y se le achacará responsabilidad al agresor por haber realizado un comportamiento de organización arriesgado de un modo no permitido. Sin embargo, esta exigencia que pesará sobre el agresor, no implicará la renuncia a cualquier tipo de defensa y en consecuencia se aplicarán las reglas del estado de necesidad defensivo, que presuponen siempre la responsabilidad de la víctima de la intervención<sup>55</sup>.

A su vez, Jakobs diferencia los casos de estado de necesidad agresivo y defensivo de la legítima defensa; y lo hace ya que entiende que ésta última es más drástica que los primeros. Por ello es que sostiene que la potestad de defenderse legítimamente —que le hace perder al agresor el derecho a poner en juego sus intereses más allá de la medida de la solidaridad mínima vigente en cualquier caso— debe derivarse de algo más que de la mera responsabilidad o incumbencia del agresor. Lo cual podría ocurrir únicamente cuando el agresor cause el conflicto culpablemente<sup>56</sup>.

De esta manera, sin necesidad de hacer interpretaciones forzadas de algún elemento de la legítima defensa —cómo otros autores se ven obligados a hacer para no arribar a soluciones injustas—, logra excluir del ámbito de esta eximente a las agresiones “evidentemente” inculpables.

3). Por otra parte, quienes adhieren a la postura que denominamos intermedia, cuestionan a los seguidores de la teoría extrema por exigir elementos que la ley no

---

<sup>54</sup> Cuando una persona actúa en estado de necesidad agresivo dirige su actuación hacia personas que no se encuentran implicadas en la creación del peligro. De allí que se sostenga que en estos casos se lesiona el derecho a la autonomía (derecho a la autodeterminación) del titular del bien jurídico que se pretende sacrificar. Es por esta razón que la dogmática exige que el mal que se evita sea desproporcionalmente mayor al que se causa. En efecto, la desproporción que se exige se justifica en función de que el sujeto no implicado no sólo sufre pérdidas materiales, sino también de que ve menoscabada su libertad de decisión autónoma. Este estado responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos. Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 498 y ss.; Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 705 y ss. En cambio, el estado de necesidad defensivo se justifica por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro. El peligro es desencadenado por seres humanos. En estos supuestos el sujeto que obra en estado de necesidad se defiende frente a un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción emprendida en estado de necesidad. A estos casos no se aplicarían las reglas de la legítima defensa pues en ellos faltaría la agresión actual e ilegítima. Según Jakobs, hay 4 grupos de casos donde deben aplicarse las reglas del estado de necesidad defensivo: 1) Supuestos de falta de acción 2) casos de peligro creados por acciones que no superen el margen de riesgo permitido 3) LD preventiva y 4) Casos de perforación (Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 520 y ss.; Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p. 256 y Stratenwerth, *El hecho punible...*, ps. 137 y ss.

<sup>55</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 465.

<sup>56</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 466.

exige. Ello en la medida que la norma diferencia claramente entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Por este motivo, sostienen que la ilegitimidad de la agresión debe interpretarse de manera similar al concepto de antijuridicidad de la teoría general del delito.

En esta línea, Luzón Peña sostiene que “*antijurídica significa que la agresión ha de ser contraria a las normas del orden jurídico (...) y éstas se dirigen a determinar las conductas de todos los hombres y valoran las conductas de todos, sin distinción entre sujetos imputables e inimputables, culpables o no, por lo que también las acciones de los no culpables pueden ser antijurídicas*”<sup>57</sup>. Además de ello, este autor sostiene que interpretar a la agresión antijurídica como una que debe ser a su vez culpable, “*supone una restricción del presupuesto de la legítima defensa sin apoyo en el texto —ni en el sentido— de la ley*”; y por eso sería una interpretación restrictiva *in malam partem*, contraria al principio de legalidad y en consecuencia, inaceptable<sup>58</sup>.

Asimismo, quienes adhieren a esta posición sostienen que es posible ejercer la legítima defensa contra personas que actúen sin culpabilidad. Aunque reconocen que frente a agresiones no culpables o con culpa disminuida la necesidad de afirmación del derecho es considerablemente menor, por lo tanto, la defensa en esos casos no estaría “requerida” en la misma medida que en los otros casos, aunque aún sigue siendo necesaria pues entienden que “*la legítima defensa debe afirmar el derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad*”<sup>59</sup>. Como consecuencia de esta disminución de la necesidad de reafirmar la norma es que se le impone al agredido tomar ciertos recaudos antes de repeler la agresión; como esquivar la agresión cuando sea posible hacerlo sin peligro para él; tiene el deber de buscar auxilio si con eso puede repeler con menos dureza la agresión y en caso de que le resulte imposible tomar estos recaudos; deberá analizar el riesgo que tiene de sufrir lesiones antes de defenderse<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Cf. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 231; Roxin, *Derecho penal ...*, p. 615; Maurach– Zipf, *Derecho Penal...*, p. 443.

<sup>58</sup> Cf. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 232. En esta línea, cabe mencionar a Luzón Peña, quien sostiene que “*ilegítima, ilícita y antijurídica son conceptos que se corresponden exactamente*”. Asimismo, resulta interesante destacar, como nota de color, que este autor destaca que en el código penal (Alemania) no se utiliza casi nunca expresamente la palabra “antijuridicidad”; y que incluso en la época en la cual se sancionó el código, dicho término era prácticamente desconocido. En esos momentos, se aceptaba la denominación de “defensa legítima”. En consecuencia, sostiene que resulta lógico que al dar un calificativo a la agresión, se utilice el término contrario. Así afirma que la expresión defensa legítima quiere significar “*que la defensa es justa, lícita, conforme a derecho; por tanto, agresión ilegítima significará agresión ilícita o contraria a derecho*”, cf. *Aspectos esenciales...*, p. 197.

<sup>59</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 617.

<sup>60</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, ps. 633 y ss.; Stratenwerth, *El hecho punible...*, ps. 143 y ss.; Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, ps. 337 y ss.

A su vez, aunque no sea muy claro, tal vez podría entenderse que en este tema Zaffaroni, Alagia y Slokar adoptan una postura similar a la de Roxin. Ello en la medida en que sostienen que la “ilegitimidad” de la agresión debe ser entendida como sinónimo de “antijurídica”; y antijurídica es toda conducta que afecta un bien jurídico sin derecho. Aunque, como entienden que la ilicitud de la conducta puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, concluyen que es factible ejercer la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica<sup>61</sup>.

### **I.B.2. La actualidad de la agresión.**

El hecho de que alguien realice una agresión ilegítima —cualquiera sea la teoría que se adopte para definir el contenido y grado de ilegitimidad que debe tener la agresión— no basta para que una persona pueda defenderse legítimamente. Para que ello ocurra esa agresión además de ilegítima deberá ser actual.

A través de esta exigencia —de que el ataque sea actual, inminente— se intenta darle a las autoridades la posibilidad de intervenir para solucionar el conflicto mientras ello resulte posible y se pretende, en los casos donde las autoridades no puedan acudir a tiempo, reducir lo más posible los márgenes de error y de incertidumbre por parte de quien se defiende<sup>62</sup>.

Sobre este punto existe gran consenso: la legítima defensa no puede ser utilizada como un modo de prevención; es decir, la legítima defensa preventiva no es una causa de justificación<sup>63</sup>. De allí que se le imponga el deber a quien crea que será víctima de una agresión de pedir ayuda a la autoridad o de esquivar la agresión. Por ello, los dogmáticos sostienen que la defensa frente a ataques futuros no estará justificada por más razonable que parezca esa creencia, ni tampoco lo estará la defensa frente a ataques ya repelidos, pero que quizás se repitan después (no inmediatamente)<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 591.; Maurach y Zipf quienes sostienen que “no es relevante que la agresión represente una acción típica”, cf. *Derecho Penal...*, p. 442.

<sup>62</sup> Cf. Randy E. Barnett, 2000, *The Structure of Liberty*, p. 184-191, citado por Malamud Goti, *La inminencia de la agresión*.

<sup>63</sup> En este sentido, ver entre otros, Fletcher, *En Defensa propia...*, p. 54.

<sup>64</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 469. Por otra parte, cabe señalar que Jescheck sostiene que la actualidad de la agresión no excluye la defensa con perro feroces, mecanismos de disparo automáticos, o cebos envenenados, dado que el rechazo no se produce efectivamente hasta el momento de la realización del ataque. Sin embargo, los riesgos que ello comporta correrán a cargo de quien se defiende de tal forma, cf. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 307.

A pesar de que la doctrina exige que la agresión sea inminente, lo cierto es que la ley argentina no lo demanda expresamente. En efecto, como es posible observar, dicha exigencia no surge explícitamente del inciso 6) del art. 34 del Código Penal. De allí que los dogmáticos de nuestro país, para justificar la exigencia de la inminencia, han debido interpretar conjunta y armónicamente el inciso a) —“agresión ilegítima”— y el inciso b) —que reza sobre la “necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla”— de dicha norma. De dicha combinación se desprende que sólo será factible ejercer una defensa de manera legítima cuando esa acción tenga como finalidad impedir o repeler una agresión ilegítima; y cómo sólo se puede impedir o repeler una agresión cuando ella es actual, concluyen que la agresión ilegítima debe ser inminente (actual)<sup>65</sup>.

La dogmática ha entendido que una agresión es actual no sólo cuando está teniendo lugar, sino también cuando es inmediatamente inminente y cuando todavía prosigue. Definir cuándo está teniendo lugar una agresión no genera demasiados inconvenientes; por el contrario, sí los tiene acordar cuándo es “inmediatamente inminente” y hasta cuándo la agresión todavía continúa<sup>66</sup>.

2.a. Se han elaborado diversas teorías para establecer a partir de cuándo una agresión puede ser considerada “inmediatamente inminente”.

1). Una de estas interpretaciones, propone equiparar ese momento al de la tentativa. De seguirse esta propuesta, para determinar si una agresión es inminente debería analizarse si ha habido comienzo de ejecución, ya que éste es el parámetro mediante el cual se analiza si ha habido una tentativa<sup>67</sup>.

Esta postura ha sido cuestionada por Roxin por ser teleológicamente incorrecta. Para el citado autor el error provendría del hecho de que, por razones propias del Estado de Derecho, la frontera de la tentativa debe ubicarse lo más cerca posible de la consumación —porque la punición presupone la realización del tipo propiamente dicho—; y porque, no tendría sentido imponerle a quien deba defenderse el deber de

<sup>65</sup> Cf. Zaffaroni Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, ps. 594 y ss. y Rivacoba, Rivacoba en el Código Penal Comentado, p. 729.

<sup>66</sup> Ahora bien, el concepto de inminencia o actualidad que se exige, de acuerdo al desarrollo dogmático que se ha elaborado, abarca tanto situaciones donde la agresión aún no ha comenzado a ejecutarse como supuestos donde ésta ya ha incluso concluido. En el último capítulo de esta tesina, intentaré demostrar que la necesidad de que este criterio sea flexible y que la flexibilidad de éstos límites esta directamente relacionada con el criterio de distribución de riesgos que impera en una sociedad.

<sup>67</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 468, quien sostiene que “el ataque es actual cuando se materializa la pérdida, es decir —en esta medida analógicamente a la regulación de la tentativa—”. Asimismo, en esta línea ver Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 141.

esperar para hacerlo hasta que sea demasiado tarde para tomar contramedidas; ya que ello ni siquiera beneficiaría al agresor. Ello no tendría sentido ya que, por lo general, si se espera hasta último momento, para que la defensa sea eficaz posiblemente resulte necesario causarle al agresor una lesión más grave que la que hubiera sido precisa en un momento anterior<sup>68</sup>.

2). Otra de las teorías elaboradas ha entendido que una agresión debería ser considerada actual cuando con posterioridad ya no sería posible repelerla —postura de la eficiencia—. De seguirse esta premisa a rajatabla, debería calificarse como actual a una agresión anunciada para el día siguiente si ella sólo pudiera ser impedida ahora con seguridad y con posterioridad, si es que se la pudiera impedir, lo sería sólo con mayor dificultad<sup>69</sup>.

Esta posición ha sido cuestionada por diversas razones. En primer término, Jakobs ha señalado con firmeza que la legítima defensa no puede ser admisible cuando al agredido le sea más fácil o cuando tendría mejores efectos, sino que ésta sólo puede ser admitida cuando el ataque antijurídico sea actual. Ello por dos razones. En primero lugar porque entiende que resulta necesario que exista algo tan drásticos como un ataque actual para que resulte tolerable pasar por alto la proporcionalidad entre el bien atacado y el dañado. En segundo término, porque la evitación del delito de manera planificada es misión de la policía, y sólo la urgencia que se genera cuando sucede un ataque actual sobrepasa la “preocupación por las competencias”<sup>70</sup>.

Asimismo, al considerar los casos que quedarían abarcados bajo esta eximente, Roxin también la ha cuestionado ya que entiende que una agresión sólo planeada o preparada no sólo no es una agresión actual, sino que además ni siquiera es aún una agresión. Este tipo de interpretaciones son contradictorias con un orden social pacífico

<sup>68</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 619.

<sup>69</sup> Schmidhäuser sostiene que una agresión “ya es actual siempre que el agresor la prepare de tal modo que ya no sea posible una defensa posterior”, citado por Roxin, *Derecho penal ...*, p. 619. Tal vez en este sentido, es posible enlazarlo a Fletcher, en la medida en que sostiene que “la defensa debe darse coetáneamente a la agresión. El defensor no tiene que esperar más tiempo”, cf. *En defensa propia...*, ps. 53 y ss.

<sup>70</sup> Cuando Jakobs sostiene que el ataque actual sobrepasa la “preocupación por competencias”, se refiere al hecho de que cuando se ejerce la legítima defensa, por ejemplo, a favor de un tercero, ello implica un obrar genuinamente público, que en el caso es realizado por particulares; y en consecuencia, esa legítima defensa de terceros entraría en competencia directa con la actuación de la policía. Para Jakobs, en esos casos, para el Estado resultará menos gravoso la pérdida aislada de un bien que la confusión de competencias por parte de quien obra en legítima defensa de tercero (cf. *Derecho penal ...*, p. 460). Sin embargo, la solución será diferente cuando se trate de un ataque actual, ya que, ese caso se podrá sobrepasar esa preocupación por la confusión de competencias (cf. *Derecho penal ...*, ps. 468 y ss.).

y con el monopolio estatal de la violencia, ya que permiten que la legítima defensa sea utilizada de manera amplia para fines preventivos<sup>71</sup>.

3). Una postura intermedia, que es la que goza de mayor consenso, podría ser la que sostienen aquellos que entienden que resulta factible repeler la agresión durante los actos preparatorios próximos a la tentativa. En este sentido, Roxin sostiene que “*en el ámbito de los actos preparatorios próximos a la tentativa que ya fundamentan la legítima defensa es donde encaja “el disponerse inmediatamente a la agresión” —por contraposición a la agresión sólo en preparación, que todavía no es actual, y al disponerse inmediatamente a realizar el tipo, que ya constituye una tentativa—*”<sup>72</sup>.

De acuerdo al mismo autor, esta es la postura que ha adoptado la jurisprudencia alemana en la medida que ha sostenido que constituirá una agresión actual la conducta que, aunque aún no lesiona ningún derecho, puede transformarse inmediatamente en una lesión, de tal manera que el aplazar la acción defensiva también podría hacer peligrar el éxito de ésta<sup>73</sup>.

Con un simple análisis puede observarse que la postura que ha adoptado la jurisprudencia alemana es muy similar a lo que proponen aquellos que adhieren a la teoría de la eficacia. Roxin reconoce esta situación, pero explica que en este caso la jurisprudencia ha unido esa teoría con la fórmula del “*transformarse inmediatamente*” y que así ha llegado a un resultado similar al propuesto por él. Sin embargo, no se trata de un caso aislado, ya que como se verá, hay varias propuestas que han tomando ambos principios de manera conjunta.

Un ejemplo de ello, es la interpretación propuesta por Malamud Goti. Este autor sostiene que quien se defiende estará legitimado para hacerlo cuando se enfrente a una situación que implique un peligro claramente anunciado, aún cuando ello ocurra antes de que el ataque comience. En este sentido, afirma que la univocidad de ciertos riesgos autorizan al autor a actuar aún frente a ataques antes de que éstos hayan comenzado. Ello estaría justificado en un principio básico que establece que el sujeto no se encuentra obligado a soportar el riesgo y a cargar con las consecuencias de un ataque altamente probable<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 619.

<sup>72</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, ps. 619 y ss.

<sup>73</sup> Como es posible observar, en esta definición se ha unido la teoría de la defensa más eficaz con la fórmula del “transformarse inmediatamente”, llegando así a un resultado similar a la propuesta elaborada por Roxin, cf. *Derecho penal ...*, p. 620.

<sup>74</sup> Cf. Malamud Goti, *La inminencia...*

También la interpretación que proponen Zaffaroni, Alagia y Slokar podría ser englobada en esta categoría. Ello en la medida en que afirman que si la agresión fuera típica<sup>75</sup> no debería identificarse con momentos ni de la tentativa ni de la consumación, porque podría ejercerse la legítima defensa contra actos preparatorios. Ello en tanto entienden que existe una situación de defensa desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico; lo que ocurre desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y tiene a su disposición los medios idóneos para hacerlo. Sólo se puede “impedir” lo que no ha sucedido<sup>76</sup>.

Por otro lado, podría sostenerse que Jescheck adhiere a una postura similar a las que he denominado intermediadas. Aunque, pone mayor énfasis en los medios que posea el agresor. Así, sostiene que la situación de legítima defensa se inicia tan pronto como se produce el peligro próximo para el interés protegido, lo que se determinará en función de los medios que disponga el agresor. Sostiene que en ello que resultará decisiva la situación objetiva y no sólo lo que se represente el agredido<sup>77</sup>.

2.b. Por otra parte, también se han elaborado diversas interpretaciones a fin de establecer hasta donde prosigue la agresión que legitimaría la intervención coactiva del defensor; esto es, para determinar hasta cuando continúa la “acción”. Dicha teorías podrían congregarse en dos grandes grupos, por un lado, están aquellas que toman el concepto de consumación de la teoría del delito como criterio para determinar el fin de la agresión; y por el otro, las que enfatizan la posibilidad de anular las consecuencias que la agresión ilegítima ha producido.

1). Dentro de la primera línea podemos incluirlo a Roxin, quien sostiene que cabe la legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, todavía no esté materialmente agotada o terminada. Esto ocurriría, por ejemplo, en los casos de delitos permanentes —mientras se mantenga la situación antijurídica— o de allanamiento de morada —porque a pesar de que se ha consumado la acción de entrar, mientras el intruso permanezca en la casa, la agresión seguirá siendo actual— o de detención ilegal —donde podrá volar la puerta del calabozo para intentar escapar—.

---

<sup>75</sup> Recuérdese que estos autores han afirmado que todos los bienes son susceptibles de ser protegidos a través de la legítima defensa. Entonces, dado que los bienes que no están protegidos jurídicamente penalmente podrían ser lesionados a través de acciones que no resultarían típicas, es que distingue los casos donde se realiza una acción típica.

<sup>76</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 595. En sentido similar se expresa Bacigalupo, al sostener que es actual la agresión cuando existe una “*decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquélla*”, cf. *Principios de Derecho...*, p. 261 y 265.

A su vez, Roxin sostiene que también resultará posible ejercerla en los delitos de estado pese a la consumación formal del delito, ya que la agresión seguirá siendo actual hasta la consumación material. Un ejemplo de esta situación, sería que si el ladrón huye con el botín, ya habría un hurto consumado, pero a pesar de ello la agresión a la propiedad del robado seguiría siendo actual mientras aquél no hubiese puesto a buen recaudo el botín y en consecuencia, el agredido podría lesionar a quien intentara huir con el botín.

Sin embargo, diferencia estos supuestos de los casos en los que coincidan la consumación con el agotamiento o terminación material; lo que sucedería por ejemplo ante una injuria o una bofetada, pues una vez dicha (la injuria) o dada (la bofetada) la agresión habría dejado de ser actual y en consecuencia, ya no sería legítima una reacción defensiva<sup>78</sup>.

Asimismo, en esta línea cabe mencionar a Stratenwerth quien sostiene que la defensa resultará admisible mientras el peligro no haya sido totalmente conjurado o, a la inversa, no se haya transformado en un resultado antijurídico, pues durante esos momentos, aún resulta factible impedir la lesión definitiva al orden jurídico<sup>79</sup>.

2). Dentro de la segunda postura podrían ser mencionados, al menos, Jescheck y Zaffaroni, Alagia y Slokar. En efecto, el primer autor entiende que perdura la agresión aún cuando habiéndose producido la lesión al interés protegido, cabe todavía anularla total o parcialmente mediante una acción que siga inmediatamente al ataque<sup>80</sup>.

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que se actúa en legítima defensa hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Con esta definición, justificarían a través de esta eximente a la persona que ha sido víctima de un robo y que encuentra su automóvil dos días después y debe sacar del auto a la fuerza a quien lo está manejando en ese momento, si ese era el único medio que tenía a su alcance para recuperarlo<sup>81</sup>.

3). Por otra parte, resulta complicado enrolar a Jakobs en alguna de estas interpretaciones. Ello en la medida en que sostiene que sólo es necesario que la acción que realice el agredido suponga una reacción inmediata a la acción de lesión del bien. Así, entiende que *“todo el ataque sigue siendo actual hasta el último acto parcial. El*

---

<sup>77</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 307 y ss.; Maurach– Zipf, *Derecho Penal...*, ps. 447 y ss.

<sup>78</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, ps. 621 y ss.

<sup>79</sup> Cf. Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 141, quien señala además que lo decisivo será *“la lesión al bien jurídico y no la consumación formal del hecho punible contenido en la agresión”*.

<sup>80</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 307.

*instante de la última posibilidad de defensa no representa ningún criterio para la determinación de la actualidad, ya que lo drástico de la actualidad no dependen de él*". Asimismo, señala que la defensa contra ataques ya repelidos, pero que quizá se repitan después (aunque no inmediatamente) no estaría justificada y que existen dificultades para delimitar la agresión ejecutada, pero aún remediable, de la consecución por la fuerza de una reparación o resarcimiento (que no puede justificar una legítima defensa)<sup>82</sup>.

### **I.B.3. Consecuencias.**

Sin perjuicio de las diferencias que existen entre las diversas definiciones y contenidos que se le han atribuido al concepto de "agresión ilegítima" y de "inminencia", existe consenso sobre las consecuencias que se generarán cuando una persona actúe justificadamente y cuando la "agresión" no resulte antijurídica.

#### ***I.B.3.a. Consecuencias de la justificación.***

Como punto de partida, y sin pretender ahondar en esta discusión, debe señalarse que existe consenso en cuanto a que "*antijuridicidad significa contradicción con el derecho*"<sup>83</sup> y que la teoría de la antijuridicidad tiene como finalidad determinar bajo qué condiciones y en qué casos no será contraria a derecho la realización de un tipo penal. Esto es, cuando la realización de acción típica no será desaprobada por el ordenamiento jurídico.

De allí, que gran parte de la doctrina también sostenga que la protección de intereses individuales y colectivos socialmente relevantes que se intenta realizar a través de la tipicidad — mediante la disuasión de conductas disvaliosas a través de la amenaza de pena—, continúa desplegándose en el ámbito de las causa de justificación, aunque con algunas diferencias<sup>84</sup>; ya que en este ámbito se sitúa al hecho dentro de un

---

<sup>81</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 595.

<sup>82</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 469 y ss. Este autor, a su vez, señala que tampoco es clara la determinación del final del ataque en los supuestos en que el agresor no influye (o incluso no puede influir) el curso causal conducente a un daño ulterior. La defensa no esta excluida porque haya perdido su influencia (por ejemplo, aún cuando el agresor no pueda detener un golpe que dará uno podría pegarle para intentar detenerlo), sin embargo, cuando la ejecución externa de la agresión está concluida, es dudoso el límite en los supuestos en que la consecuencia del ataque se podría impedir a costa del agresor. En este sentido, Jakobs se pregunta si podría destruirse un órgano del autor para salvar al agredido, cf., *Derecho penal ...*, p. 470.

<sup>83</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 210.

<sup>84</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 221. Es por ello que algunos autores proponer hablar en este peldaño de injusto en lugar de aludir exclusivamente a la antijuridicidad. Roxin es uno de ellos. Él sostiene que

contexto social determinado —contrariamente a lo que ocurren en la tipificación, donde se hace referencia a conductas abstractas— y se le otorga una valoración a los conflictos de intereses que se derivan de esa interacción social.

De allí que Roxin sostenga que, en los casos de conflicto de intereses, quien se entrometa en un bien jurídico típicamente protegido, sin estar protegido por una causa de justificación, se comportará de modo no tolerable y socialmente nocivo (lo que significa que habrá realizado un injusto). Contrariamente, la actuación bajo el amparo de una causa de justificación, fundamentará un deber de tolerancia de la otra parte que hará que, si ésta se llegara a resistir, esa “resistencia” pueda ser subsumida en un tipo penal, constituyendo un nuevo injusto. De esta manera, concluye que *“la valoración polímicriminal siempre ha de tener presente el doble aspecto de que la exoneración penal de uno tiene como consecuencia la responsabilidad penal del otro”*<sup>85</sup>.

En efecto, la doctrina de manera ampliamente generalizada<sup>86</sup>, al partir de estas premisas, entiende que la consecuencia más importante que genera la actuación bajo el amparo de una causa de justificación es que ello le otorga a quien actúa un **derecho en sentido fuerte**.

Para entender la magnitud de este derecho resultará de utilidad, al menos mencionar, algunas de las diversas nociones de derechos que se han elaborado. La más *débil* de estas nociones —que es la que Landenson le adjudica a Hobbes<sup>87</sup>—, define al derecho de defenderse como uno moral; que sólo generará que la defensa ejercida invocando este derecho deje de ser moralmente reprobable y en consecuencia, sólo dará lugar a que los jueces muestren compasión; por ejemplo, cuando la violencia

---

ello debe hacerse en la medida en que en la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición; y como consecuencia de que la antijuridicidad no es una categoría especial del derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico (cf. *Derecho penal ...*, p. 219). Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar, sostienen que *“no es injusto una conducta meramente típica, sino sólo cuando ésta es también antijurídica. En consecuencia, se denomina injusto penal a la acción que es típica y antijurídica. En tanto que la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, el injusto es la misma conducta humana desvalorada”*, cf. *Derecho Penal...*, p. 562.

<sup>85</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 220.

<sup>86</sup> Cuando me refiero a las consecuencias que la doctrina mayoritaria, hago referencia a quienes adhieren a la teoría clásica o mixta. Hago esta aclaración ya que como se verá en el capítulo 2 de este trabajo, la teoría subjetivista no adopta estos mismos criterios

<sup>87</sup> Cf. Joseph Raz, *In Defense of a Hobbesian Conception of Law*, en Authority, Ed. New York University Press, 1990, ps. 32 y ss., citado por Malamud Goti, *Puede la Creencia Razonable...*

mortal ejercitada haya sido la única defensa frente a un enemigo mortal que ha acorralado a quien se defendía<sup>88</sup>.

Por otra parte, una forma un poco más fuerte de entender la noción de derecho, surge de la tesis para la cual los derechos otorgan permisos o libertades que no generan deberes correlativos<sup>89</sup>. Este tipo de derecho suele ser denominado “derecho justificatorio” (*justificatory rights*). Estos permisos o libertades, que algunos autores llamaron también *privilegios*<sup>90</sup>, tienen la característica de “levantar” la prohibición respecto del autor. Esto quiere decir que la conducta de este último dejará de estar prohibida respecto de él. Así, quien la realice estará moralmente justificado con prescindencia de si la contraparte posee también un derecho a oponerse a esa acción. El efecto normativo del privilegio yace en que la conducta del agente no trae consigo ninguna consecuencia legal negativa<sup>91</sup>.

Por último, cabe mencionar la noción de derecho más fuerte, que lo concibe a éste como uno en sentido pleno<sup>92</sup> (*claim right*). Esta noción probablemente se originó con Locke<sup>93</sup>. De acuerdo a ella los derechos constituyen un espacio en el que cada individuo es *soberano*; esto quiere decir, que cada uno tiene un derecho absoluto a defenderse; y no resulta entonces concebible que una acción que atente contra el ejercicio de este derecho pueda ser también legítima<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Este supuesto se daría en aquellos casos donde no se puede esperar que la persona renuncie a su defensa —lo que sucedería por ejemplo en el caso donde una persona condenada a muerte lucha por liberarse—, cf. Malamud Goti, *Derechos, Permisos y Legítima Defensa* y en *Puede la Creencia Razonable...*

<sup>89</sup> Cf. Joseph Raz, *In Defense of a Hobbessian...*, citado por Malamud Goti, *Puede la Creencia Razonable...*

<sup>90</sup> Cf. Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard, 1990, citado por Malamud Goti en *Puede la Creencia Razonable...*

<sup>91</sup> En estos supuestos no habría contradicción en sostener que A ejerce el legítimo derecho a defenderse y que B tiene también derecho a neutralizar o desbaratar la acción de A, cf. Malamud Goti, *Derechos, Permisos y Legítima Defensa...* y *Puede la Creencia Razonable...* Por otra parte, cabe señalar que esta segunda noción de derecho sería similar a una de las que define Nino, al sostener que la palabra “derecho” se emplea también cuando hay una norma que permite, faculta o autoriza una conducta. En esos casos, tener derecho a “x” o al goce de un bien determinado ha sido clasificado y permitido por una norma que pertenece al sistema, cf. Nino, *La legítima defensa*, p. 80 y ss. y en *Introducción al análisis...*, capítulo IV, p. 198 y ss. y 207 y ss.

<sup>92</sup> Esta noción también la contempla Nino en la definición de derecho que hace referencia a la “situación de quien tiene una pretensión frente a otros, o sea es beneficiario de una obligación activa o pasiva para otros. En estos contextos “tener derecho a x” significa que hay en el sistema de referencia una norma que establece el deber de cierta gente ya sea de materializar, promover o facilitar x, o de respetar, no obstaculizar o no perturbar la realización de x o el goce de x por el titular de la pretensión” (cf. *La legítima defensa*, p. 81).

<sup>93</sup> Cf. A. John Simmons, *On the Edge of Anarchy*, Princeton, Ch. 5. citado por Malamud Goti, *Derechos, Permisos y Legítima Defensa*.

<sup>94</sup> Cf. Malamud Goti, *Derechos, Permisos y Legítima Defensa*, quien además sostiene que “La última noción (derecho en sentido fuerte) está íntimamente vinculada con el deontologismo: hay ciertas cosas que no estamos autorizados a hacerle a los demás cualquiera sean las consecuencias; no podemos

Esta última noción es la que han tomando en cuenta los dogmáticos. Por ello, cuando sostienen que una acción está justificada entienden que se le ha otorgado al sujeto necesitado una facultad de salvaguarda, y que al mismo tiempo y de manera correlativa se le ha impuesto al sujeto afectado por dicha acción el deber de tolerar<sup>95</sup>. En otras palabras, los dogmáticos entienden que las causas de justificación conceden derechos de intromisión; esto es, que “*el afectado no sólo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportar de modo general, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos*”<sup>96</sup>.

Por otra parte, otra de las características de una acción justificada es que posee carácter general<sup>97</sup> —esto es, que tienen validez para todas las personas sean o no inimputables— y efectos generales —por ello alcanzan no sólo al autor, sino que además benefician a los partícipes<sup>98</sup>—; y que en principio excluye cualquier tipo de responsabilidad por la acción realizada de manera justificada.

Ahora bien, la primera —y más importante— de las consecuencias enunciadas, aplicada al ámbito de la legítima defensa, fundamenta la afirmación categórica que realizan los dogmáticos en cuanto a que no es posible que exista un supuesto de legítima defensa contra legítima defensa.

Sobre esta cuestión, se ha dicho que si el autor actúa amparado por una causa de justificación faltará la antijuridicidad de la agresión y por lo tanto, el que resulte agredido por quien se defiende no podrá a su vez alegar legítima defensa. Ello será así además, porque a él le corresponde el deber de soportar<sup>99</sup>. Por otra parte, también se ha fundado esta afirmación en el hecho de que esa acción no supone ninguno de los dos

---

*atentar contra la vida, la salud o la propiedad de terceros. La primera noción (la de derecho moral), en cambio, tiene una raigambre esencialmente consecuencialista. Está vinculada con la idea de que sólo podemos llevar una vida mínimamente feliz y próspera (en la cual la industria y el comercio son posibles) bajo el poder de un soberano absoluto y que el reconocimiento de cualquier derecho terminará por afectar las potestades del soberano y, por consiguiente, afectará su misión de proveernos de seguridad. La posición intermedia (derechos justificatorios), el derecho a defendernos, entendido como libertad o privilegio, parece aceptar uno u otro punto de partida, o una combinación de ambos”.*

<sup>95</sup> Cf. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad...*, p. 38. Asimismo, se ha sostenido que este tipo de soluciones, permite darle al conflicto de intereses una “resolución objetiva”, esto es una resolución válida para todos, ver además, Righi, ps. 196 y ss.; Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 602 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 299; Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, ps. 252

<sup>96</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 602.

<sup>97</sup> De allí que se diferencien de las causas de inculpabilidad que son individuales, cf. Righi, ps. 196 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 299; Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, ps. 252 y ss.; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad...*, p. 269.

<sup>98</sup> Cf. entre otros, Righi, p. 196 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, ps. 298 y ss.; Maurach-Zipf, *Derecho Penal...*, ps. 430 y ss.

<sup>99</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 463.

disvalores (ni de acción, ni de resultado)<sup>100</sup>; o en el hecho de que toda acción que haya sido concedida por el propio ordenamiento jurídico con el fin de resolver un previo conflicto jurídico – penal no podría dar lugar a un nuevo conflicto de esta índole<sup>101</sup>.

Como es posible deducir, sostener que quien actúa bajo el amparo de una causa de justificación lo hace ejerciendo un derecho en sentido fuerte, genera importantes secuelas. Por ello, a lo largo de esta tesina, volveré sobre ésta cuestión.

### ***I.B.3.b. Consecuencias de la ilegitimidad de la agresión.***

La dogmática no sólo analiza cuáles son las consecuencias de una actuación justificada, sino que además analizan cómo deben ser tratados los casos en los cuales falte (o no esté completo) uno de los presupuestos que habilitaría la actuación en legítima defensa. Para continuar con el análisis que he venido realizando, mencionaré bajo qué supuestos se ha entendido que el requisito de la “agresión ilegítima” no se encuentra satisfecho.

En este sentido, gran parte de la doctrina ha sostenido que no podrá ejercerse legítima defensa contra quién actúa compelido por una fuerza desencadenada por un caso fortuito<sup>102</sup>; o cuando la agresión esté amparada por consentimiento<sup>103</sup>. En el primer caso, porque no habrá directamente acción y en el segundo, porque ésta no será ilegítima.

A su vez, Jakobs entiende que faltará la agresión cuando se realice un comportamiento sin peligro en sí para la víctima, que sólo amenaza en convertirse en lesión de un bien porque ésta (la víctima) se sitúa imputablemente en el ámbito de efectividad de ese comportamiento. Ejemplo: quien se arroja a un vehículo en marcha no estará siendo atacado por su conductor; o quien se esconde en la biblioteca a la hora de cerrar no estará siendo atacado por el conserje que lo deja encerrado. En estos

<sup>100</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 615; Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, ps. 237 y ss.

<sup>101</sup> Cf. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad...*, ps. 276 y 296. En sentido similar Luzón Peña, quien sostiene que “*toda facultad de salvaguarda derivada de una situación de necesidad comporta como correlato un correlativo deber de tolerancia en la esfera del afectado por la misma —si es que es una verdadera causa de justificación—. Consiguientemente (...) frente a una acción de salvaguarda en estado de necesidad defensivo o agresivo tampoco cabe estado de necesidad agresivo o defensivo*”, en *Legítima defensa...*, versión 1991, citado por Baldó Lavilla, *Estado de necesidad ...*, p. 125; ver también Maurach– Zipf, *Derecho Penal...*, ps. 430 y ss.

<sup>102</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, ps. 591 y ss.

<sup>103</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 463.

supuestos la propia víctima potencial ha convertido en peligroso el curso causal no peligroso, de modo que debe soportar el gravamen de la solución del conflicto<sup>104</sup>.

Por otra parte, se discute la cuestión de si la agresión para ser considerada como tal debe superar el margen del riesgo permitido o violar algún deber de cuidado. Como es posible concluir, dadas las diversas teorías que se han formulado, estarán quienes entiendan que la legítima defensa estará excluida cuando la agresión se mantenga dentro del riesgo permitido y cuando no implique la violación de ningún deber de cuidado<sup>105</sup>. En esta línea, entre otros, se enrola Roxin quien sostiene que cuando no se vulnera el cuidado debido no se podrá ejercer la legítima defensa pues faltará el disvalor de la acción y por lo tanto, la antijuridicidad de la agresión<sup>106</sup>. En el lado opuesto, se encuentra Jescheck, quien entiende que cabrá legítima defensa incluso respecto a la amenaza de lesión mediante una acción que no es en sí misma contraria al deber de cuidado<sup>107</sup>.

Tal vez, a Malamud Goti también pueda incluirse en la línea de Jescheck en la medida en que sostiene que la noción de ilegitimidad del ataque sujeta a un concepto de deber penal infringido no basta. Pus a su criterio parece inaceptable privar de la facultad de defenderse a quien no ha tenido ninguna clase de intervención previa en el acontecimiento que lo amenaza, importando poco o nada desde su punto de vista, si el ataque ha sido doloso, culposo o aún casual. Además sostiene que este tipo de interpretación no echaría por la borda el principio de que “el derecho no debe ceder”; pues lo que “se relativiza es el concepto mismo de derecho, en función del predominio cada vez mayor del interés colectivo en contraposición al derecho subjetivo”<sup>108</sup>.

Por otra parte, también se debate si la legítima defensa se excluirá ante agresiones que no supongan un peligro concreto de lesión, como ocurriría, por ejemplo, en casos de delito de peligro abstracto y de tentativa inidónea. Baldó Lavilla entiende que la eximente estará excluida en los casos de delitos de peligro abstracto<sup>109</sup> —salvo que ese delito consumado entre en concurso con una tentativa idónea del

<sup>104</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, ps. 463 y ss. Obviamente, sobre esta cuestión, Jescheck opina de manera totalmente contraria, cf. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 306.

<sup>105</sup> Cf. Jakobs, *Derecho penal ...*, p. 464; Roxin, *Derecho penal ...*, p. 615, y Baldó Lavilla, *Estado de necesidad ...*, ps. 48 y ss.

<sup>106</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 615. Por otra parte, cabe señalar que Jakobs llega a la misma conclusión, pero como consecuencia de que exige, para que se pueda ejercer la legítima defensa, que exista contrariedad subjetiva al deber, cf. *Derecho penal ...*, ps. 464 y ss.

<sup>107</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de derecho penal...*, p. 306.

<sup>108</sup> Cf. Malamud Goti, *Legítima defensa...*

<sup>109</sup> Cf. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad ...*, p. 271.

correspondientes delito de resultado<sup>110</sup>—. Asimismo, Roxin sostiene que lo mismo deberá ocurrir ante una tentativa inidónea. Aunque aclara que ello no ocurriría porque falte el interés en el prevalecimiento del derecho, sino porque la defensa no sería necesaria. Por ello, entiende que estos casos a lo sumo deberían ser tratados como casos de legítima defensa putativa<sup>111</sup>.

En una posición contraria se encuentran Zaffaroni, Alagia y Slokar quienes consideran que si bien es cierto que una tentativa inidónea no afecta bienes jurídico-penales, de ello no se deduce que no se admita la legítima defensa contra esas acciones, al menos en forma absoluta. Así, sostienen que cabrá legítima defensa “*ante ella o ante un delito putativo, porque los bienes jurídicos o derechos que deben tenerse en cuenta no son únicamente los que protege el derecho penal y puede que esas acciones lesionen algunos de esos derechos*”. Traen como ejemplo el caso de que: “*nadie está obligado a soportar que su vecino lo quiera matar, aunque sea con agua, porque eso constituye una molestia que perturba su derecho a la tranquilidad, pese a que no afecta su derecho a la vida*”. Aunque señalan que en estos casos no será necesaria la misma acción defensiva que para una tentativa idónea<sup>112</sup>.

#### **I.B.4. Síntesis.**

En síntesis, el objetivo de este capítulo ha sido mencionar algunos criterios que se han elaborado para fundamentar las causas de justificación en general y la legítima defensa en particular. Esa mención ha tenido como finalidad señalar los puntos de partida que han adoptado diversos autores, pues ellos han orientado las decisiones que éstos han tomado (en cuanto al contenido de los diversos elementos de la legítima defensa).

A su vez, he intentado introducir al lector en las discusiones dogmáticas que se han elaborado sobre uno de los requisitos normativos que debe concurrir para que el sujeto que se defiende lo haga justificadamente: que exista una agresión ilegítima. En este sentido, he señalado que debe tratarse de una acción que a su vez sea antijurídica e inminente; ya que sólo de esta manera la defensa tendrá como finalidad repelerla o impedirle.

<sup>110</sup> Cf. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad* ..., p. 272. En sentido similar, también se ha manifestado Luzón Peña, en la medida en que ha sostenido que ni la tentativa imposible, ni la manifestación impotente de voluntad, de un niño por ejemplo, ni la agresión aparente, son agresiones. Cf. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, ps. 149 y ss.

<sup>111</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal* ..., p. 612.

La cuestión de la inminencia, como he adelantado, será retomada en el último capítulo de esta tesina, ya que a través de esa exigencia es posible establecer un criterio de distribución de riesgos (o suertes).

Por otra parte, también he mencionado las consecuencias que la doctrina mayoritaria entiende que se desprenden de una actuación justificada, como lo sería una defensa legítima, y las que se generan cuando falte el requisito de la agresión ilegítima. Sobre estas últimas cuestiones también volveré a trabajar. Sin embargo, para poder hacerlo será necesario primero analizar el contenido que las distintas teorías dogmáticas le asignan al injusto. Sobre esta base, señalaré algunas de las inconsistencias y contradicciones que estas posturas plantean, enfatizando cuál es la perspectiva de análisis que adoptan, para luego mostrar otro camino para abordar el injusto que resulta compatible con algunas de las posturas tradicionales.

---

<sup>112</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 592.

## **CAPÍTULO II:** **ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL INJUSTO PENAL**

### ***II. A. INTRODUCCIÓN.***

En la introducción ya he señalado que este trabajo estará centrado en la legítima defensa. En el primer capítulo he señalado algunas de las teorías que se han elaborado para justificar la incorporación normativa de esta causa de exclusión del injusto y algunas de las discusiones que los dogmáticos han elaborado en torno al requisito de la agresión ilegítima.

En ese capítulo, he mencionado que a fin de proteger intereses tanto individuales como colectivos, el Estado intenta disuadir a los ciudadanos para que omitan realizar determinadas conductas lesivas hacia esos bienes a través de la conminación de penas. Asimismo, allí he sostenido que la disuasión comienza en el ámbito de la tipicidad, pero continúa teniendo efectos en el ámbito de la justificación<sup>113</sup>.

Por esta razón, algunos autores han propuesto hablar en este peldaño de “injusto” en lugar de apuntar exclusivamente a la antijuridicidad<sup>114</sup>. Ellos han justificado esta decisión en el entendimiento de que la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, y de que, en cambio, dentro de la categoría del injusto se analiza no sólo la acción típica concreta, sino también todos los elementos reales de la “*respectiva situación, conforme a los criterios de la permisión o prohibición*”, que permiten que esa misma conducta humana sea desvalorada<sup>115</sup>. En otras palabras, en el injusto resulta factible situar un hecho (típicamente abstracto) dentro de un contexto social determinado, permitiendo así que pueda emitirse un juicio de valor sobre el conflicto de intereses que esa acción, producto de la interacción social, ha generado.

Entonces, dada la importancia del papel que cumple el injusto penal dentro de la dogmática penal, en este capítulo analizaré las diversas teorías que se han elaborado a fin de establecer cuál debe ser su contenido y la perspectiva que oriente su análisis.

### ***II. B. CONTENIDO DEL INJUSTO. DIVERSAS TEORÍAS. CRÍTICAS Y PROBLEMAS.***

---

<sup>113</sup> Sobre esta cuestión ver con mayor amplitud, en el punto III.A del capítulo III de esta tesina.

<sup>114</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 221.

<sup>115</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal ...*, p. 219; Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 562.

Para discutir el contenido del injusto debo referirme a las dos grandes corrientes de opinión que en este sentido se han elaborado. Estas dos corrientes que se enfrentan —sobre todo en sus versiones más puras— son la tesis subjetivista y la objetivista. Estas posturas se diferencian básicamente por las diversas exigencias que requieren para concluir que se ha realizado un injusto o en su defecto, que el sujeto ha actuado de manera justificada. La tesis subjetivista se conforma con que concurren los elementos subjetivos de la justificación; por el contrario, a la tesis objetiva sólo le importa que confluyan los elementos objetivos; esto es, sólo valorará lo que pase en la realidad exterior al actor, sin perjuicio de que ésta haya sido conocida por quien actuaba.

Estas diferencias repercutirán directamente en las consecuencias que le asignarán a un supuesto donde falte alguno de dichos elementos y en la perspectiva que adoptarán para analizar el caso concreto. Esto último significa que en algunos casos se pondrán en el lugar de quien actúa, tomando en cuenta los elementos que éste tuvo al momento de tomar la decisión de actuar (perspectiva *ex ante*) y en otros, analizarán el suceso desde una perspectiva *ex post*, esto es, valorarán lo que ha sucedido en el mundo externo.

Como es de esperar, entre estos extremos existen posturas intermedias; esto es, posturas matizadas que toman elementos de cada una de estas corrientes. Estas últimas son las denominadas teorías mixta o clásica.

Adoptar una u otra postura generará consecuencias disímiles. Como ya he dicho, la antijuridicidad es el ámbito en el cual los conflictos entre particulares son resueltos<sup>116</sup>. Por lo tanto, tomar partido por una postura objetivista o por una subjetivista, implicará también adherir a los resultados que se desprenden de sus postulados. Cuando los seguidores de cada una de estas tesis resuelvan casos sencillos —donde concurren tanto los elementos objetivos como los subjetivos de justificación— arribarán a soluciones similares, aunque a través de un razonamiento diferente. Sin embargo, ante casos complejos —donde falte el elemento objetivo o el subjetivo o concorra parcialmente alguno de ellos— llegarán a soluciones diversas<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Sobre esta cuestión ver punto B.4.a. (Consecuencias de la justificación) del capítulo I de esta tesina.

<sup>117</sup> Ello en la medida en que, como he señalado, la dogmática es una herramienta de resolución de conflictos que permite resolver el caso concreto de acuerdo a ciertos objetivos de política criminal. Por ello, los dogmáticos en la mayoría de los casos, señalan los presupuestos axiológicos de los que parten y sobre esa base, elaboran todo el sistema y toman decisiones acordes con los objetivos que pretenden alcanzar a través de esta herramienta. Ver en este sentido, especialmente a Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 216 y ss.

De allí que el objetivo de este capítulo sea describir los presupuestos básicos de los que parten cada una de estas teorías para definir el contenido del injusto, para luego señalar algunos de los cuestionamientos de los que son pasibles cada una de ellas.

## II.B.1. CONCEPCIÓN SUBJETIVA DEL INJUSTO.

El máximo exponente de esta corriente ha sido Zielinski —quien ha continuado con el desarrollo que ha hecho Armin Kaufman, quien a su vez, retomó algunas de las ideas de Welzel<sup>118</sup>— y Sancinetti ha sido quien la introdujo en nuestro país.

<sup>118</sup> Con relación al origen de esta teoría, muy sintéticamente cabe señalar que ella surgió ante la necesidad de hacer una distinción entre ilícito y culpabilidad (Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 19). A partir de esta distinción se entendió que los elementos “objetivos” constituían el ilícito y los “subjetivos” la culpabilidad. Este modelo fue pasible de importantes cuestionamientos, sobre todo porque se reconoció que el injusto no era explicable en todos los casos sólo por elementos objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basaba exclusivamente en elementos subjetivos (cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 198 y ss.). Por ello, Welzel, confrontando el concepto de “ilícito objetivo”, modeló la doctrina del injusto personal sobre la base de su concepto final de acción (cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 27). Con este concepto de acción, como una estructura lógico – objetiva, ontológica, el citado autor sostuvo que “*la estructura final de la conducta humana tiene que ser tenida en cuenta necesariamente por las normas del derecho penal*” y por lo tanto, si el contenido de la voluntad, la finalidad, era lo decisivo para la calificación de la acción como tal, tenía que ser jurídicamente relevante, para toda descripción de una acción (cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 28). Welzel entendía también que “*respecto a la acción, coinciden la norma de determinación y la de valoración*” (cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 30). Para Sancinetti de esta afirmación debería haberse derivado la absoluta irrelevancia del disvalor del resultado. Sin embargo, como Welzel también escribió frases en direcciones opuestas, donde le otorga al resultado un valor autónomo dentro del ilícito, la doctrina mayoritaria no interpretó a Welzel como él lo hizo (cf. Nuevo Sistema, p. 25 y ss. citado por Sancinetti). Kaufmann fue quien retomó ésta última idea de Welzel (que respecto de la acción coincidían tanto la norma de determinación como la de valoración). Él entendía que toda norma “quiere” influir y para ello no puede mantenerse en una estructura abstracta. Esta conexión entre juicio de valor y norma, lo llevó a sostener que las normas están constituidas por juicios de valor acerca de actos (cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 34). De allí, entendió que “*el contenido de la prohibición es, por tanto, siempre una acción (final); pues sólo aquello para lo cual sería necesaria la dirección de la voluntad, puede ser inhibido por otra dirección correcta de la voluntad (...)* La prohibición no puede ir, por tanto, más allá, no puede prohibir más de lo que es posible a una acción final”. Para Sancinetti, Kaufmann sentó las bases para una teoría subjetiva (cf. Teoría de las normas, ps. 90 y ss., 161y ss. y 213 y ss., citado por Sancinetti, ps. 32 y ss.). Sin embargo, como éste no llevó las cosas “*enteramente hasta el final*”, no se aplicaron las consecuencias que debían desprenderse de esas premisas. Contrariamente, Sancinetti entiende que esos pasos sí fueron dados por Zielinski, quien reformuló el punto de partida de Kaufmann y sostuvo que él estaba constituido por la corroboración de la “*comunicabilidad del contenido normativo*” y que “*el ordenamiento jurídico tiene no sólo una función de valoración, sino también y definitivamente una función de regulación, es decir, que quiere influir en la conformación y preservación de la convivencia humana. El ordenamiento jurídico puede desarrollar esta tarea, sin embargo, sólo por medio de la actividad humana orientada a fines, es decir, tiene que dirigirse a la voluntad de los hombres y ordenarles ejecutar las acciones deseadas por él para la obtención de metas jurídicamente valiosas (mandatos) o bien la omisión de acciones indeseadas para la evitación de resultados jurídicamente disvaliosos (prohibiciones)*” (cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 38). A ello agregó que el resultado no cumple ninguna función en el ámbito del ilícito —al menos no, de manera independiente al disvalor de acción—. “*Ilícito es el acto final contrario a deber y sólo él...*” (cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, ps. 40 y ss.).

El punto central de esta postura radica en que construye todo el injusto penal sobre el disvalor de acción, negándole al disvalor del resultado un significado autónomo para la fundamentación del injusto. Ello como consecuencia de que entienden que sólo las acciones, pero no los resultados, pueden ser objeto de prohibición; ya que éste último depende del azar. En otras palabras, como entienden que la producción del resultado depende de cuestiones ajenas a la voluntad, y que la norma sólo puede condicionar la voluntad del sujeto, concluyen que él (el resultado) debe ser irrelevante para el injusto.

En efecto, aquellos que adhieren a las mismas premisas que Zielinski y Sancinetti —que son las que han dado lugar a lo que se denomina “teoría personal del injusto”— sostienen que, para el injusto, sólo interesará la acción (disvalor de acción), que dependerá de la dirección volitiva del autor y no las consecuencias que de ella se desprendan (disvalor de resultado); la imputación no podría incluir elementos independientes de la decisión de voluntad, ya que sólo lo que se encuentre dentro del ámbito de esa decisión podría contraponerse a la norma y sólo en este ámbito (decisión de voluntad) la norma puede influir sobre el autor<sup>119</sup>.

### ***II.B.1.a) principales consecuencias dentro de la teoría del delito.***

Las principales consecuencias que se generan a partir de estas premisas son, por un lado, la equiparación del hecho tentado (por lo menos, cuando se trate de una tentativa acabada) con el hecho consumado; el hecho de haber logrado el objetivo (matar a la persona) nada aporta a su valoración. Así, debería recibir la misma respuesta punitiva quien mató a una persona y quien sólo intentó hacerlo<sup>120</sup>. Por el otro lado, estas premisas también llevan a que en los casos de imprudencia no pueda supeditarse la punibilidad de la conducta a la producción del resultado<sup>121</sup>.

A su vez, de estas premisas se sostendrá que, así como el ilícito se fundamentará exclusivamente en el disvalor de acción, su exclusión dependerá

---

<sup>119</sup> Cf. Sancinetti, *Ilícito personal....*, p. 28.

<sup>120</sup> Cf. Sancinetti, *Ilícito personal....*, ps. 37 y ss. Debe señalarse que cuando estos autores proponen la equiparación entre la acción tentada y la consumada, propugnan para que el tope máximo quede constituido por la pena prevista para la tentativa (y no para el delito consumado). A su entender, ese plus de pena sería ilegítimo.

<sup>121</sup> Para los subjetivistas, la mera infracción del cuidado debido ya implicará que esa conducta resulte castigable, incluso cuando esa infracción no haya generado una lesión a un bien jurídico. Sin embargo, dado que entienden que en esos casos el resultado opera como una condición objetiva de punibilidad, cuando no se haya producido un resultado no castigarán la conducta imprudente. Asimismo, cabe señalar que ya Armin Kaufmann propugnaba por alcanzar estas consecuencias (cf. Sancinetti, *Teoría del Delito....*, p. 36).

únicamente del valor de acción: del llamado dolo de justificación<sup>122</sup>. De allí que resulte obvia la exigencia de que en todas las causas de justificación la intención del autor coincida con la de la proposición permisiva; y que, para explicar el funcionamiento del tipo permisivo, lo decisivo sea la concurrencia de la voluntad de realización del valor del salvamento<sup>123</sup>. Así como la tentativa acabada es el prototipo del hecho punible, también la tentativa de preservar el valor preponderante en la situación de conflicto de valores (“tentativa de justificación”) tiene que determinar la exclusión del ilícito. Si el resultado disvalioso no puede agregar nada al contenido del ilícito, tampoco el resultado valioso de salvamento efectivamente concretado será incapaz de influir en absoluto en el contenido de la justificación<sup>124</sup>.

En este sentido, Zielinski sostiene que *“así como la acción y sólo la acción subyace a la valoración de contraria a derecho, así también únicamente esta acción subyace a la valoración de adecuada a derecho, es decir, que sobre esta acción será impartido un juicio de valor positivo, que sólo puede verificarse en la medida en que la acción está orientada a la realización de una situación de hecho plena de valor, por ejemplo, a la salvación de un objeto de bien jurídico. El valor de la meta a la que tiende la acción funda el valor de la acción, así como la meta a la que tiende la acción funda el disvalor de acción. El disvalor de acción —y sólo él— constituye el ilícito; el valor de acción —y sólo él— produce la exclusión del ilícito”*. *“El resultado es irrelevante para el ilícito; de allí que tampoco pueda adquirir ninguna relevancia para la exclusión del ilícito”*<sup>125</sup>.

Por otra parte, cabe mencionar que, para los subjetivistas, de la afirmación de que una acción está justificada no se desprenden (necesariamente) consecuencias para el resto de las personas diferentes a quien actúa (es decir, para las personas diferentes a quien invoca la legítima defensa). En efecto, los subjetivistas no le otorgan a quien pretende defenderse legítimamente un derecho en sentido pleno (de acuerdo a como fue definido en punto I.C.B.4.a del capítulo I), como consecuencia del cual el otro

<sup>122</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 525.

<sup>123</sup> En este sentido, Sancinetti sostiene que el ilícito que estaría consumado como consecuencia de una acción violatoria del tipo penal, puede ser “excluido” por medio de la operatividad de una contra norma, según la cual dadas ciertas circunstancias de hecho, a pesar de que la acción coincida con el juicio de disvalor propio del tipo del ilícito, es igualmente valiosa: estas contra normas se presentan bajo la forma de “preceptos permisivos” y tienen que tener la misma estructura y hallar la misma base de fundamentación que la tipicidad, esto es, fundarse en un valor de acción que, en la situación concreta, prevalece ante su grado de disvalor (adecuado al tipo), cf. *Teoría del delito...*, ps. 516 y ss..

<sup>124</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 531.

<sup>125</sup> Cf. Zielinski, *Handlungsunwert*, p. 222, citado por Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 525.

sujeto tendría el deber de tolerar esa injerencia. Por el contrario, sostienen que “la exclusión del ilícito de una injerencia por parte de “A” sobre los intereses de “B” no prejuzga sobre el derecho de “B” a impedir la injerencia de “A”<sup>126</sup>. A su vez, afirman que “la suposición errónea del tipo objetivo de un precepto permisivo produce la misma situación de justificación que si la representación fuera correcta”<sup>127</sup>.

### **II.B.1.b) Perspectiva que guía el análisis.**

Dado que los subjetivistas enfatizan la necesidad de que exista una voluntad de salvamento, bastará para que sostengan que se ha actuado justificadamente con que la persona que actúa “haya meramente reconocido la concurrencia de los presupuestos de hecho que integran el tipo objetivo de un precepto permisivo”<sup>128</sup>. El valor de acción propio de la exclusión del ilícito (neutralización del disvalor de acción) quedará satisfecho con el mero reconocimiento de los presupuestos de hecho que integran el tipo objetivo del precepto permisivo, sin que se requiera ninguna “voluntad de salvamento especial, una motivación buena, que no sea el conocimiento de aquellos elementos, paralelamente a lo que sucede con el dolo, en el tipo del ilícito”<sup>129</sup>.

A su vez, en el caso contrario, esto es, cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación pero el sujeto no lo sepa, los subjetivistas concluirán sin problemas que se ha cometido un injusto consumado<sup>130</sup>.

Resulta fundamental señalar que para analizar todo el suceso adoptarán una perspectiva *ex ante*; esto es, tomarán en cuenta los elementos de conocimiento que tenía el sujeto al momento de tomar la decisión de actuar. Esos elementos serán considerados con independencia de que hayan efectivamente existido (lo que sería posible de corroborar a través de un análisis *ex post*). Al punto tal, que el juicio que se

<sup>126</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 563.

<sup>127</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 566.

<sup>128</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, ps. 529 y 544, quien sostiene además que resulta conceptualmente necesario que la reprobación del tipo objetivo de una causa de justificación, “ya concrete siempre en permisión al precepto permisivo (...) el valor de acción, concurrirá en la medida en que el autor conozca los presupuestos objetivos del valor preponderante, sin que sea necesario —en principio— un componente anímico especial”.

<sup>129</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 544.

<sup>130</sup> Esta interpretación podría implicar una restricción del ámbito de justificación de la acción, ya que no podría considerarse el resultado (de salvamento) que eventualmente se haya producido para justificar una conducta.

haya emitido *ex ante* (de exclusión de ilícito o de antijuridicidad) permanecerá invariable cualquiera sea, en definitiva, la “verdadera situación”<sup>131</sup>.

Aquellos que adhieren a esta postura, justifican la adopción de esta perspectiva (*ex ante*) para analizar el caso por la función de prevención que le asignan a la norma (esto es, por la función contra motivadora que ésta desempeñaría).

En este sentido, Sancinetti sostiene que mediante la norma se intenta *prevenir la realización de acciones* por los daños que ellas pudieran causar. En consecuencia, el objeto de disuasión está dirigido a la realización u omisión de determinadas acciones. Por lo tanto, no tendría sentido pensar que la norma disuasoria pudiera referirse a la acción de tentativa acabada de modo diferente respecto de la acción que logra el resultado. El contenido de la disuasión se cumple o se infringe con un acto de voluntad: no se puede disuadir otra cosa que una decisión de emprender una acción; y si esta disuasión puede tener algún ámbito de efectividad, éste operará *ex ante*, es decir, antes de que la acción sea realizada<sup>132</sup>. El objeto de valoración de la norma y el objeto de determinación lo constituyen cada decisión de voluntad y sólo esto. En función de ello, afirma que adhiere a un derecho penal de voluntad, que no es un derecho penal de autor, sino un derecho de acción; esto es, un derecho penal de culpabilidad por el hecho<sup>133</sup>.

Por otra parte, y sin perjuicio de que Sancinetti parte de la premisa de que el resultado es irrelevante, reconoce que éste tiene una función que desempeñar. En este

<sup>131</sup> En este sentido, Sancinetti señala que en los casos de legítima defensa —por ser una causa de justificación que responder al principio de responsabilidad (entendido de manera similar a como lo define Jakobs)— cuando el autor tenga dudas sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de la justificación, habrá que distinguir si esta duda recae sobre el elemento agresión ilegítima —esto es, sobre la situación base— o sobre la requeribilidad del medio concretamente empleado para la defensa —los que para Sancinetti son elementos prospectivos, futuros, que no pueden dejar de depender de un juicio *ex ante*—. Con relación al primer caso, este autor exige que el sujeto tenga un grado de certidumbre lindante con la *seguridad* para poder invocar el tipo permisivo. Ello en la medida en que un tercero ajeno al conflicto no tendría por qué cargar con las amenazas sufridas por el autor. Es por ello que sostiene que “*éste no podría actuar, en principio, si es que no puede resolver su duda en una causa —seguridad de que quien se acerca es efectivamente el agresor. Si la duda subsiste como tal, debe abstenerse*”. Sin embargo, cuando el grado de probabilidad de ser víctima de una lesión sea alto, el autor podría de todas formas actuar. No ya bajo el amparo de la legítima defensa, sino en un estado necesidad *ofensivo*: esto es, sobre la base de una desproporción entre los bienes afectados. En cambio, cuando el sujeto tenga dudas sobre la requeribilidad, la regla será la opuesta. En consecuencia, el sujeto podrá recurrir al medio que le de más seguridad, porque ya tiene certeza de que está siendo agredido ilegítimamente; cf. *Teoría del delito...*, ps. 534 y ss.

<sup>132</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 83.

<sup>133</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 94. Por eso sostiene que en la valoración de la infracción —a partir del comienzo de ejecución— hay que distinguir tantos pasos de acción como impulsos de voluntad deba dar el autor según su plan. Cada paso de desarrollo del plan de acción agrega una dosis de disvalor que sólo alcanza su expresión máxima en la última decisión (tentativa acabada). Lo que suceda con independencia de esto (el resultado) no interesa, cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 101.

sentido, sostiene que el resultado que se buscó a través de la acción deberá ser tenido en cuenta con el fin de definir de qué acción se trata. Ello, en la medida en que el resultado —la lesión a un bien jurídico— define el disvalor de acción. Así, sostiene que “*cuando la norma prohíbe el homicidio marca que la vida del hombre constituye un bien, del cual deriva la prohibición. De allí que el bien jurídico cumpla una función prioritaria en el concepto de ilícito, no el resultado efectivo; pero sí el resultado que la decisión de acción abarcó en el contexto de la finalidad*”. Es decir, el bien jurídico cumple una doble función, por un lado legitima a la norma que impone un determinado deber; y por el otro, cumple la función de “*definir el disvalor de acción contrario a la norma; pues la acción no es contraria a la norma porque sí, sino en la medida en que la voluntad del autor se contrapone al bien jurídico*”<sup>134</sup>.

En síntesis, para la teoría personal del injusto sólo importará la voluntad de defensa. Bastará con que el sujeto tenga dicha voluntad para que concluyan que éste ha actuado justificadamente, sin que tenga relevancia alguna si ha logrado el objetivo de salvaguardar un bien jurídico. Esto último, como consecuencia de que la producción del resultado depende del azar y por lo tanto no aporta nada ni para la fundamentación del injusto ni para su exclusión. Contrariamente, cuando no concurra esa voluntad de salvaguarda, los subjetivistas concluirán que se ha realizado un injusto consumado. Asimismo, la perspectiva que guiará el análisis será aquella que tenga en cuenta los elementos de conocimiento en los que se basó el sujeto al momento de actuar (perspectiva *ex ante*).

### **II.B.2. Críticas a la tesis subjetivista.**

La teoría personal del injusto es pasible de diversas críticas y cuestionamientos, que podrían ser reunidas en dos grupos: por un lado, podrían englobarse las que apuntan a cuestionar la afirmación de que la producción del resultado depende del azar; y por el otro, las que critican la equiparación del acto tentado con el consumado.

#### ***II.B.2.a) críticas a la afirmación de que el resultado depende del azar.***

1). Dentro del primer grupo, se encuentran aquellos dogmáticos que postulan que es incorrecta la afirmación de que el resultado debe ser irrelevante ya que su producción dependería del azar, y que el injusto, en consecuencia, debería estar basado

---

<sup>134</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 111.

sólo en la intención del agente. Esta afirmación, para quienes le otorgan a la producción del resultado un valor autónomo, sería incorrecta en la medida en que no todos los resultados se producen azarosamente. Cuando un resultado se produzca de casualidad, no se lo imputarán a la acción que lo ha producido. Sin embargo, se lo atribuirán cuando la concreta lesión al bien jurídico se presente como obra del autor.

En este sentido, Roxin ha señalado que a través de la teoría de la imputación objetiva se ha buscado (principalmente) introducir criterios que permitan “*excluir los resultados que no pertenecen a la acción*”; esto es, se ha perseguido elaborar criterios que resulten útiles a fin de no imputarle al autor un resultado cuando éste se ha producido azarosamente y para imputárselo, cuando el resultado se haya producido como consecuencia de su voluntad<sup>135</sup>.

2). Por otra parte, la postura subjetivista presupone una relación entre la cuestión moral y la cuestión del control que ha sido cuestionada, entre otros, por Nagel. Este autor ha señalado que el intento de diferenciar aquello que cae bajo el dominio de nuestra voluntad de lo que queda fuera de nuestro control, para limitar la responsabilidad moral de quien actúa, empobrece el mundo moral transformándolo en un contexto prácticamente insignificante. Este empobrecimiento del mundo moral, se produciría como consecuencia de que debería excluirse de él todo aquello que ocurra más allá de las decisiones. Porque, incluso los movimientos corporales ya dependen de la suerte de que los músculos obedezcan la orden cerebral. Estos últimos están sujetos a cuestiones que no dependen de nuestra intención<sup>136</sup>.

De esta manera, Nagel sostiene que si los juicios morales quedan limitados a las puras intenciones, la interacción entre personas sería la de intenciones cruzadas cuyos efectos serían irrelevantes respecto de todo juicio condenatorio o de ponderación; situación que generaría que todo intercambio de agradecimientos y/o otorgamiento de premios, condenas o castigos carezcan de sentido<sup>137</sup>.

Esta última cuestión es fundamental y hay varios autores que la enfatizan. En este sentido, cabe citar a Searle quien sostiene que existe reciprocidad en la relación explicativa entre intenciones y resultados. Nuestras intenciones permiten explicar

<sup>135</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 325; además, ver este tema en el punto III.E.1 del capítulo III de esta tesina.

<sup>136</sup> Cf. Nagel Thomas, *Mortal questions*, 1979, Cambridge University Press, p. 24 y ss, citado por Malamud Goti en *La Acción, la intención y...* quien además menciona que el disparo de mi rifle no depende solo de que este esté debidamente cargado y que el cartucho sea apto para el disparo. Depende también de que mi dedo obedezca la orden de mi cerebro; y que mi mano, por ejemplo, pudo haberse congelado, o pude haber contraído una inesperada y repentina parálisis.

ciertas consecuencias y las últimas explican también nuestras intenciones<sup>138</sup>. Se trata de relaciones conceptuales que permiten darle sentido a acciones y resultados.

Asimismo, Duff ha cuestionado la relación que los subjetivistas establecen entre suerte y control, en la medida en que la relación que construyen es contraria al lenguaje cotidiano y a las prácticas sociales que en este sentido imperan. En efecto, este autor entiende que en el lenguaje habitual (y en la vida cotidiana) confiamos — esto es, predecimos en función de la habilidad habitual de la gente— en que el conductor se maneje con pericia; en que mantenga los hechos bajo su control, y entendemos que ha “perdido el control” cuando no cumple con esas expectativas. Contrariamente, con relación al imperito no nos resulta llamativo su fracaso y consideramos una cuestión de azar que haya logrado su objetivo (por ejemplo, de no haber tenido un accidente). Estas predicciones (expectativas) las elaboramos analizando los riesgos que la gente debe enfrentar. Sin embargo, esos riesgos son producto de situaciones que no caen bajo nuestro control y en consecuencia, dependen del azar, de la suerte. Por esta razón, Duff sostiene que los resultados o los hechos que suceden más allá de nuestras intenciones o de nuestros movimiento no son sólo una cuestión de suerte, pues presumimos una dosis de control; esto es, entendemos que ellos han estado bajo nuestro control<sup>139</sup>.

3). Por su parte, Jescheck también cuestiona la postura subjetivista en la medida en que entiende que el injusto no consiste sólo en la relación entre la voluntad de acción y el orden normativo. Por el contrario, el injusto abarca por igual tanto la realización de la voluntad de la acción como el daño social que el lesionado y la comunidad sufren por el hecho y que debe ser evitado conforme a la valoración normativa. Con la acción se materializa sólo el riesgo para el bien jurídico protegido. La voluntad de realizar la acción solamente es una parte del injusto de la acción; la otra parte que complementa el injusto, se conforma con el disvalor del resultado; esto es, con las consecuencias concretas que esa acción ha generado (con la forma y grado en la que se ha lesionado un bien jurídico). Además, señala que prescindir (eliminar) del disvalor del resultado conduciría a consecuencias político criminales inaceptables<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Cf. Nagel, *Mortal questions...*, ps. 24 y ss, citado por Malamud Goti en *La Acción, la intención y ...*

<sup>138</sup> Cf. Searle, John, *Mind, Language and Society*, Basic Books, 1998, ps. 104/107, citado Malamud Goti en *Algo Mas Sobre el Llamado “Disvalor de Resultado”...*

<sup>139</sup> Cf. Duff R., *Criminal Attempts*, Oxford, 1996, ps. 329 y ss, cit. por Malamud Goti en *La Acción, la intención...*

<sup>140</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 216.

A su vez, Roxin también ha señalado que la acción típica es una unidad de factores internos y externos que incluyen el resultado; y es por ello que sostiene que los resultados no se podrían prohibir independientemente de las acciones humanas ni tampoco como consecuencias solamente casuales e incalculables. No tendría sentido pretender prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables.

Por lo tanto, Roxin entiende que dentro del derecho penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción. Aunque, por el contrario, afirma que sí podría prohibirse la producción de determinados resultados que supongan la “*realización planificada de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones de cuidado debido*”<sup>141</sup>.

4). En este último sentido, Roxin ha sostenido que al prescindir totalmente de valorar el resultado, la tesis subjetivista sienta las bases para desembocar en un derecho penal de la actitud interna. Es decir, si se llega al extremo de no exigirse resultado alguno, podría legitimarse la aplicación de un castigo cuando el sujeto sólo haya tenido la resolución de actuar en contra de la norma<sup>142</sup>. Castigar a una persona sólo por la decisión que ha tomado (esto es, antes de que la ejecute), implicaría penarla no por sus actos sino por su actitud; lo que resulta totalmente contrario a las premisas de un Estado democrático de derecho.

#### **II.B.2.b) Críticas a la equiparación del acto tentado con el consumado.**

Por otro lado, también ha sido fuertemente cuestionada la equiparación que propugna el subjetivismo entre la acción tentada y la acción consumada. Básicamente, las críticas que se han formulado giran en torno a la idea de que intuitivamente no es lo mismo que haya pasado algo a que no haya pasado nada.

1). En este sentido, Roxin ha señalado que el legislador era libre para determinar de modo distinto la punibilidad de la acción tentada y de la acción típica consumada (castigando atenuadamente la tentativa), sin embargo, las tipificó de manera diferente, ya que entendió que la perturbación de la paz jurídica es

<sup>141</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 324.

<sup>142</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 325 y ss. Asimismo, sostiene que “*la separación de acción y resultado y la expulsión del resultado fuera del injusto también es imposible porque el injusto penal no puede existir en ninguna de sus manifestaciones sin un resultado externo. La tentativa también presupone un resultado (el comiendo de ejecución, pues de lo contrario no es una acción de tentativa, sino a lo sumo un acto preparatorio)*” (Sobre cuestiones problemáticas vinculadas al derecho penal de autor, ver entre otros, Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 176 y ss.). Como he señalado, contra esta imputación los seguidores de la teoría subjetiva contra argumentan que el derecho penal de voluntad al que adhieren no es un derecho penal de autor, sino un derecho de acción; ver nota 21 de este segundo capítulo..

conocimiento se origina en esta interacción y nuestro actuar esta condicionado precisamente por ese intercambio<sup>147</sup>.

3). Por otra parte, dentro de esta misma línea de argumentación, podría plantearse otro cuestionamiento tomando en cuenta el rol que se le asigna al derecho penal. En efecto, si la persona que debe resolver el caso entendiésemos, como lo hace Malamud Goti<sup>148</sup>, que el castigo tiene como función, además de censurar, la de educar, disuadir y recrear cierta igualdad entre el trasgresor y la víctima; también aceptará que esta cuestión repercutirá directamente en el tipo y grado de reacción que el acto tentado y el consumado generarán por parte del aparato estatal.

De esta óptica, la aplicación de la pena tendrá básicamente dos funciones. Por un lado, a través del castigo se le dirá a la víctima que tiene razón y que ha sido tratada injustamente; y por el otro, a través de su aplicación se intentará reequilibrar la situación entre la víctima y el victimario. La necesidad de realizar una nivelación entre víctima y victimaria, surge del hecho de que el delincuente, al no contener ciertos impulsos que la víctima y el resto de los ciudadanos han contenido, se ha colocado por encima del ciudadano obediente.

De allí que quien adopte estas premisas concluiría que mediante la imposición de un castigo no se perseguirá la misma equiparación entre el autor y su víctima, ni funcionarán las mismas razones para castigar, cuando el delincuente haya sido exitoso que cuando haya fracasado<sup>149</sup>.

4). Desde otra perspectiva, también cabe señalar que la tesis subjetivista ha sido cuestionada por hacer depender la facultad de lesionar bienes jurídicos ajenos solamente de las representaciones de aquel a quien se le concede el permiso (pues se trataría de una acción subjetivamente justificada). En este sentido, Kaufmann ha dicho que el orden jurídico, como regulación del comportamiento humano, “no puede hacer depender la excepcional concurrencia de la proposición permisiva, de las eventuales representaciones equivocadas del beneficiario de la permisión, sino, en definitiva, sólo de criterios existentes fuera de las presentaciones del autor. Él debe, pues, por ello,

<sup>147</sup> Cf. Duff, R.A., *Subjectivism Objectivisms and the role of theory*, en Harm and Culpability, ed. por A. P. Simester y A.T.H. Smith, Oxford, 1996, 19-70, citado por Malamud Goti en *La Acción, la intención y...*

<sup>148</sup> Cf. Malamud Goti, *Terror y Justicia...*, ps. 228 y ss.

<sup>149</sup> Más allá de que me resulta una línea de fundamentación del castigo muy interesante, en el contexto en la que la estoy mencionando, cabe señalar que un subjetivista podría cuestionar esta teoría en la medida en que al otorgarle a la pena la función de disuasión (entre otras) y al enfatizar la posibilidad de “contener ciertos impulsos” estaría dando a entender que el disvalor de acción cumple el rol fundamental.

poner a cargo de quien actúa queriendo hacer uso de una permisión del derecho, el riesgo de reconocer correctamente los presupuestos de la proposición permisiva”. Ello en la medida, en que el riesgo del erróneo uso del permiso afectará a terceros ajenos al conflicto<sup>150</sup>.

### **II.C. Teoría objetiva.**

A modo de aclaración, deseo señalar que en este acápite me abocaré la tesis objetivista pura (que es aquella que sólo toma en cuenta a la hora de valorar el injusto la concurrencia de los presupuestos objetivos de la justificación) y a la tesis clásica o mixta (que adopta elementos tanto de la tesis subjetivista como de la objetivista pura). Las he agrupado en este apartado, pues ambas, a diferencia de la tesis subjetivista, exigen necesariamente la presencia de los elementos objetivos de la justificación. Sin embargo, como existen importantes diferencias entre ellas, las trataré por separado.

#### **II.C.1. TESIS OBJETIVISTA PURA.**

En el extremo opuesto al subjetivismo, cabe mencionar a aquellos que entienden que el contenido del injusto se agota con los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Que éstos estén presentes será suficiente para que concluyan que la persona ha actuado justificadamente; en consecuencia, prescindirán totalmente de valorar los conocimientos y la intención de la persona que actuó.

Esta posición objetiva extrema no es la que goza de mayores adeptos. Sin embargo, en algún momento estuvo ampliamente difundida. Dentro de los dogmáticos alemanes, actualmente Spindel es uno de los únicos que aún la defiende<sup>151</sup>. Dentro de nuestro país existen importantes exponentes de esta teoría, dentro de los cuales cabe mencionar desde un principio a Carlos Nino y más recientemente a Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar; aunque cada uno de ellos adhiere a esta teoría por diversos motivos. En el próximo apartado me limitaré a presentar cada una de estas posturas.

#### **II.C.1.a) Postura de Nino.**

<sup>150</sup> Cf. Kaufmann, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal, en Nuevo Pensamiento Penal, año 4 (1975) ps. 159 y ss.*, citado por Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 560.

<sup>151</sup> Por lo tanto, este autor se fija exclusivamente si la actuación del sujeto está objetivamente amparada por una situación de justificación; renunciado a cualquier tipo de criterio subjetivo; cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 596 y ss.

Nino sostiene que el estado de necesidad, la legítima defensa o cualquier otro ejercicio de derecho, justifican la respectiva acción con independencia de los motivos, las intenciones y/o las creencias del agente. Esta conclusión se impone como consecuencia de la concepción liberal, según la cual el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una autodegradación moral del agente, sino sólo situaciones socialmente indeseables. En función de ello, concluye que el que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión, no da lugar a una situación indeseable que el derecho trate de prevenir, cualquiera sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral.

Para llegar a esta conclusión, Nino establece las bases de las que parte. Él comienza a construir su razonamiento analizando el sentido de la pena —a la que le asigna una función de prevención general—, y de allí deduce los límites a los cuales debería estar sometido el ejercicio del poder dentro de un Estado de Derecho que pretenda hacer un uso racional del derecho penal. Sostiene que estos límites al poder podrían atender por un lado, a consideraciones morales y prudenciales y, por el otro, podrían originarse en razones de orden general o individual. Nino hace jugar estas variables y elabora una propuesta dirigida tanto a los legisladores como a los jueces.

De esta manera justifica la pena, en cuanto medida coactiva gravosa que implica la privación de derechos, sobre la base de un doble orden de ideas: general y particular. El primero de ellos justificaría la pena como institución, en función de su utilidad; y en consecuencia, su aplicación sería correcta cuando resulte ser un medio necesario y efectivo para la protección social<sup>152</sup>. El segundo orden estaría orientado a establecer quién puede ser objeto de sanción, esto es, a quien se le puede adjudicar un castigo que ya ha sido justificado como institución. De acuerdo a Nino, esto último (la adjudicación) debería hacerse de acuerdo al consentimiento previo de sus destinatarios.

En efecto, para este autor, será el consentimiento del sujeto a asumir una responsabilidad penal lo que justificará la aplicación de una pena. Dicho consentimiento se encontraría implícito en la comisión voluntaria de un delito cuando la persona sepa que la pena es una consecuencia necesaria de esa acción<sup>153</sup> y hará que la pena deje de ser una carga desproporcionada impuesta al sujeto que actúa en

---

<sup>152</sup> Nino lo denomina principio de protección prudencial de la sociedad; esto es, que una ley penal solamente se justifica cuando su sanción y aplicación están destinadas a prevenir daños mayores que los que ella genera, cf. *Los límites...*, p. 304.

<sup>153</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 247 y 392 y ss. como se verá, ese consentimiento debe estar orientado a la realización de una acción “enantiotética”, cf., *Los límites...*, p. 398

beneficio de las demás personas diferentes a quien la sufre<sup>154</sup>. Por ello, para que la imposición de una pena resulte legítima ese consentimiento debe existir. Esta exigencia la denomina principio de “*asunción de la pena*”<sup>155</sup>.

Por otra parte, este autor expresamente destaca que para la construcción de su teoría parte de un esquema liberal, dentro del cual, la imposición de una pena se justifica solamente como un medio de prevención de actos lesivos. De allí que le atribuya a ésta un efecto disuasorio y que sostenga que los únicos actos que puedan ser punibles sean aquellos que pertenecen a la clase de los que la ley quiere prevenir a causa de su carácter dañino; esto lo denomina “*principio de enantiotelidad*”<sup>156</sup>. De la exigencia de que sólo las conductas dañinas puedan ser objeto de prohibición, se desprende la obligación de excluir de antemano toda imposición de la moral.

A su vez, Nino sostiene que el carácter enantiotético (dañino) de un acto no debe determinarse por el sólo hecho de que se encuentre en oposición a una determinada norma enantiotética; ya que ese acto debería ser considerado con relación a otras normas. Esa es la razón por la cual Nino manifiesta que dicha calidad también se ve afectada (de manera similar) por su relación con los objetivos de las reglas permisivas del sistema; así “*si el acto proscripto por una norma de enantiotelidad es uno de aquellos que un acto permisivo autoriza, puede no ser enantiotético, según la importancia relativa de la razón para permitir tal clase de actos*”<sup>157</sup>.

En este sentido, agrega que no toda acción que cause un daño proscripto será automáticamente enantiotética, sino que lo será únicamente cuando la conducta realizada haya implicado una actuación irrazonablemente peligrosa<sup>158</sup>. A su vez, otro rasgo que desprende de este principio (de enantiotelidad) es que los daños que se buscan prevenir deben ser independientes de cualquier determinación acerca del estado psíquico con que fueron causados<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 234 y 395 y ss.

<sup>155</sup> Además Nino sostiene que para que la aplicación de una pena resulte legítima deberían cumplirse ciertos pre-requisitos, tales como que la persona haya sido capaz de evitar el acto al que se le imputa responsabilidad penal; que la persona penada haya consentido en ejecutar el acto que le acarrearía responsabilidad; y que haya sabido que la asunción de tal responsabilidad era una consecuencia necesaria del acto que ha consentido ejecutar Nino, *Los límites...*, ps. 249 y 350 y ss.

<sup>156</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, p. 306.

<sup>157</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, p. 330.

<sup>158</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 330 y ss.. A su vez, sostiene que la determinación de qué riesgos son razonables y cuáles no lo son se determina en relación a ciertas actividades y objetivos sociales

<sup>159</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 331 y 385 y ss.. Por otra parte, otras consecuencias que Nino desprende de este principio es: a) la inocuidad de las acciones realizadas bajo el amparo de una causa de justificación en la medida en que la acción no causa el daño o no genera el peligro que la ley penal pertinente está destinada a prevenir; b) que el carácter enantiotético de la conducta podría ser útil como

Por este motivo, Nino entiende que reprimir una acción que no vulnere los intereses protegidos por la ley tiene efectos indeseables cualesquiera que sean las creencias o intenciones del agente. Imponer una pena allí sería gratuito; esto es, constituiría una restricción innecesaria para los fines de la prevención. En efecto, para Nino el hecho de que algunos individuos no sean penados por realizar acciones inocuas, necesarias o permitidas, pese a desconocer esto último y a proceder con intención maliciosa, no estimulará a otros a cometer actos dañosos. Ello, en la medida en que los otros observarán que lo decisivo es precisamente la efectiva producción del daño.

Sobre esta base, concluye que la enantiotelidad y su contrapartida, las causas de justificación, deben definirse objetivamente; y en consecuencia *“el conocimiento de las circunstancias fácticas exigido por el principio de asunción de la pena, debe limitarse sólo a las circunstancias mencionadas por la descripción del delito que son relevantes para la enantiotelidad de la acción”*<sup>160</sup>.

Asimismo, señala que no sólo los elementos subjetivos de la justificación son irrelevantes, sino que además la idea de que las causas de justificación —como la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio de un derecho— dependan de las intenciones o creencias del agente es producto del perfeccionismo<sup>161</sup>.

Recopilemos. Para Nino una acción descrita como delito no será enantiotélica cuando no cause el daño o no genere el peligro que la ley penal está destinada a prevenir. Asimismo, tampoco tendrá este carácter una conducta que, a pesar de causar un daño, no sea pasible de ser calificada como una actuación irrazonablemente peligrosa; y dicha evaluación deberá realizarse con independencia de las actitudes subjetivas del agente<sup>162</sup>.

Por ello sostiene que *“quien crea un daño a fin de prevenir otro mayor que se produce a pesar de todo: si el procedimiento adoptado fue necesario y generalmente eficaz para impedir el daño mayor, la conducta no será enantiotélica a pesar de sus efectos netamente dañosos”*. Aunque señala que, a pesar de que en teoría los casos

---

criterio para decidir cuándo un delito puede ser jurídicamente impedido; c) que tiene un efecto para la graduación de las penalidades, cf. *Los límites...*, p. 336 y ss

<sup>160</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, p. 340, el resaltado me pertenece.

<sup>161</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 331 y ss..

<sup>162</sup> En consecuencia *“aunque el agente quiera causar daño, su acción no es enantiotélica, y no hay razón para penarlo dentro de un sistema jurídico que se desentienda de la evaluación moral de la personalidad de los individuos, si la acción es objetivamente correcta de acuerdo con las normas del debido cuidado y no produce la clase de riesgo o daño que el derecho está destinado a precaver”*, cf. Nino, *Los límites...*, ps. 470 y ss..

podrían ser resueltos independientemente de las actitudes del agente, en la práctica estas actitudes podrían ser relevantes “no para premiar los buenos motivos del agente sino a fin de determinar la posible eficacia de la acción ejecutada para impedir el mal mayor (...) y si la acción no se ajusta a las normas del debido cuidado o no es un medio necesario y generalmente eficaz para prevenir el mal mayor, la enantiotelidad queda establecida y las actitudes subjetivas del agente son relevantes para determinar su consentimiento”<sup>163</sup>.

### II.C.1.b) Postura de Zaffaroni, Alagia y Slokar.

Por otra parte, otros autores destacados dentro de la doctrina nacional que han adherido a una teoría objetiva, son Zaffaroni, Alagia y Slokar. Estos autores arriban a una conclusión similar a la de Nino, pero lo hacen a través de un razonamiento diferente.

Estos autores sostienen que cuando se construye un concepto de antijuridicidad, como juicio que verifica que un precepto permisivo confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo de la justificación aparece como totalmente innecesario: nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo<sup>164</sup>.

De la misma manera como la impunidad del delito putativo no es discutible, para Zaffaroni, Alagia y Slokar, tampoco podría pensarse en excluir la justificación cuando ésta existe. En consecuencia, para estos autores la única posibilidad mediante la cual se podrían requerir elementos subjetivos sería haciendo recaer el disvalor de la antijuridicidad sobre el *animus* desobediente a la voluntad del Estado<sup>165</sup>.

Por otra parte, a criterio de Zaffaroni, Alagia y Slokar los inconvenientes que se producen sobre el tema obedecerían a que se concibe a la justificación como la derogación de una prohibición, con lo cual se la construye desde la prohibición y no desde el ámbito de lo permitido como confirmación de la regla de lo no prohibido o de libertad general del ciudadano. Si desde la prohibición se elabora el permiso, es lógico afirmar que si un estamento es complejo el otro también debe serlo; pero si se lo

<sup>163</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 471 y ss.

<sup>164</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, ps. 564 y 573.

<sup>165</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 574, quienes sostienen que “por esta vía se llegaría a la conclusión de que sólo existe un bien jurídico, que es la voluntad estatal o, lo que es lo mismo, el consiguiente derecho a exigir obediencia del súbdito”.

concibe como confirmación de la libertad social y se lo estructura conforme a esta perspectiva, esta relación no se impone. Construir los permisos desde las prohibiciones implica una inversión del planteamiento, que está motivada en el imperativismo y en los fines preventivos de la pena<sup>166</sup>.

Por otro lado, Rusconi ha sostenido que el ilícito siempre debe consistir en una acción que, *ex post*, hubiera sido mejor evitar. Todo ilícito debe haber dejado el mundo un poco peor que el estado que reflejaba antes de la acción u omisión. “*No hay modo de transformar en conductas disvaliosas a aquellas que no han sido perjudiciales en el mundo real o, más aún, que han sido, desde un juicio objetivo y posterior, preferibles*”. En este sentido, para el citado autor, resulta razonable proponer que las normas permisivas, para funcionar sistemáticamente, sólo requieran su manifestación objetiva sin la exigencia del clásico tipo subjetivo de la justificación<sup>167</sup>.

### ***II.C.1.c) consecuencias de la tesis objetivista pura.***

En consecuencia, quienes adhieren a esta teoría concluirán que cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación el sujeto habrá actuado justificadamente y llegarán a esta conclusión sin necesidad de analizar si éste sabía que éstos se daban. Al hacer este análisis, no tomarán en cuenta —al menos, en principio— los elementos que el sujeto valoró para tomar la decisión de actuar (no adoptarán una perspectiva de análisis *ex ante*); sino que analizarán el hecho a partir de las consecuencias que éste genere. Esto significa que en el examen que hagan primará la perspectiva *ex post*, que es la que considera lo que ha pasado en el mundo más allá de la cabeza del agente; es decir, lo que ha ocurrido realmente.

Por otra parte, si estos autores pretendieran ser coherentes con si mismos deberían concluir que se ha cometido un injusto consumado, cuando los presupuestos objetivos no concurren pero el sujeto haya creído que así sucedía; ello, sin perjuicio de que luego analicen el error de la persona (necesariamente) en el ámbito de la culpabilidad. Ello es precisamente lo que hacen Zaffaroni, Alagia y Slokar. Sin embargo, como se verá en el apartado II.C.3.1 de este capítulo, no todos arriban a esa conclusión; y en consecuencia, en aquellos casos donde el sujeto creyó erróneamente

<sup>166</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 574

<sup>167</sup> Cf. Rusconi, *La justificación...*, ps. 40 y ss. Aunque debe señalarse que Rusconi adopta una posición muy particular en este sentido. Pues no sólo sostiene que el sujeto habrá actuado justificadamente cuando se den solamente los presupuestos objetivos de la justificación, sino que a su entender ello

encontrarse bajo un caso de justificación, en lugar de afirmar automáticamente que éste ha cometido un injusto, analizarán cuáles fueron sus “intenciones”. De allí, que para arribar a esta conclusión —que parece correcta— se vean obligados a contradecir los presupuestos de los que han partido.

## **II.C.2. TEORÍA CLÁSICA O MIXTA.**

### ***II.C.2.a) Fundamentos.***

En tercer y último lugar, cabe mencionar la teoría clásica —o mixta— que es la que goza de mayor consenso actual entre los dogmáticos del derecho penal. Sintéticamente, podría sostenerse que esta teoría toma parte de los postulados de cada una de las dos teorías recientemente mencionadas (la subjetivista y la objetivista pura). Sus seguidores afirman que para el injusto interesa, no sólo la voluntad del sujeto que realizó una acción, sino también los efectos que ésta causó, pues es diferente para la gravedad del injusto si se ha lesionado o no el objeto protegido por el precepto penal<sup>168</sup>.

Quienes adhieren a esta postura han definido a la conducta humana como una unidad objetivo – subjetiva, o interna – externa. Por ello, afirman que el juicio de disvalor que se hace en el ámbito de la antijuridicidad penal pese a ser objetivo —en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable (para el derecho penal) de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico—, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho.

En esta línea, afirman que el disvalor de la conducta —que es un presupuesto del disvalor del resultado— no depende sólo de la parte objetivo – externa del hecho; pues a la hora de captar el sentido social y jurídico de la conducta, resulta imposible separar de manera tajante la parte externa de la parte interna del hecho. La valoración social depende de ambos aspectos. Para quienes adhieren a una teoría mixta, no debería desconocerse que la sociedad valora de manera completamente distinta, por ejemplo, los homicidios dolosos que las muertes ocasionadas por imprudencia; y en consecuencia, entienden que ello debería ser valorado por el derecho penal también de manera jurídico penalmente diferente<sup>169</sup>.

---

también ocurrirá cuando sólo concurren los elementos subjetivos de la justificación; y por supuesto también cuando se den tanto los objetivos como los subjetivos de la justificación.

<sup>168</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 214.

<sup>169</sup> Cf. Mir Puig, *Derecho Penal...*, ps. 130 y 141 (creo oportuno aclarar que este autor adhiere a la teoría de los elementos negativos del tipo: esta teoría implica una reformulación del injusto. No obstante, en

Sin embargo, reconocen que el disvalor del resultado (esto es, la objetiva causación de una lesión) sólo importará en cuanto obra de una conducta final, es decir, dentro del disvalor de la acción (concebida finalmente). En este sentido, sostienen que “el derecho” no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos (es decir, no podría prohibir que los hombres mueran), sino sólo que los ciudadanos realicen voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados. El resultado por sí mismo no puede infringir las normas jurídicas<sup>170</sup>. En consecuencia, la antijuridicidad deberá entenderse como contradicción con la regulación deseable por el derecho penal y no como la mera causación de la lesión de un bien jurídico protegido por el derecho penal. Ello en la medida en que entienden que un derecho penal limitado a regular conductas humanas no tiene la misión de valorar todo estado que afecte a los bienes que protege, sino únicamente los comportamientos capaces de producir lesiones.

A su vez, sostienen que el derecho penal no puede agotarse en la valoración del momento subjetivo de la decisión. En efecto, un derecho penal preventivo no tiene por finalidad buscar que el sujeto no adopte decisiones contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que se pretende regular. Por el contrario, lo que se busca a través de la norma es regular el proceso de interacción social. De allí la necesidad de que esa voluntad se exteriorice en una conducta que pueda modificar las expectativas sociales para que el derecho pueda legítimamente intervenir. El núcleo de lo injusto no será un acto interior de desobediencia ni la voluntad de realizar una acción prohibida, sino la realización voluntaria de la conducta social que se pretende prevenir<sup>171</sup>.

Asimismo, para justificar la necesidad de tomar en cuenta tanto el disvalor de acción como el del resultado, han sostenido que *“la sola consideración del disvalor del resultado, si bien reafirma el papel del bien jurídico, en la teoría del delito nos lleva a la llamada responsabilidad objetiva, y la sola consideración del disvalor de acto, si*

---

dicha reformulación se exige la concurrencia tanto de los elementos objetivos como de los subjetivos del injusto. Asimismo, sobre esta cuestión ver punto II.C.2.D.1.a); en igual sentido ver Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 221 y ss. En esta línea, Jescheck ha sostenido que la norma jurídica conecta el mundo del pensamiento con el mundo del actuar. La antijuridicidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito. En dicho juicio de disvalor también debe incluirse el modo en que se ha causado ese daño que el derecho desapruaba. De esta manera, serán objeto de valoración (en el juicio de antijuridicidad) tanto factores externos como internos del hecho, sin que por ello el injusto pierda su carácter objetivo, cf. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 218

<sup>170</sup> Cf. Mir Puig, *Función de la pena...*, p. 91; Roxin, *Derecho Penal...*, p. 324.

<sup>171</sup> Cf. Mir Puig, *Función de la pena...*, ps. 92 y ss.; Roxin, *Derecho Penal...*, p. 323.

*bien permite excluir la responsabilidad objetiva, termina por prescindir totalmente del bien jurídico y con ello destruir las bases de la teoría del delito y plantear un derecho penal de la responsabilidad subjetiva absoluta”<sup>172</sup>.*

### **II.C.2.b) Contenido de los elementos subjetivos de la justificación.**

Ahora bien, no obstante el consenso que existe entre los seguidores de la teoría mixta en cuanto a que deben concurrir tanto los elementos objetivos como los subjetivos de la justificación para que una conducta esté plenamente justificada, se discute, con relación a estos últimos, cuál debe ser su contenido. En este sentido, se preguntan si resulta suficiente que quien actúe conozca dichos elementos (objetivos) o si además se le debe exigir que actúe con voluntad de defensa.

La jurisprudencia alemana ha adherido a una posición exigente en esta materia; ya que ha requerido que el sujeto actúe motivado por la finalidad de justificación; aunque no ha exigido que esa finalidad sea la única razón en la que el sujeto haya motivado su actuación<sup>173</sup>.

Esta exigencia ha sido cuestionada, entre otras cosas, sobre la base de que castigar a quien produce dolosamente una situación conforme a derecho, sólo porque no hace lo permitido con la actitud interior correcta, conduce a que se castigue la actitud (lo que está prohibido)<sup>174</sup>. Por ello, aquellos que adhieren a esta crítica —como Roxin, Jescheck, Jakobs y Mir Puig, entre otros— consideran suficiente para que el defensor esté justificado que el sujeto haya actuado objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación de legítima defensa. De esta manera, el sujeto no necesita obrar “para” defenderse, sino que basta con que sepa que está repeliendo una agresión actual y antijurídica.

Una de las razones por las cuales los dogmáticos justifican esta posición es porque entienden que el objetivo del prevailecimiento del derecho (que sustenta la legítima defensa) se ve cumplido tanto objetiva como subjetivamente si el sujeto actúa con conciencia de que está imponiendo el derecho frente a lo injusto<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> Cf. Busto Ramírez, Juan en Consideraciones en torno del injusto, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 3, 1974, ps. 33 y ss., citado por Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 104.

<sup>173</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 598.

<sup>174</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 597 y ss.

<sup>175</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 597 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 297; Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 432; Stratenwerth, *El hecho punible...*, ps. 156 y ss.; Mir Puig, *Función de la pena...*, p. 106.

**II.C.2.c) Consecuencias de la ausencia de los elementos subjetivos de justificación.**

Sin perjuicio de las discusiones en torno al contenido de los elementos subjetivos de la justificación, existe consenso en cuanto a que si se dan los presupuestos objetivos —por ejemplo, de la legítima defensa—, pero el sujeto actuó sin conocerlos, su conducta será calificada como tentativa inidónea<sup>176</sup>.

Uno de los autores que adhiere a esta solución es Jakobs. Para arribar a ella, ha sostenido que la exigencia de elementos subjetivos debe decidirse con arreglo a las consecuencias. Sobre esta base, ha entendido que no sería adecuado imputarle al autor el hecho como un ilícito consumado cuando le falte el “*dolo de justificación*” —que a su criterio sólo requiere el conocimiento de los presupuestos objetivos y no la intención de actuar justificadamente—; pues si el resultado fuera imputable cualquier persona podría interrumpir o impedirle al autor realizarlo para luego ejecutar el mismo acto del mismo modo. Esta solución, a su vez, generaría consecuencias inadecuadas en relación a la participación; ya que el cómplice que actúa con dolo de justificación de un autor sin ese dolo no quedaría impune como *agent provocateur*, sino que sería partícipe punible en una consumación antijurídica, cuando podría haber ejecutado el hecho de propia mano justificadamente.

Por otra parte, a Jakobs tampoco le parece una solución adecuada la impunidad ya que a su entender el autor realiza un comportamiento que defrauda expectativas sin conocer el motivo bien fundado para la ejecución. Por ello, el hecho de que el autor haya querido sacrificar en vano un bien, sugiere la aplicación de las reglas de la tentativa, aunque reconoce que el suceso no se asemeja enteramente a ella. Entonces, como tanto la imputación del resultado como la impunidad le parecen consecuencias inadecuadas, se inclina por enjuiciar el comportamiento sin tener en cuenta el resultado y por ello aplica las reglas de la tentativa<sup>177</sup>.

Por otra parte, apelando a esta solución (tentativa inidónea) los dogmáticos explican el hecho de que no sea posible defenderse (en legítima defensa) frente a quien actúa sólo objetivamente dentro de una causa de justificación<sup>178</sup>; pues entienden que dicha actuación no constituye una agresión ilegítima. En este sentido, cabe recordar que al momento de definir el concepto de agresión ilegítima, los mayoría de los

<sup>176</sup> Cf., entre otros, Mir Puig, *Derecho penal...*, ps. 416 y ss.; Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 158; Roxin, *Derecho penal...*, ps. 600 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, ps. 295 y ss.

<sup>177</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, ps. 433 y ss.

dogmáticos excluyen expresamente los casos de tentativa inidónea como supuestos constitutivos de una agresión ilegítima. El razonamiento que elaboran sería el siguiente: cuando una persona actué sin los elementos subjetivos de la justificación habrá realizado una tentativa inidónea; ésta última no constituirá una agresión ilegítima, y por lo tanto, no dará lugar a que sea factible defenderse de ella invocando la legítima defensa.

#### **II.C.2.d) Consecuencias de la ausencia de los elementos objetivos de justificación.**

Recopilemos. Para la teoría mixta una acción estará justificada cuando hayan concurrido conjuntamente tanto los elementos objetivo como los subjetivos de la justificación (excluyéndose así tanto el disvalor del resultado como el de la acción). Sin perjuicio de la discusión sobre el contenido de los elementos subjetivos —esto es, si basta con que el autor conozca que ellos confluyen o si es necesario también que actúe con la finalidad de justificación—, los seguidores de la teoría clásica sostienen que cuando éstos no estén presentes, pero sí los objetivos, el sujeto habrá cometido una tentativa inidónea (y llegarán a dicha solución aplicando analógicamente las reglas de la tentativa). Para determinar si el autor ha actuado conociendo la situación de justificación, analizarán el caso desde una perspectiva *ex ante*.

Por el contrario, cuando el autor haya creído actuar bajo el amparo de una causa de justificación (prevista en el ordenamiento jurídico<sup>179</sup>, por ejemplo, en legítima defensa), pero los presupuestos objetivos no se hayan dado en el caso, sostendrán que se tratará de un caso de legítima defensa putativa. Esto es, de un caso en el cual la defensa se ha utilizado para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente<sup>180</sup>.

Suelen arribar a esta conclusión como consecuencia de la forma en que definen el contenido de los elementos objetivos de la justificación. Para determinar si ellos han estado presentes, analizarán esta cuestión solamente desde una perspectiva *ex post*. Esto es, tratarán de establecer si con posterioridad a la reacción defensiva la agresión ilegítima ha existido realmente, sin darle relevancia al hecho de que cualquier persona

<sup>178</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 611 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 296; Maurach – Zip, *Derecho Penal...*, ps. 25 y ss.; Stratenweth, *El hecho punible...*, ps. 158.; Mir Puig, *Derecho penal...*, ps. 494 y ss.

<sup>179</sup> Aclaro que debe tratarse de una causa de justificación prevista en el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario directamente entraríamos dentro del ámbito del error de prohibición, que se analiza en el peldaño de la culpabilidad..

<sup>180</sup> Cf. Muños Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 186; Stratenwerth, *El hecho punible...*, p. 159.

cuidadosa y respetuosa de los demás (a quien denominaremos de aquí en adelante como “persona razonable”) hubiera estado en esa misma situación hubiera creído, al igual que el autor, que de manera inminente sería víctima de una agresión ilegítima<sup>181</sup>. Al no valorar esta cuestión —más que como un criterio para la vencibilidad del error—, en estos casos, aplicarán automáticamente las reglas del error y lo analizarán como un supuesto de legítima defensa putativa.

#### II.C.2.d).1. aplicación de las reglas del error.

La gran mayoría de los dogmáticos, analizarán la conducta de quien cree haber sido agredido bajo las reglas del error de tipo (si adhieren a la teoría de los elementos negativos del tipo y a la teoría la culpabilidad limitada) o de prohibición (si adoptan la teoría de la culpabilidad estricta).

a). En efecto, para aquellos que adhieren a la **teoría de los elementos negativos del tipo** la suposición equivocada de circunstancias justificantes será un error de tipo que excluirá el dolo. Ello como consecuencia de que para esta posición, *“las causas de justificación pertenecen al llamado “tipo total de injusto” comprensivo del tipo y de la antijuridicidad y al dolo pertenece no sólo el conocimiento de todas las circunstancias positivas del tipo legal sino también la creencia en la ausencia de circunstancias negativas, o al menos la falta de creencia en la existencia de estas circunstancias negativas. Las normas permisivas, como la legítima defensa, no son normas independientes sino limitaciones del tipo como norma de prohibición”*<sup>182</sup>. En consecuencia, cuando estén presentes los elementos de la justificación (que conforman la parte negativa del tipo), ellos no sólo eliminarían la antijuridicidad sino también la tipicidad de esa acción. Ello en la medida en que los seguidores de esta tesis propugnan *“la equivalencia material entre los elementos del tipo y las causas de justificación”*<sup>183</sup>. Al construir de esta manera el tipo, afirman, sin necesidad de hacer ningún tipo de malabarismo, que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación excluye (siempre) el dolo; si el error ha sido invencible, la conducta

<sup>181</sup> Cabe señalar que en el tercer capítulo me abocaré precisamente a esta cuestión.

<sup>182</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 223. Es decir, los seguidores de esta tesis entienden el tipo contiene una parte positiva y una negativa. Así, para que afirmen la tipicidad de una conducta deberían concurrir los presupuestos tanto objetivos como subjetivos de lo que la teoría tradicional denomina “tipicidad” (estos elementos conformarían la parte positiva del tipo) y deben además, estar ausentes los presupuestos tanto objetivos como subjetivos de la “justificación” (estos elementos conformarían la parte negativa del tipo; y en consecuencia deberían estar ausentes para que la tipicidad esté completa).

<sup>183</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 223.

quedará totalmente impune y si ha sido vencible, se aplicará la figura culposa en caso de que ella se encuentre prevista.

Cabe señalar que las críticas más importantes que se han formulado contra esta posición radican precisamente en la equiparación que propugnan entre una acción atípica y una típica pero justificada. Esta equiparación suele ser cuestionada principalmente desde un punto de vista valorativo, pues pareciera no ser lo mismo matar en legítima defensa (acción típica pero justificada) que matar a una mosca (acción atípica). A su vez, esta posición también ha sido pasible de críticas por las lagunas de punibilidad que permite; pues en aquellos casos en los cuáles dentro del ordenamiento no se encuentre prevista la figura culposa, la conducta quedará directamente impune<sup>184</sup>.

b). Por otra parte, aquellos que adhieren a la **teoría restringida (o limitada) de la culpabilidad** llegan al mismo resultado que la teoría de los elementos negativos: excluyen el dolo aplicando las reglas del error de tipo, aunque en lugar de aplicar estas reglas de forma directa las aplican analógicamente<sup>185</sup>. Sin embargo, explican esta solución de manera diferente. Ellos construyen una ficción jurídica de acuerdo a la cual el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación a pesar de no ser un error de tipo, debe ser tratado como tal dada la similitud que presentan los elementos del tipo con los elementos de la causa de justificación. De esta manera, sostienen que la presencia de un error sobre la concurrencia de dichos elementos excluirá siempre el disvalor de la acción dolosa (esto es, el dolo); si este error ha sido

<sup>184</sup> Para ampliar las críticas que se le han formulado a esta teoría, ver, entre otros, Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 283 y ss. y 586 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 225). Esas críticas han sido respondidas, entre otros, por Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 448 y *Función de la pena...*, ps. 103 y ss.; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad ...*, ps. 35 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal...*, ps. 311 y ss. En este sentido, resulta interesante traer a colación la cita que Requejo hace de Schünemann; quien ha sostenido que no son aceptables las críticas valorativas que se formulan contra esta teoría ya que “entre las acciones típicas y las acciones justificadas no hay distinción de disvalor en relación a la nocividad social, dada la posición del derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, por lo que hacer esta diferenciación en la estructura básica del derecho penal supone una disfunción intolerable. Además, distinguir asimismo entre lo prohibido y los tipos permisivos es, desde un punto de vista teórico – normativo, también incorrecto, pues respecto a la finalidad que normas prohibitivas y permisivas han de cumplir, cual es disuadir al ciudadano de las acciones socialmente nocivas, ambos se sitúan en el mismo plano”, cf “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars and des Wiener Kommentars. 1<sup>a</sup> Teil: Tatbestands –und Unrechtslehre”, en GA 1985, ps. 349 y 353, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 225.

<sup>185</sup> Aunque debe señalarse que dentro de esta misma corriente existen diversas variantes. A través de todas ellas se llega a la exclusión del dolo, aunque por caminos que tienen algunas variantes (al respecto ver, Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 249). De acuerdo a esta autora esta es la tesis más aceptada por la jurisprudencia y doctrina alemana, aunque es minoritaria en la doctrina española, cf. *La legítima defensa*, ps. 250 y ss. Sobre las variantes de esta teoría, ver además, Grünwald, *Acerca de las variantes de la teoría...*, ps. 165 y ss.

inevitable allí finalizará el análisis de la conducta; en cambio, si ha sido vencible subsistirá la imputación como acción imprudente si dentro del ordenamiento jurídico estaba prevista esa figura. En cambio, cuando no se encuentre prevista la figura imprudente la conducta quedará impune.

Roxin es uno de los dogmáticos que adhiere a esta postura y lo hace en función de la idea político criminal que ella sustenta. Para este autor, esta teoría permite mantener la diferencia entre dolo y imprudencia. Ello en la medida en que entiende que *“actúa dolosamente quien se decide por una conducta que está prohibida por el ordenamiento jurídico (aun cuando no conozca esa prohibición); (pero) quien se guía por representaciones que también en un enjuiciamiento objetivo se dirigen a algo jurídicamente permitido, y produce un resultado indeseado por falta de atención y cuidado, le es aplicable el reproche por imprudencia”*<sup>186</sup>. De esta manera, *“quien yerra sobre una circunstancia de la que depende el injusto de su conducta no sabe lo que hace y obra sin dolo delictivo, porque aquello que se representa no merece desaprobación jurídica”*<sup>187</sup>.

Al justificar la exclusión del disvalor de acción que fundamenta al dolo en virtud de la supuesta ausencia de diferencias entre las circunstancias del tipo legal del injusto y las del tipo permisivo, a esta posición se le han dirigido prácticamente las mismas críticas que a la teoría de los elementos negativos del tipo —es decir, se la ha cuestionado por razones valorativas y por las lagunas de punibilidad que permite—<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 584. A criterio de este autor, la teoría estricta de la culpabilidad no permite hacer diferencias entre dolo e imprudencia.

<sup>187</sup> Este supuesto se diferencia de los casos de error de prohibición ya que allí el autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que puede actuar así. Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 586. A su vez, Frisch es otro de los autores que adhiere a esta teoría. Para hacerlo parte de la idea de que para la aplicación de un castigo por un hecho doloso, el elemento determinante es la *“voluntad del autor de apartarse de la norma”*. En consecuencia, cuando el autor entienda que realiza una acción que no se aparta de la norma, no ha tomado la decisión de apartarse de ella. Así, Frisch sostiene que faltará esa voluntad (y también la voluntad lesiva contra un bien jurídico) cuando quien actúe lo haga como consecuencia de que existe un riesgo típico que considere justificado. Cuando así suceda faltará el *“motivo racional”* para imponer una pena por una acción dolosa. Esta razón estará ausente no sólo cuando la situación de justificación de la que parte el sujeto exista realmente sino también cuando el autor haya creído en la existencia de una situación justificante, ya que allí demuestra la presencia de su voluntad de no apartarse de la norma, cf. Vorstaz und Risiko, Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes ein Beitrag zur Behandlung auBertatbestandlicher Möglichkeitsvirstellung, Köln, Bonn, Müncher, Carl Haymanns Verlag KG, 1983, ps. 224 y ss, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 253.

<sup>188</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 257 y ss; 272 y ss; Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 449. Aunque también cabe señalar que esta teoría ha sido cuestionada por Paeffgen. Este autor entiende que las premisas de esta teoría sólo son válidas cuando se trata de errores invencibles. Sin embargo, cuando el error sea vencible el disvalor de acción no se neutralizará totalmente y por lo tanto, no se producirá una compensación completa entre el disvalor de la acción y el valor del salvamento. Por eso cuestiona la afirmación que hacen los seguidores de esta tesis en cuando a que la función de advertencia del dolo se paraliza con la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de la justificante; pues ello

c). Como una sub versión dentro de la teoría de la culpabilidad limitada cabe mencionar la **Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas**. Aquellos que adhieren a esta última teoría sostienen que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico sólo puede subsumirse dentro de un error de tipo en cuanto a las consecuencias jurídicas, de modo que, aunque el autor haya realizado un injusto doloso, únicamente será castigado por imprudencia.

Jescheck es uno de los autores que se enrola bajo esta teoría<sup>189</sup>. Explica su posición en que *“la motivación que ha conducido a la formación de la voluntad del autor no responde a una deficiencia en la actitud interna respecto del derecho, sino al descuidado examen de la situación. En consecuencia, el reproche que se le formula sólo afecta a su deficiente atención, lo que en el contenido de culpabilidad se corresponde con un reproche imprudente”*<sup>190</sup>.

Por otra parte, dentro de esta línea, cabe mencionar a Jakobs, quien ha elaborado la **teoría de la culpabilidad dependiente** (de la pena del delito imprudente). Así, este autor sostiene que estos casos deben tener una consecuencia jurídica propia y que ella consistiría, en principio en *“cortar a la medida de los patrones de imprudencia todos los marcos penales previstos para delitos dolosos (...) sobre todo para eliminar los límites inferiores. No obstante, una vez dentro del marco, el injusto será por general superior al del hecho imprudente, debido a la función de llamada del dolo (...) si es inevitable, desde luego decaerá el injusto, a pesar de que se dé el dolo del tipo”*<sup>191</sup>. Es decir, Jakobs propone la reducción de los marcos penales para los delitos dolosos al marco del delito imprudente en caso de que exista la conminación penal de la imprudencia.

Contra estas teorías también se han elaborado diversas críticas. Grünwald ha sostenido que ellas carecen de fundamentación autónoma, ya que es ilógico distinguir

---

sólo será correcto en la medida en que se trate de un error inevitable; ya que en los restantes casos quedará un resto de esta función, cf. Paeffgen, *Observaciones acerca del error...*, ps. 191 y ss.; Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 259 y ss.

<sup>189</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 420.

<sup>190</sup> Con este tipo de razonamiento, el dolo como portador del disvalor de injusto quedaría subsistente, y permitiría que la participación de personas que conocían el sustrato fáctico sea punible. Cf. Wessels, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 262 y ss; ver explicación de Roxin, *Derecho Penal...*, p. 581.

<sup>191</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, ps. 450 y ss. En este punto, las consecuencias de su propuesta no se distinguiría de las de la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas. Sin embargo, sostiene que *“no se trata de la remisión a la consecuencia jurídica del hecho imprudente, sino de la*

entre aplicar analógicamente las reglas del error de tipo y aplicar sólo las consecuencias jurídicas de aquél error<sup>192</sup>. En esta misma línea, Roxin ha sostenido que esta teoría contradice el principio de que los conceptos jurídicos se han de definir conforme a sus consecuencias jurídicas; pues “*un delito doloso es una conducta para la que en la ley está prevista la pena correspondiente al dolo; cuando en cambio se considera adecuada la pena del delito imprudente, no tiene ningún sentido llamar dolo a la forma de conciencia que conduce a ese castigo*”<sup>193</sup>.

d). En la vereda opuesta a las teorías recientemente mencionadas se encuentran quienes adhieren a la **teoría estricta de la culpabilidad** que tratan la suposición errónea de circunstancias justificantes *como* si fuera un error de prohibición, por lo tanto, éste error nunca podría excluir el dolo, sino únicamente la culpabilidad en caso de que el error haya sido invencible; y si el error fue vencible, permitirá que se reduzca la pena por el delito doloso (es decir, podría implicar una atenuación de la pena dentro de la escala dolosa)<sup>194</sup>.

Fundamentan esta postura en el hecho de que quien suponga que concurren los presupuestos de una causa de justificación sabrá que está realizando un tipo y que está llevando a cabo algo prohibido “*en sí*”; y por lo tanto, entienden que esta “*función de llamada de atención del dolo típico*” debería conducirlo a realizar un examen especialmente cuidadoso del supuesto de hecho. A su vez, la justifican por su capacidad para evitar lagunas de punibilidad que se producirían en aquellos casos en los cuáles no esté prevista la figura culposa.

La exigencia de que el sujeto previamente a actuar tenga especial cuidado ha sido cuestionada, ya que “*quien supone un supuesto de hecho justificante actúa según su representación de un modo exactamente igual de intachable que quien no quiere realizar ningún tipo; la situación supuesta neutraliza los impulsos de alarma y de inhibición que emanan normalmente del tipo*”<sup>195</sup>. Con relación al segundo argumento al que apelan para justificar esta posición, quienes cuestionan esta postura han

---

concreción del marco penal doloso”. Ello en la medida en que a su entender sigue habiendo un hecho doloso y en que se reduce el marco penal aplicable a este tipo de hechos, cf. *Derecho Penal...*, p. 452.

<sup>192</sup> Cf. Grünwald, *Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie*, en Noll-Gs 184, ps. 183-196, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 268 y ss.

<sup>193</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 587 y ss.

<sup>194</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 582; Jakobs, *Derecho Penal...*, ps. 446 y ss.

<sup>195</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 584.

sostenido que no se ha demostrado la necesidad políticocriminal de castigar el error de tipo permisivo también en los casos en que es impune la imprudencia típica<sup>196</sup>.

e). Del análisis de todas estas posturas surge que, cualquiera sea la teoría que se siga, si el error ha sido invencible la conducta del sujeto quedará impune. Las diferencias entre ellas aparecen cuando debe analizarse un error que pudo haber sido superado. De seguirse las teorías que aplican (directa o analógicamente) las reglas del error de tipo, se entenderá que este error excluye el dolo y se analizará si dentro del ordenamiento jurídico se encuentra prevista la figura culposa; pues si ésta no existiera la conducta quedará impune. En cambio, de seguirse las teorías que aplican las reglas del error de prohibición el análisis nunca se apartará del marco del delito doloso; así, cuando el error sea vencible se permitirá una reducción dentro de la escala prevista para este tipo de delitos.

A su vez, todos aquellos que recurren a las reglas del error (incluso cuando el sujeto haya actuado en base a una creencia razonable) también tienen en común la creencia de que lo que el autor se represente no resulta suficiente para justificar su conducta. Fundamentarán esta decisión en base a su creencia de que la justificación es un fenómeno objetivo que no puede quedar supeditada a las creencias del autor.

En ese sentido, Jescheck sostiene que *“la justificación de la acción defensiva requiere que la situación de legítima defensa se haya dado realmente y que la defensa sea necesaria en su forma y medida. Si el autor yerra sobre ello (legítima defensa putativa), la defensa es antijurídica”*<sup>197</sup>. A su vez, afirma que *“la aceptación de la plena exclusión del injusto (y no sólo de la culpabilidad) en el supuesto de error invencible sobre la concurrencia de una causa de justificación desemboca en la absoluta subjetivización de las causas de justificación y es incompatible con la ley”*<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> En este sentido, Jakobs resalta que para la protección frente a daños imprudentes resulta suficiente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se deriven de ellos. A su criterio, esta respuesta también debería ser eficaz para la protección frente a daños producidos en la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, citado por Roxin, *Derecho Penal...*, p. 585.

<sup>197</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 314.

<sup>198</sup> Cf. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 298. Ya he adelantado que el siguiente capítulo versará sobre este cuestión, pues a mi criterio no es correcto recurrir automáticamente a las reglas del error cuando la creencia del sujeto, acerca de la presencia de los elementos objetivos de la justificación, haya sido razonable. Importantes autores han comenzado a analizar estos supuestos de una manera diferente; pues han comenzado a darle más valor a las creencias del autor y han intentado establecer criterios para distribuir riesgos.

### **II.C.3. CRÍTICAS A LAS TEORÍAS OBJETIVISTAS (PURA Y MIXTA).**

En este acápite mencionaré algunas de las críticas y cuestionamientos que se han esgrimido en contra de la tesis objetivista tanto en su versión pura (la cual se conforma con la presencia de los elementos objetivos de la causa de justificación) como en su versión matizada (que es la denominada teoría mixta o clásica). Como he explicado, he agrupado estas dos versiones, como consecuencia de que ambas exigen que concurren realmente los elementos objetivos de la justificante. Aunque, como señalé, la teoría clásica no se conforma con ello, si no que también exige que éstos hayan sido al menos conocidos por quien se defendió. Entonces, como para ambas teorías lo fundamental son los presupuestos objetivos y como ambas le otorgan a la conducta justificada las mismas consecuencia: conceden un derecho de intromisión e imponen el deber de tolerar, en algunos aspectos son pasibles de similares cuestionamientos.

#### ***II.C.3.I. CRÍTICAS A LA POSTURA OBJETIVISTA PURA.***

a). El sofisticado razonamiento que Nino ha elaborado podría ser cuestionado por ser autocontradictorio. La contradicción que le imputo provendría del hecho de que Nino categóricamente rechaza la posibilidad de que se exijan (y se valoren) elementos subjetivos de justificación —ya que ello implicaría una actuación perfeccionista inaceptable para una concepción liberal del Estado<sup>199</sup>—; y por ello sostiene que no es necesario para la justificación de una conducta que el sujeto conozca la situación fáctica de justificación ni que actúe motivado en ella. Sin embargo, de las mismas premisas de las que parte surge la necesidad de tomar en cuenta precisamente esos elementos.

Para demostrar la veracidad de la afirmación que he formulado, señalaré algunas cuestiones. En primer término, debe recordarse que Nino exige para que sea legítima la aplicación de una pena que se hayan cumplimentado los requisitos que se desprenden del principio de asunción de la pena. De acuerdo a éste, una pena podrá aplicarse legítimamente en la medida en que el sujeto haya “consentido” esa consecuencia gravosa. Para Nino este consentimiento para asumir la pena no implicaría ningún tipo de valoración moral del sujeto. De allí, que pueda pensarse que

---

<sup>199</sup> Cf. Nino, *La legítima defensa*, ps. 17 y ss.

exigir que el sujeto preste también su consentimiento para “renunciar” a ella (a la pena) tampoco implicaría una valoración moral del sujeto. En otras palabras, si no cuestiona el hecho de que el sujeto deba conocer y aceptar (esto es, consentir) una consecuencia gravosa, no habría razón para cuestionar la exigencia de que el sujeto también deba conocer las cuestiones que modifican la consecuencia gravosa consentida.

En segundo lugar, Nino presume la existencia de ese consentimiento del conocimiento de las circunstancias fácticas y sostiene que él debe referirse a las cuestiones que sean relevantes para la enantiotelidad. En este sentido, sostiene expresamente que *“el conocimiento de las circunstancias fácticas exigido por el principio de asunción de la pena, debe limitarse sólo a las circunstancias mencionadas por la descripción del delito que son relevantes para la enantiotelidad de la acción”*<sup>200</sup>. Al definir el contenido de la enantiotelidad, entre otras cuestiones, Nino señala que es esencial para delimitar su alcance la concurrencia de una causa de justificación y que esta cuestión es fundamental para determinar la enantiotelidad de una conducta, ya que de presentarse los presupuestos de una causa de justificación, dicho carácter (enantiotélico) quedaría directamente excluido.

Entonces, si el sujeto debe conocer toda las circunstancias que resultan relevantes para determinar el carácter enantiotélico de una acción; y en dicha calificación juegan un rol fundamental los presupuestos de las causas de justificación; deberá concluirse que el autor necesariamente deberá conocer que ellos (los presupuestos de la eximente) han concurrido. Por lo tanto, no sería factible prescindir del conocimiento del sujeto a fin de determinar la justificación de una acción.

En tercer lugar, cabe traer a colación el párrafo donde Nino sostiene que *“quien crea un daño a fin de prevenir otro mayor que se produce a pesar de todo: si el procedimiento adoptado fue necesario y generalmente eficaz para impedir el daño mayor, la conducta no será enantiotélica a pesar de sus efectos netamente dañosos”*. Estos casos, para Nino podrían ser resueltos independientemente de las actitudes del agente, sin embargo, reconoce que éstas (las actitudes internas) en la práctica podrían ser relevante *“no para premiar los buenos motivos del agente sino a fin de determinar la posible eficacia de la acción ejecutada para impedir el mal mayor (...) y si la acción no se ajusta a las normas del debido cuidado o no es un medio necesario y*

---

<sup>200</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, p. 340.

generalmente eficaz para prevenir el mal mayor, la enantiotelidad queda establecida y las actitudes subjetivas del agente son relevantes para determinar su consentimiento”<sup>201</sup>.

Como señala Sancinetti, resulta difícil entender de qué modo se podría decir que alguien pueda crear un daño “a fin de prevenir otro mayor”, sin analizar el conocimiento del actuante acerca de la situación de riesgo<sup>202</sup>. Aún cuando esta situación pudiera interpretarse sin tener en cuenta los conocimientos del sujeto —por ejemplo, a través del juicio de un “observador objetivo”—, como bien dice Sancinetti, en estos casos Nino excluye la enantiotelidad del acto sobre un análisis de la situación desde una perspectiva *ex ante*, cuya juridicidad no se modifica por el desenlace ulterior: “no está “más justificada” por el hecho de que el salvamente se logre efectivamente, ni “menos” por la circunstancia de que fracase”. De esta manera, ya no sería la evitación de un “daño”, sino la posibilidad de evitación de uno lo que decidirá la exclusión del ilícito<sup>203</sup>.

Sin embargo, podría sostenerse que Nino se hace parcialmente cargo de esta incoherencia sistemática, al sostener que estos casos podrían ser resueltos con independencia de las actitudes del autor. Aunque no deja de reconocer que en la práctica ellas podrían ser relevante no para premiar los buenos motivos del agente sino a fin de determinar la posible eficacia de la acción ejecutada para impedir el mal mayor<sup>204</sup>. De esta última concesión pareciera desprenderse que las acciones (defensivas) deberían ser justificadas con independencia del resultado que ellas generen; y que para estar en condiciones de justificarlas deberían analizarse los fines que tuvo quien actuó. De ser así, Nino no habría salvado la incoherencia recientemente señalada ya que, a pesar de su rechazo categórico, los elementos subjetivos serían finalmente valorados para determinar la justificación de la conducta<sup>205</sup>. En consecuencia, cabe concluir que, incluso para Nino, no basta con la presencia de los

<sup>201</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 471 y ss..

<sup>202</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 558.

<sup>203</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 558. Así, por más objetivo que pretenda ser el parámetro apto para un juicio *ex ante* de requeribilidad, ello diferirá sustancialmente de una explicación del ilícito en la que el resultado constituya siempre un elemento fundante de su mayor gravedad. Por otra parte, podría sostenerse que esta crítica se aplica a las distintas versiones de teorías objetivas.

<sup>204</sup> Cf. Nino, *Los límites...*, ps. 471 y ss.

<sup>205</sup> Por otra parte, no encuentro una razón por la cual las “actitudes subjetivas” del autor deberían tenerse en cuenta sólo cuando estas sean “buenas”; es decir, cuando estén destinadas a “impedir el mal mayor”. En consecuencia, me pregunto ¿por qué si se produce un resultado de salvación no deberían tenerse en cuenta las actitudes subjetivas, pero si éste no se ha producido ellas deberían valorarse para analizar si el autor igualmente está justificado o si consintió en que le apliquen una pena?.

elementos objetivos de la justificación para que una acción esté plenamente justificada; pues pareciera que es necesario que el autor los conozca.

b). Por otro lado, cabe señalar que Zaffaroni no ha justificado el cambio de postura que ha tenido. Cabe recordar que anteriormente este autor adhería a las premisas de la teoría clásica o mixta<sup>206</sup> y ahora, no sólo pareciera que reconstruye el tipo —de manera prácticamente similar a como lo hacen los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo—, sino que además, se conforma con la mera concurrencia de los elementos objetivos para la justificación de la conducta. Posiblemente, el hecho de haber trabajado conjuntamente con Alagia y Slokar lo haya hecho cambiar de parecer. Sin embargo, no creo que ello lo relevé de justificar su cambio de parecer tan rotundo.

Por otra parte, creo que sostener que *“los inconvenientes sobre el tema obedecerían a que se concibe a la justificación como la derogación de una prohibición, con lo cual se la construye desde la prohibición y no desde el ámbito permitido, como confirmación de la regla de lo no prohibido o de libertad general del ciudadano. Si desde la prohibición se elabora el permiso, es lógico afirmar que si un estamento es complejo el otro también debe serlo; pero si se lo concibe como confirmación de la libertad social y se lo estructura conforme a este perspectiva, esta relación no se impone”*<sup>207</sup>, es una explicación excesivamente simplista que omite abordar la cuestión de fondo; que además contradice la forma en que han definido el contenido de la prohibición, donde exigen que concurren tanto elementos objetivos como subjetivos<sup>208</sup>.

c). Por otra parte, algunos dogmáticos han cuestionado a la teoría objetiva pura por la solución a la que arriban en aquellos casos donde sólo hayan concurrido los elementos objetivos de la justificación: la impunidad de la conducta. Los cuestionamientos contra dicha solución se han basado en que los objetivistas pretenden justificar totalmente el hecho del sujeto cuando quien ha actuado lo ha hecho con dolo

<sup>206</sup> En su tratado expresamente había sostenido con relación al objeto de disvalor que *“no tenemos dudas que es de naturaleza mixta (objetivo – subjetivo)”* (cf. *Tratado de Derecho penal*, T. III, p. 572). *“Desde nuestro punto de vista lo desvalorado es la conducta humana. A ella va siempre unida un resultado físico que a veces se toma en cuenta, pero que no puede desvalorarse como fenómeno físico, sino como “resultado de una conducta”. El “resultado jurídico” (lesión o puesta en peligro), estará dado siempre que una conducta no opere encuadrada en un tipo permisivo, y éste tiene, al igual que el tipo prohibitivo, un aspecto objetivo y otros subjetivo”* (Cf. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, T. III, ps. 576 y ss.).

<sup>207</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 574.

<sup>208</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 435 y ss. y 495 y ss.

de cometer un delito y lo ha traducido en acciones ejecutivas en ese sentido. Por ello, Roxin sostiene que, sin lugar a dudas esa conducta no será una conforme a derecho; aunque reconoce que será discutible si se tratará de una conducta consumada o de una sólo tentada. A su criterio, no será una conducta conforme a derecho pues el sujeto que ha actuado se ha representado la realización de un delito; y sólo puede ser conforme a derecho una conducta si desaparecen tanto el disvalor de la acción como el del resultado. De allí que sostenga que en estos casos subsiste al menos el disvalor de la acción en toda su extensión<sup>209</sup>.

d). Desde otro punto de vista y con relación a la exigencia de elementos objetivos (esto es, de daño efectivo o de una salvación concreta), Sancinetti sostiene que si el resultado tuviera que cumplir una función en el ilícito, dicha función no podría derivarse del mero hecho de que la norma deba disuadir, dado que todo el contenido de la disuasión se cumple o se infringe con un acto de voluntad: no se puede disuadir otra cosa que una decisión de acción<sup>210</sup>. En efecto, en la medida en que se entienda que el derecho cumple una función contramotivadora ante una voluntad inclinada a realizar una acción dañosa para la sociedad, también deberá aceptarse que en el momento en que la ley previene o disuade (la conducta) aún no se ha causado daño alguno. En consecuencia, se trataría de disuadir de la realización de acciones por los daños que ellas pudieran causar. Sobre esta base, Sancinetti sostiene, que la producción real de un daño no entran dentro del razonamiento preventivo<sup>211</sup> y por lo tanto, los objetivistas deberían explicitar las razones a las que recurren para explicar que el resultado tenga un valor autónomo en la fundamentación del ilícito<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> Este autor, además sostiene que, dado que la tentativa inidónea es punible, Roxin concluye en que no habría razón para que a este tipo de casos se le otorgue una solución disímil, cf. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 597.

<sup>210</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 86.

<sup>211</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 82.

<sup>212</sup> Sobre esta base, Sancinetti también cuestiona el modo en que las teorías objetivas justifican la punibilidad de la tentativa: la fundamentan en el peligro corrido por el bien jurídico (el que siempre sería un daño menor que el daño efectivamente causado). Cuestiona dicha interpretación ya que no toma en cuenta que la norma que pretende disuadir de la tentativa (al menos, de la tentativa acabada) quiere evitar el mismo resultado que produce el hecho consumado. Si fuera imaginable que el destinatario de la norma solamente pretendiera que su acto quedara frustrado, carecería de sentido disuadirlo, ya que su actuar ni siquiera constituiría una tentativa. Por el contrario, “*en el momento en que el autor toma la decisión de acción, él no tiene otra finalidad que la de producir el estado de cosas que la norma pretende evitar. Después de esta decisión, ya no queda nada por disuadir*” (cf. *Teoría del delito...*, ps. 83 y ss.) En consecuencia, este autor entiende que desde el momento disuasorio, “*lo decisivo del disvalor del resultado para el disvalor de lo ilícito, no consiste en que la situación de hecho se produzca efectivamente, sino en que la tendencia de la voluntad a ese estado de cosas objetivo, define ex ante el carácter disvalioso de la decisión contraria a la norma, a aquella norma que pretende tener eficacia disuasoria*” (cf. *Teoría del delito...*, p. 83).

Asimismo, este autor señala que una teoría que quisiera defender a ultranza la fuerza del resultado para la configuración del tipo penal, y además ser coherente consigo misma, debería también enfatizar la relevancia del valor del resultado de salvamento en la justificación. Esto último debería llevarlos a sostener que cuando el sujeto no ha realizado el valor del salvamento (pues no ha logrado salvar el bien jurídico que pretendió preservar), tampoco se ha dado todo lo necesario para una (plena) justificación. Esta conclusión, a su vez, debería imponerse en la medida en que esos mismo dogmáticos sostienen que la tentativa no realiza el mismo grado de disvalor que el hecho consumado.

En este sentido, señala inteligentemente Sancinetti que si el principio del daño *ex post* pudiera servir de fundamento del ilícito, la tentativa (idónea) de realizar una acción justificada, que sin embargo no logra realizar el valor objetivo del salvamento, tendría que ser ineficaz para justificar el daño *ex post* efectivamente producido con la finalidad de un socorro después frustrado<sup>213</sup>.

Este autor sostiene que la doctrina dominante ha desplegado una feliz acrobacia para sortear este obstáculo. La acrobacia ha consistido en evaluar los “elementos prospectivos” desde juicio *ex ante*, no revocable por el hecho de que el salvamento fracase<sup>214</sup>. El hecho de que el fracaso de la acción de salvamento no afecte de manera alguna la operatividad del tipo permisivo, denota que una teoría del ilícito resultatista no tiene ninguna posibilidad de mantenerse en pie en el ámbito de la exclusión del ilícito<sup>215</sup>. Ello en la medida en que el “resultado” en el ámbito de la justificación, no generaría ningún tipo de consecuencias. La solución no cambiaría porque se logre el salvamento o porque se fracase en él.

f). La solución de la tentativa (inidónea) a la que arriban los seguidores de la teoría clásica para los casos donde falten los elementos subjetivos, también ha sido enérgicamente cuestionada. En este sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar, han afirmado que es insostenible que se trate de una verdadera tentativa; ya que en ningún momento el agente realiza una acción que esté realmente prohibida, dado que el comienzo mismo de ejecución se encuentra objetivamente justificado<sup>216</sup>.

<sup>213</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 84.

<sup>214</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 554. Con relación a esta supuesta “acrobacia” deseo señalar que a mi criterio este es el camino que debe seguirse para arribar a soluciones justas, ya que permite que se distribuyan los costos de la solución del conflicto de acuerdo al aporte que cada uno de los intervinientes ha hecho.

<sup>215</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 559.

<sup>216</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, ps. 573 y ss.

En igual sentido, se ha manifestado Rusconi al señalar que quienes aplican dicha solución no sólo no tienen en cuenta la producción del resultado, sino que tampoco tienen en cuenta que el agente hace algo que es preferible. La acción del sujeto nunca podría ser un ilícito, ello en la medida en que, para Rusconi, el ilícito debería representar alguna desventaja social. En este sentido, señala que para “*una construcción social de la realidad, no sería sencillo explicar que quien salvó una vida a costa de una pequeña lesión a la propiedad ha defraudado expectativas, por más mala conciencia que tenga el autor del hecho*”<sup>217</sup>.

A su vez, Rusconi sostiene con relación al razonamiento elaborado por Jakobs, Rusconi sostiene que es irracional la solución a la que arriba. Recuérdesse que uno de los fundamentos que Jakobs utiliza para la aplicación de la tentativa es el hecho de que “*si el resultado fuera imputable, estaría permitido impedir que el autor realice el resultado*”<sup>218</sup>. En consecuencia, lo ilógico de esta postura estaría dado por el hecho de que si el resultado no es imputable pero subsiste la calificación del acto como ilícito a título de tentativa, también sería factible impedir esa acción; ya que ella sería una acción orientada a producir un resultado<sup>219</sup>; y por lo tanto, no superaría los obstáculos que pretendía superar<sup>220</sup>.

g). En otro orden de ideas, cabe recordar las críticas que los seguidores de la teoría objetiva pura han formulado contra la exigencia de elementos subjetivos. En este sentido, Nino ha rechazado categóricamente tal exigencia por entender que ello implica una postura perfeccionista que conduce a la valoración moral del sujeto y vulnera los postulados de un Estado liberal<sup>221</sup>. Por otra parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar, también han cuestionado esta exigencia al afirmar que la única posibilidad de requerir elementos subjetivos sería haciendo recaer el disvalor de la antijuridicidad sobre el *animus* desobediente a la voluntad del Estado<sup>222</sup>.

<sup>217</sup> Cf. Rusconi, *La justificación en el derecho penal*, p. 31.

<sup>218</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 433.

<sup>219</sup> Cf. Rusconi, *La justificación en el derecho penal*, p. 29.

<sup>220</sup> Por otra parte, sobre esta misma cuestión, pero desde un punto de vista diferente, también se ha manifestado críticamente Sancinetti. Este autor señala que aquellos dogmáticos que entiendan que, por regla general, la tentativa inidónea es punible, incurren en una contradicción: no resulta lógico que la víctima carezca de un derecho a la defensa, si es que esa tentativa es antijurídica, cf. *Teoría del delito...*, p. 562.

<sup>221</sup> Cf. Nino, *Los Límites...*, ps. 306 y ss., 331 y ss.

<sup>222</sup> Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal...*, p. 574. Para contrarrestar los dichos de estos autores, resulta interesante señalar lo que dice al respecto Silva Sánchez. Este autor, sostiene que la introducción de elementos subjetivos en el injusto tiene efectos limitadores. Ello en la medida en que evita que puedan estimarse antijurídicos los resultados que se hayan producido meramente por azar; esto es, permitiría que se excluyan simples procesos causales que hayan sido originados por un sujeto que no

h). Por otra parte, Sancinetti también sostiene que el argumento que pretende justificar una reacción del Estado más intensa contra aquellas conductas que han producido un resultado, como consecuencia de la mayor perturbación social que ellas generaron, es una descripción simplista y tautológica. En tanto “*equivale a afirmar que el disvalor del resultado reclama una mayor reacción, precisamente porque hay un resultado*”, sin explicar por qué “*una perturbación social debería servir de fundamento para justificar una mayor reacción contra el autor del hecho*”<sup>223</sup>. En este sentido, además sostiene que el argumento de la perturbación social podría ser suficiente si se circunscribiera la justificación del derecho penal “*a la necesidad de satisfacer un sentimiento atávico de venganza, el cual, naturalmente, sólo puede nacer —y, por tanto, reclamar satisfacción— en la medida en que haya un resultado que vengar (principio de retribución de los resultados)*”<sup>224</sup>. Ello implica afirmar que la sociedad se tranquiliza a un “*menor precio*” ante un hecho tentado, que ante uno consumado, a pesar de que en ambos casos el autor “*haya hecho lo mismo*”. Sin embargo, aún cuando se demostrase que esa conclusión es correcta, Sancinetti destaca que todavía se preguntaría por qué razón quienes lo sostienen no aceptan ese motivo (sentimiento vindicativo) como fundamento legítimo para una teoría de la imputación penal<sup>225</sup>.

i). Sin perjuicio de la importancia de las críticas que se han realizado contra las distintas posturas objetivas, cabe señalar que, tal vez, una de las más fuertes sea la esbozada por Russell Christopher<sup>226</sup>. Este autor cuestiona la pretensión que tienen las teorías objetivas de resolver el caso de manera “objetiva”, esto es, de forma tal que la acción defensiva sea universalmente justa, en la medida en que no resultaría factible oponer a ella otra acción que pueda ser también justa y que ella (la acción defensiva) transformaría en justas a todas las acciones que tiendan a auxiliar a quien se defiende.

---

pudo ni siquiera evitarlo. De esta manera, para Silva Sánchez la ubicación del dolo y la imprudencia en el injusto (en lugar de en la culpabilidad) no genera que el derecho penal intervenga más sobre el sujeto, sino que intervenga menos: ya que serían menos las conductas del individuo que se estimarían antijurídicas; mayor la trascendencia (favorable al sujeto) de los errores que éste eventualmente sufra; y sería mayor el espacio de libertad que tendría al sujeto como consecuencia de la eliminación de la trascendencia penal del azar; cf. *Aproximación...*, p. 351.

<sup>223</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 115.

<sup>224</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 117.

<sup>225</sup> Además se pregunta “*¿de qué proviene el perjuicio de que aquello que sucede después de la acción pueda convertir a ésta, retroactivamente, en contraria a derecho (delitos culposos) o en más contraria a derecho (delitos dolosos)*”, cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, p. 116.

<sup>226</sup> Cf. Russell Christopher, *Mistake of fact...*; ver además Malamud Goti en *Legítima Defensa: Crítica a la Noción...*

Como he señalado, las teorías objetivistas pueden o no requerir que el sujeto actúe con conocimiento y/o intención de defensa, pero todas ellas exigen, como requisito esencial para que una persona pueda actuar en legítima defensa, que exista un ataque real. Es decir, para los objetivistas la cuestión no podría quedar librada a la mera creencia del autor. Pues, de acuerdo a ellos, si se supeditara la resolución del conflicto (que se manifiesta en la antijuridicidad) a las percepciones del autor no sería factible pacificar a la sociedad<sup>227</sup>; esto es, no sería posible darle una solución al conflicto que sea universalmente válida.

Russell señala que los objetivistas sostienen que los subjetivistas no están en condiciones de cumplir con ese objetivo (el de pacificar a la sociedad). Dicha imposibilidad se generaría por el hecho de que estos últimos (los subjetivistas) tendrían que admitir —como lo hacen— la legitimidad de la conducta de dos agentes que se embisten en la medida en que los dos se crean objeto de un ataque ilegítimo por parte del otro; y que cada una de ellas es una acción plenamente justificada y no una acción putativamente justificable. Esta solución, para un objetivista, no implicaría una verdadera resolución del conflicto<sup>228</sup>.

Ahora bien, este autor tomando en cuenta las pretensiones de las teorías objetivistas, ha demostrado que ellos no logran alcanzarlas; ya que acredita que, incluso de acuerdo al criterio objetivo, dos acciones pueden estar el mismo tiempo (plenamente) justificadas e injustificadas conforme al criterio de legítima defensa incompleta o putativa; y de esta manera, desacredita —al menos parcialmente— la noción de que no es dable aceptar conceptualmente que pueda considerarse que la defensa es legítima cuando esta dirigida a impedir otra acción que también es considerada legítima<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> El rol del derecho de pacificar la sociedad, es adjudicado, entre otros, por Fletcher, *En Defensa Propia*, y por Baldó Lavilla, *Estado de necesidad...*, p. 38. Sobre esta función del derecho ver además punto I.B.3.A. del primer capítulo de esta tesina

<sup>228</sup> Para explicar este problema que le imputan al subjetivismo, los objetivistas elaboran dos hipótesis: o los subjetivistas no se encuentran en condiciones de distinguir entre justificación y disculpa o, si pueden hacerlo, es a costa de privar a la noción de justificación de uno de sus principales atractivos: que la acción justificada sea universalmente justa. Es decir, que esté justificada *erga omnes*, incluso ante terceros ajenos al conflicto y que, en consecuencia, resulte injustificado hacer cualquier cosa que contradiga, neutralice o interfiera con ella. Es decir, los objetivistas no sólo cuestionan la indeterminación que necesariamente surgiría del subjetivismo, sino que sostienen que a través del objetivismo ese problema es superado, en la medida que tendrían capacidad para establecer quien tiene el derecho más fuerte y para darle una única respuesta al conflicto.

<sup>229</sup> Que es, por otra parte, la tesis que defienden George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, etc. y Michael Moore, *Placing Blame*, citados por Malamud Goti en *Legítima Defensa: Crítica a la Noción...*

Arriba a esta conclusión a través del análisis de dos casos hipotéticos. En el primero se dan dos acciones de ataque simultáneos: Jorge cree que Juan lo está atacando y Juan piensa lo mismo de Jorge. Conforme a esto, ambos ejercen violencia recíproca que culmina en que ambos se encuentran en la mitad del trecho que los separa, causándose recíprocamente lesiones. Ninguno de los dos había provocado al otro y los dos creían de buena fe en que el otro los atacaba con la fuerza requerida para que su respuesta fuese no sólo necesaria sino también proporcional.

El segundo de los casos que Russell plantea se trata de dos acciones de defensa simultáneas: Bárbara y Clara se topan sorpresivamente en un callejón desierto. Son dos enconadas enemigas que han sostenido un número considerable de mutuos ataques violentos. Sin embargo, ninguna quiere atacar a la otra; ambas han decidido por su cuenta dejar a un lado sus sentimientos retributivos y terminar con las hostilidades. Lo cierto es que ninguna de ambas quiere ser tampoco víctima del ataque de la otra. El problema yace en que ni Bárbara ni Clara saben que la otra ha adoptado la misma resolución y en consecuencia piensan (muy razonablemente) que la otra emprenderá una acción defensiva (injustificada) contra un supuesto ataque. Bárbara actuará creyendo razonablemente que se defiende de una acción defensiva de Clara que cree razonablemente que se defiende de un ataque de Bárbara que cree razonablemente...etc. Con la intención de defenderse de la supuesta acción defensiva de la otra, ambas inician simultáneamente acciones violentas.

Al analizar el primero de los casos, Christopher señala que tanto Jorge como Juan se defendieron de una agresión inexistente (porque ninguno quería atacar al otro), y en consecuencia podría afirmarse que ambos actuaron en legítima defensa putativa, ya que actuaron sobre la base de información incorrecta (o incompleta). Esta situación nos llevaría a concluir que ambas acciones al mismo tiempo estaban justificadas como actos de legítima defensa y a su vez, que ninguna de ellas en realidad constituía un acto pleno de defensa.

Ante esta encrucijada, el citado autor propone que se analice por separado el actuar de cada uno de los sujetos. Así, al considerar sólo la conducta de Juan, veremos que él advirtió que Jorge lo atacaría y ello no se trataba meramente de una creencia sino que reflejaba un conocimiento fiel de la realidad<sup>230</sup>. De modo que Juan era

---

<sup>230</sup> Juan podría conocer o ignorar que Jorge creía erróneamente que él lo estaba atacando también, pero esta creencia sería irrelevante; ello como consecuencia de que los propósitos que guían a alguien a realizar una agresión son irrelevantes. Ello en la medida en que no sólo no se exige que las creencias y

realmente objeto de una agresión que no había provocado; es decir, Juan no se defendía porque *creía* que estaba siendo agredido, sino porque efectivamente *estaba* siéndolo. Esto último lo facultaba para ejercer su derecho a defender su integridad corporal, ya que su defensa resultaba necesaria. Y por lo tanto, un objetivista debería concluir que Juan actuó en legítima defensa (y no en legítima defensa putativa).

Russel continúa su razonamiento destacando que si se entiende que la acción (agresión) de Jorge hacia Juan —independientemente considerada— era real, debería sostenerse que la acción (agresión) —también considerada de manera independiente— de Juan hacia Jorge también lo era; y en consecuencia, debería concluirse que este último también actuó en plena legítima defensa.

Dado que para los objetivistas no es factible que se de un supuesto de legítima defensa respecto de un acto de legítima defensa, una persona que adhiriera a los postulados de aquella teoría debería concluir que ambas acciones son ilegítimas. De esta manera, se llega a la paradoja que Russell pretende señalar a través de la cual se quiebra uno de los atractivos del objetivismo: dado que las dos acciones son ilegítimas, ambas admiten la legítima defensa. De esta manera, la teoría conduce no sólo a una paradoja sino también a una contradicción lógica: ambas acciones son ilegítimas y legítimas a la vez<sup>231</sup>.

Por otro lado, el mismo tipo de análisis puede hacerse respecto del segundo de los casos hipotéticos planteados. Básicamente podría señalarse que se llega a la misma paradoja si se considerara que Bárbara, al pensar que Clara la atacaría (por creerse erróneamente atacada en defensa de un ataque inexistente), actuaría con intención de defenderse. Así, en la medida en que el ataque de Clara pueda ser calificado de ilegítimo, la conducta de Bárbara estaría objetivamente justificada. Correlativamente, también el ataque de Clara estaría justificado en función de que la defensa de Bárbara estaría basada en un supuesto falso. En función de ello, debería sostenerse que

---

los motivos del agresor sean conocidos por quien se defiende, sino también en la medida en que no se exige que este actúe de una manera diferente si efectivamente conociese esos motivos.

<sup>231</sup> Por otra parte, Russell señala que se llegará a la misma paradoja al analizar el caso desde la óptica de la legítima defensa putativa. En efecto, si se considera unilateralmente el actuar de Juan, también podría pensarse que habría actuado sin base en la realidad ya que Jorge no estaba dispuesto a agredirlo, sino sólo a defenderse. De esta manera, podría sostenerse que Juan se defendió putativamente. Si se completa el cuadro y se incorpora la actuación de Jorge, la veracidad de esta afirmación continúa subsistente, ya que este último se encontraba exactamente en la misma situación que Juan. En consecuencia, desde este punto de vista, deberá concluirse que tanto Juan como Jorge se defendieron putativamente. En función de ello, deberá afirmarse también que tanto la versión según la cual Jorge y Juan ejercieron la legítima defensa completa como aquella según la cual sus defensas fueron incompletas son ambas verdaderas (y, por supuesto, también falsas).

nuevamente ambas conductas vuelven a estar justificadas e injustificadas al mismo tiempo.

Entonces, mediante el análisis de estos casos hipotéticos, Russell demuestra que la teoría objetiva posee cierto grado de indeterminación al no poder resolver adecuadamente los casos hipotéticos planteados. Esta indeterminación no resulta problemática para las tesis subjetivistas, pero en cambio, sí lo es para la objetivista, ya que ella afecta la lógica interna del sistema. Ello ocurre como consecuencia de las pretensiones a las que aspira la tesis objetivista.

Sin embargo, como se intentará señalar en el capítulo siguiente, estos conflictos serían mucho más débiles si dicha postura se conformara con una tesis más débil de la legítima defensa. En efecto, como sostiene Malamud Goti, estos conflictos perderían vigor si los objetivistas entendieran que esta causa de justificación no conforma necesariamente la mejor solución desde un punto de vista moral a través de la cual se le otorga al sujeto que actúa un derecho en sentido fuerte. Como se verá, estos conflictos se minimizarían si la defensa se concibiese como legítima en el sentido de "tolerable" o "permisible"<sup>232</sup> y se tratara de distribuir riesgos para arribar a soluciones más justas.

---

<sup>232</sup> Cf. Malamud Goti, en *Legítima Defensa: Crítica a la Noción...*

### CAPÍTULO III.

#### EL ESTÁNDAR DE LA CREENCIA RAZONABLE.

##### **III. A. INTRODUCCIÓN.**

En el capítulo anterior he descrito las teorías mayoritarias que se han elaborado a fin de determinar el contenido del injusto y he señalado algunas de las críticas que se le formulan a cada una de ellas. En este sentido, he resaltado que los seguidores de una teoría subjetiva, para excluir el injusto, sólo valorarán las representaciones del autor y en consecuencia bastará que éste haya creído que actuaba en legítima defensa para que concluyan que actuó de manera justificada. Correlativamente, dado que para los seguidores de esta tesis sólo importa el disvalor de acción —ya que los presupuestos objetivos no tienen un valor independiente—, sostendrán que ha cometido un injusto completo quien ha actuado desconociendo que lo hacía bajo los presupuestos objetivos de la legítima defensa. Al enfatizar las representaciones del autor se ven obligados a analizar el suceso tomando exclusivamente en cuenta una perspectiva *ex ante*; que como ya he dicho, permite a quien deba resolver el caso ubicarse en la misma situación en la que se encontraba el actor al momento de tomar la decisión de acción.

Por otra parte, he señalado que los seguidores de la teoría objetiva más extrema, entienden que basta para la exclusión del injusto la concurrencia de los presupuestos objetivos de la justificación, sin que importe si el autor los conocía. Desde esta óptica, una persona actuará en legítima defensa cuando repela una agresión ilegítima aún cuando lo haga sin saber que era víctima de una agresión y actúe (incluso) con intención de agredir a quien lo estaba atacando. Ahora bien, cuando sólo se den los presupuestos subjetivos y no los objetivos de la justificación, para ser coherentes con los puntos de partida que adoptan, los seguidores de esta tesis deberían concluir que se ha realizado un injusto completo y deberían analizar la actuación del sujeto en el ámbito de la culpabilidad, como un caso de error de prohibición. A su vez, estas premisas deberían llevar a los seguidores de esta postura a analizar los casos desde una perspectiva *ex post*; esto es, a analizar el suceso por fuera de la cabeza del autor, valorando los resultados que se generaron a partir de su actuación.

Por último, he sostenido que la denominada teoría clásica o mixta —que es la que goza de mayor consenso y por lo tanto es sobre la que me concentraré en este capítulo— une las exigencias que plantean las teorías subjetivas y objetivas puras; por

lo que requiere para la justificación de una conducta la concurrencia de los elementos objetivos y de los subjetivos también.

Al darle valor a ambos aspectos (objetivos y subjetivos), los seguidores de esta tesis, para ser coherentes, deberían analizar un suceso desde una perspectiva *ex ante* y también desde una *ex post*. Este análisis conjunto debería imponerse en la medida en que a partir de la primera perspectiva es posible analizar las creencias del autor y desde el punto de vista *ex post*, lo que realmente ha sucedido más allá de él<sup>232</sup>.

Cuando falte alguno de los elementos que exigen para la justificación de una conducta, en función de cual de ellos sea el que no esté presente, le darán al caso una solución diferente. Así, cuando sólo estén presentes los elementos objetivos, aplicarán analógicamente al caso las reglas de la tentativa (inidónea) y cuando sólo se den los presupuestos subjetivos, entenderán que se trata de un caso de legítima defensa putativa; esto es, de un supuesto en donde el sujeto ha obrado con error. A ese error le aplicarán las reglas del error de tipo o de prohibición según adhieran a la teoría estricta o limitada de la culpabilidad. Gran parte de los seguidores de esta teoría entienden que estos casos deben ser analizados en el ámbito de lo putativo, aplicando la normativa específica del error, incluso cuando afirmen que el presuntamente agredido ha actuado de manera razonable; esto es, aún cuando entiendan que ha actuado de manera similar a como lo hubiera hecho cualquier otra persona en su lugar y por lo tanto, haya actuado de manera “normal”, ajustándose a las prácticas que imperaban en esa sociedad en ese momento determinado.

En este capítulo, intentaré demostrar que no es correcta esta solución (de legítima defensa putativa) para los casos en los cuales pueda sostenerse que el sujeto ha tenido una creencia objetivamente razonable; ya que a mi criterio los efectos que estas situaciones generen deberían tener su sede en el peldaño de la antijuridicidad

---

<sup>232</sup> Esto último debería suceder como consecuencia del valor autónomo que le asignan al resultado (valor que opera para la fundamentación del injusto y que, por lo tanto, también debería operar para su exclusión, salvo que se explicite alguna razón por la cual no debería ser así o que se reformule el contenido que le atribuirán a los elementos objetivos de la justificación). Así, por ejemplo, si el resultado muerte le agrega disvalor al injusto, el efectivo salvamento (que sería el resultado buscado dentro de la justificación) debería ser tenido en cuenta para excluir el injusto, pues de lo contrario, estarían aceptando que la tentativa de salvamento (que fundamenta sólo el valor de acción) es suficiente para excluir el injusto. Entonces, si el análisis que se hace en la tipicidad será diferente del que pretenden hacer en la antijuridicidad, al menos debería explicitar las razones que justifican ese cambio o explicitarse a través de qué criterios se entenderá que los elementos objetivos han concurrido. Sobre esta cuestión volveré en el punto III.B.a de este capítulo.

excluyendo esta categoría y haciendo lícita la acción realizada como si realmente hubiera existido la situación de justificación<sup>233</sup>.

Para ello, seguiré el siguiente camino: partiré de valorar que las personas se encuentran legitimadas para defenderse al amparo de la legítima defensa cuando sientan que de manera inminente serán víctimas de una agresión ilegítima. Es decir, una persona podrá defenderse legítimamente cuando crea que será agredida, sin que tenga la obligación de esperar a que la agresión comience a ejecutarse. En otras palabras, los ciudadanos han sido autorizados a actuar sobre la base de sus creencias, en función de las cuales elaborarán un “pronóstico” sobre una situación de peligro que puede desencadenarse de manera inminente hacia ellos<sup>234</sup>. En consecuencia, sostendré que para determinar si esa persona ha actuado de manera lícita, quien deba analizar el caso, necesariamente tendrá que examinar si esa decisión (si ese pronóstico) ha sido correctamente tomada. De acuerdo a la tesis que sostendré, esta será la cuestión fundamental para establecer la justificación de la conducta.

Es decir, para establecer si el sujeto ha actuado de manera justificada tendrá que determinarse si el pronóstico que ha confeccionado ha sido razonable, para lo cual deberán valorarse los mismos elementos que el sujeto ha tenido en cuenta para tomar esa decisión de actuar. Para poder valorar esos elementos, quien examine el caso, tendrá que posicionarse en el mismo lugar en el que se encontraba el defensor —es decir, adoptará una perspectiva *ex ante*—. Ello lo hará para luego comparar la conducta que ha realizado el sujeto con la que hubiera hecho una persona cuidadosa (razonable) situada en su lugar. Esta última comparación permitirá “objetivizar” la creencia subjetiva del autor. Por ello sostendré que cuando se trate de una creencia compartida (razonable), esa creencia dejará de ser una creencia meramente subjetiva, para convertirse en una “realidad”. Como es posible observar, la interpretación que propongo implica una reformulación del contenido de los elementos objetivos de la justificación.

<sup>233</sup> Requejo Conde en su tesis doctoral, dirigida por Muñoz Conde, propugna una solución bastante similar a la que adheriré —aunque por caminos diferentes—. De acuerdo a esta autora, la jurisprudencia española también adheriría esta postura (cf. *La legítima defensa*, p. 356). Esta cuestión también es abordada por Córdoba Roda y Rodríguez Mourillo en *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, T I, p. 260 y ss., citado por Muñoz Conde en *¿Legítima defensa putativa?...*, ps. 190 y ss. Por otra parte, cabe señalar que a partir de la sanción del Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), también el Estado de Nueva York ha adherido a esta postura como consecuencia de que ha adoptado el estándar de la “persona razonable”, cf. Malamud Goti, *Quien es la “Persona Razonable”?*; en este sentido ver también, Fletcher, *En defensa propia*, ps. 64 y ss.

<sup>234</sup> Como señalaré, un pronóstico es una decisión que se adopta en un momento determinado sobre la creencia que un sujeto tenga sobre el desarrollo de un suceso futuro con desenlace incierto.

Por otra parte, señalaré que la reformulación que propongo y la utilización del estándar de la persona razonable, permitirán establecer un criterio para que sea factible distribuir cargas en función de los riesgos que cada uno de los actores haya generado.

Asimismo, sostendré que la decisión que adopte quien resuelva el caso acerca de la corrección del pronóstico no se modificará por la información que surja desde una perspectiva *ex post*. Sin embargo, reconoceré que esa información resultará relevante a fin de establecer cuáles serán las consecuencias que se desprenderán de esa acción justificada. Así, de seguirse la postura que propondré, también deberían repensarse las consecuencias que generará una acción justificada —esto es, si se le otorgará a quien alegue la legítima defensa un derecho en sentido pleno o sólo un derecho justificatorio<sup>235</sup>—. Ello deberá repensarse ya que se trata de arribar a soluciones justas donde se redistribuyan riesgos (o suertes).

Por último, también intentaré demostrar que este tipo de razonamiento no sólo no es en absoluto contradictorio con la tendencia actual, sino que además, no habrían motivos para abordar un caso en la antijuridicidad de manera disímil a como la doctrina más moderna lo está haciendo para establecer la tipicidad de la conducta.

Vayamos por partes.

### III.B. LA AGRESIÓN INMINENTE Y LA NECESIDAD DE ACTUAR SOBRE LA BASE DE UN PRONÓSTICO.

En el primer capítulo de este trabajo<sup>236</sup>, he señalado que la doctrina mayoritaria, al interpretar las exigencias que el legislador ha establecido para que una persona pueda invocar la legítima defensa, ha entendido que la agresión ilegítima de la que una persona pretenda defenderse debe ser *actual* o al menos *inminente*.

Allí, he mencionado que la doctrina mayoritaria sostiene que no sólo será actual una agresión cuando esté precisamente teniendo lugar sino también cuando ésta (la agresión) aún no haya comenzado a ejecutarse pero de manera inmediatamente inminente el agresor esté próximo a realizarla. Así, diferencian la inminencia de lo que es el comienzo de ejecución propiamente dicho (y también de lo que es el momento de consumación). Por ello, afirman que sería posible repeler una agresión durante los actos preparatorios próximos a la tentativa.

<sup>235</sup> Ver al respecto punto I.B.3.A. del primer capítulo de esta tesina.

<sup>236</sup> Ver al respecto, punto I.B.2 del primer capítulo de esta tesina.

De esta manera, autorizan al sujeto a defenderse incluso antes de que exista “en el mundo real” una agresión ilegítima y le dejan a quien se siente víctima de una agresión cierto espacio para adoptar una decisión en base a lo que cree que sucederá. En efecto, para poder invocar legítima defensa, al sujeto no se le impone la carga de tener que poseer certeza sobre la existencia de una agresión, sino sólo que se sienta seguro que de manera “inminente” alguien lo agredirá. En otras palabras, el permiso que se le ha otorgado al defensor para reaccionar ante una agresión inminente, implica un permiso para actuar sobre la base de lo que cree que sucederá; esto es, sobre la base de un pronóstico.

Muñoz Conde justifica esta autorización en el hecho de que “*sería absurdo exigir que el acuciado por la necesidad y ante la inminencia de lo que objetivamente puede considerarse una agresión compruebe, pausada y tranquilamente, todos los datos objetivos que avalan esta creencia antes de proceder a defenderse. Y ello no sólo porque no se puede exigir a todo el mundo la presencia de ánimo y serenidad necesaria para proceder a esa comprobación, sino también porque si se pierde mucho tiempo en la misma la reacción defensiva puede llegar demasiado tarde y carecer ya de eficacia*”<sup>237</sup>.

Entonces, dado que el defensor (es decir, quien crea que será víctima de una agresión ilegítima e inminente) ha sido autorizado para actuar en función de una decisión que adopte en un momento determinado sobre el desarrollo de un suceso futuro; esto es, para actuar sobre la base de sus creencias en función de las cuales elaborará un pronóstico acerca de lo que sucederá, quien deba examinar el caso, para establecer cuál era la acción que en ese momento estaba autorizada, necesariamente tendrá que intentar determinar si ese pronóstico fue correctamente elaborado.

En efecto, como destaca Hassemer, un pronóstico es una decisión que el sujeto toma en base a una creencia de conformidad a la *lex artis* con un desenlace inesperado. De allí que siendo los pronósticos decisiones que se adoptan *ex ante* —esto es, antes de que el suceso tenga efectivamente lugar— su legalidad también tendrá que enjuiciarse con ese criterio (*ex ante*). Por ello, cabrá sostener que en estos casos la conducta que resultará conforme a la norma, será aquella que resultaba correcta en el instante en que

<sup>237</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 192.

debió tomarse la decisión. Por este motivo, coincido con Hassemer en que reclamar otra conducta sería contrario a lo jurídico, a lo social y a lo ético<sup>238</sup>.

Debe quedar claro, dado que el sujeto está autorizado para actuar en base a sus creencias y para realizar en función de ellas una “predicción”, deberá juzgarse si sus creencias y en consecuencia si el vaticinio que realizó en función de ellas fueron correctos. Sus creencias serán adecuadas en la medida en que hayan sido “razonables”. Serán razonables en la medida en que pueda sostenerse que un cierto número de personas o cierta clase de individuos en el lugar del autor hubiera interpretado la realidad de manera similar a como él lo hizo<sup>239</sup>. Afirmar que se trataba de una creencia compartida bastará para afirmar que se trató de una decisión correcta. Esta afirmación será válida con independencia del desenlace del suceso. Es decir, el pronóstico será correcto con independencia de que se corrobore *ex post* la existencia o inexistencia de la agresión ilegítima de la que el sujeto pretendió defenderse.

### **III.B.1. Limitación al conocimiento humano.**

Ahora bien, dado que para establecer si el pronóstico ha sido correctamente elaborado, será preciso ponerse en el lugar de quien ha tomado la decisión de actuar (para luego comparar esa conducta con la que hubiera realizado de una persona respetuosa de los demás —razonable— en esa situación), deberá tenerse en cuenta que los seres humanos poseen ciertas limitaciones a su capacidad de “conocer” y que perciben la realidad de manera diferente en función de determinadas características que presenten.

<sup>238</sup> No obstante, Hassemer sostiene que deberían diferenciarse los “pronósticos inevitables” de los casos de error; al respecto ver *Justificación material y justificación procedimental en Derecho Penal*, Madrid, Ed, Tecnos, 1997, ps. 35 y ss. citado por Requejo Conde, *La legítima defensa...*, p. 402. Por otra parte, y en relación a esta cuestión, podría sostenerse que “el establecimiento de un principio de conservación a ultranza de los bienes jurídicos que suponga un respeto absoluto de los mismos en situaciones excepcionales de conflicto, a expensas de una protección de bienes y derechos sólo realmente puestos en peligro o lesionados tras la pertinente comprobación *ex post*, constituye una clara vulneración al principio de solidaridad humana”, cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 360.

<sup>239</sup> Como señalaré más adelante (punto III.B de este capítulo), me refiero a cierto número de persona o a cierta clase de individuos pues no sería posible (ni conveniente) comparar la conducta del sujeto en el caso concreto con la que hubiera hecho la totalidad de la comunidad, primero, porque aún cuando fuera posible establecer ese parámetro, sería tan vago que no tendría ningún tipo de utilidad; segundo, porque de esa manera se violaría el principio de igualdad, al no reconocer diferencias entre las personas que deberían ser consideradas. Es por ello que sostengo que para hacer esta comparación resultará necesario seleccionar diversos criterios a fin de determinar el grupo de referencia del autor y para establecer “tipos de autores”, con los cuales luego debería confrontarse la conducta concreta por él realizada.

En efecto, la actividad cognoscente no sucede de forma pasiva, sino que adopta una forma dinámica entre los elementos externos y su interpretación<sup>240</sup>. De esta manera, por más objetiva que pretenda ser calificada, la realidad será subjetivizada; esto es, será percibida e interpretada por el sujeto receptor; y al hacerlo, entrarán en juego diversas variables personales que conectarán al sujeto con el objeto percibido; es decir, estas variables condicionarán la forma en que la realidad será percibida.

En este sentido, Muñoz Conde reconoce que “una congruencia plena entre la realidad objetiva y la percepción subjetiva de la misma es prácticamente imposible”<sup>241</sup>. Esta congruencia será aún más difícil de obtener en los casos de legítima defensa, donde el sujeto además de tener que tomar rápidamente una decisión también puede sentirse atemorizado.

Por ello, para determinar qué hubiera sido razonable que una persona haga en un caso determinado, quien examine el caso, deberá tener en cuenta estas limitaciones. Pues, al reconocer y valorar que la capacidad de conocer posee limitaciones y que la realidad será percibida de manera diferente en función de cómo sea el sujeto que la percibe, se evitará que la justificación se convierta en un juicio de predicción o de posibilidad de acierto de la realidad donde se someta al sujeto a las consecuencias que el azar determine; y permitirá que ella (la justificación) suponga “un ejercicio legítimo de la libertad en función de la capacidad de motivación y de conocimiento del sujeto en el instante del hecho”<sup>242</sup>.

Como he mencionado en el primer capítulo, la dogmática es una herramienta teleológica que permitirá que sean tenidas en cuenta las consecuencias político criminales de la aplicación del sistema<sup>243</sup>. Por ello, la dogmática debería reflejar la política criminal de un Estado. De allí, que si una sociedad ha decidido respetar al máximo las libertades individuales, al momento de establecer cuáles serán las conductas que se considerarán objetivamente correctas, debería precisamente respetarse los espacios de libertad que el ciudadano posee.

<sup>240</sup> ya que buscar la verdad es una actividad del conocimiento humano que supone una relación entre el sujeto conocedor y el objeto conocido, por la que el sujeto se representa el objeto conocido y toma conciencia de esta representación. Esta creencia, si es además razonable, es también una verdad subjetiva personal; es un conocimiento que es tomado como verdadero cuando pensamos que la imagen o representación que de él nos hacemos coincide con sus caracteres reales, mientras que si no se da esta correspondencia concluiremos que nuestro conocimiento fue defectuoso y que hemos incurrido en un error, cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 358.

<sup>241</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 192.

<sup>242</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 358.

<sup>243</sup> Cf. Roxin *Derecho penal ...*, ps. 217 y ss.

De allí que sea una “*tarea esencial de las causas de justificación (...) determinar las conductas correctas penalmente, respetando al mismo tiempo un espacio de libertad del ciudadano*”<sup>244</sup>. Para poder cumplir esta tarea sin vulnerar esos espacios de libertad, deberá considerarse que las personas en determinadas circunstancias ven limitada su capacidad para percibir la realidad<sup>245</sup> y que la perciben de acuerdo a determinadas características individuales (tales como sexo, edad, etc.).

### **III.B.2. Justificación de la perspectiva ex ante: la norma debe dar un mensaje claro al ciudadano.**

Escapa al objeto de esta tesina determinar cuáles son las funciones que el derecho, las normas y la pena cumplen —o deben cumplir—, sin embargo, cabe señalar que la doctrina mayoritaria entiende que a través de la norma se busca prevenir conductas lesivas para bienes jurídicamente protegidos. Esto es, entienden que a través de ella se intenta motivar al ciudadano para que omita realizar determinadas conductas que se consideran disvaliosas<sup>246</sup>.

Sin perjuicio de las discusiones que permanentemente se plantean en torno al contenido del injusto; con independencia de que se adhiera a la teoría de los elementos negativos del tipo o de si se siga la teoría clásica (o tripartita que divide el análisis de la conducta en los peldaños de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); la mayoría de los dogmático también coinciden en que, tanto en la tipicidad como en la antijuridicidad, se trata de establecer la conducta jurídicamente relevante y de proteger

<sup>244</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 358 y ss.

<sup>245</sup> En este sentido, Silva Sánchez señala que para realizar el juicio de antijuridicidad debe adoptarse una perspectiva *ex ante*, en la medida en que la norma contiene directrices de conducta y prohíbe toda conducta que *en el momento de comenzar a exteriorizarse* muestra una discrepancia “aparente” con lo preceptuado. Sostiene que el peligro *ex ante* será aparente como consecuencia de las “limitaciones del conocimiento humano. La norma sólo puede ordenar la realización de aquellas conductas que reconoce, en el momento en que opera (*ex ante*) como peligrosas (...) En cambio no podría prohibir conductas que no reconoce como peligrosas, aunque después resulte que producen efectos lesivos; prohibirlas —con la consiguiente limitación de la libertad de acción—, aun cuando no se vean peligrosas, conllevaría la “criminalización total” y no sólo resultaría inaceptable desde la perspectiva de los principios de la intervención penal, sino que imposibilitaría la convivencia”, cf. *Aproximación...*, ps. 385 y ss. Por su parte, Rawls ha sostenido que el respeto a la libertad y a la autonomía del individuo supone que las acciones legales exigidas y prohibidas por las normas puedan ser cumplidas y evitadas de modo razonable, citado por Varona Gómez, *El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento*, en AP 1996, p. 757 y ss, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 360.

<sup>246</sup> En esta línea, y entre muchos otros, cabe mencionar a Sancinetti, *Teoría del delito...*, ps. 564 y ss. y ver también todo lo dicho al respecto en el capítulo anterior; Mir Puig, *Función de la pena...*, ps. 79 y ss.; Gimbernat Ordeig, en *Estudios...*, ps. 146 y ss. y 174 y ss, etc. Roxin, *Derecho penal...*, p. 81 y ss y 95 y ss.; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad...*, ps. 33 y ss.; Schünemann, *El sistema moderno*, p. 67, citado por Silva Sánchez en *Aproximación...*, ps. 311 y ss. 324 y ss., 361 y ss. etc.

los intereses individuales y colectivos socialmente relevantes situando al hecho dentro de un contexto social determinado<sup>247</sup>. De allí que pueda afirmarse que también a través de las reglas permisivas se emiten reglas de conducta generales.

Ahora bien, para poder cumplir con el fin de prevención, la norma, además de haber sido asequible al sujeto, debe emitir un mensaje claro acerca de cuáles son las conductas que el derecho fomenta y cuáles son las conductas que pretende desincentivar. Un mensaje satisficará estas exigencias cuando pueda mantenerse inalterable. Esto sucederá, sólo cuando el mensaje que el sujeto haya percibido antes de actuar, luego de que haya actuado, continúe siendo el mismo.

En este sentido, Roxin sostiene que *“si la conminación e imposición de la pena también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos”*<sup>248</sup>.

En la misma línea, Sancinetti ha dicho que un concepto de ilícito que sea incapaz de proporcionarle al autor algún remedio posible para que pueda responderse de manera definitiva en ese momento (esto es, antes de tomar la decisión de acción) el interrogante acerca de *“que debe hacer”*, no puede ser idóneo para cumplir con la función de interpretación del ordenamiento jurídico como sistema de normas de comportamiento<sup>249</sup>.

También Zielinski se manifestó al respecto sosteniendo que *“un ordenamiento jurídico que no puede decirle al destinatario de sus preceptos de conducta si él puede, o incluso, debe, ejecutar una acción determinada en una situación determinada, pero*

<sup>247</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal...*, ps. 221 y ss. y 229 y punto I.B.3.A. del primer capítulo de esta tesina. En este sentido, expresamente Roxin ha dicho que tanto en la tipicidad como en la antijuridicidad *“se trata de determinar lo jurídico penalmente injusto y, con ello, las acciones especialmente lesivas desde el punto de vista social, para lo cual la diferenciación entre tipicidad y causas de justificación únicamente posee un significado heurístico y técnico”*, citado por Schünemann, en *la función de la delimitación...*, p. 221, sobre lo cual también coincide este último autor (cf. de ese mismo artículo ps. 225 y ss.). En esta línea, cabe mencionar también a Schünemann; ver nota 72 del segundo capítulo de este capítulo. Allí se mencionó que el autor entiende que resulta incorrecto, tanto desde el punto de vista teórico como normativo, distinguir entre lo prohibido y los tipos permisivos, pues ambas cumplen la misma función: la de *“disuadir al ciudadano de las acciones socialmente nocivas”*; cf. *“Die deutschsprachige...”*, ps. 349 y 353, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 225.

<sup>248</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 146.

<sup>249</sup> Cf. Sancinetti, *Teoría del delito...*, ps. 564 y ss.

<sup>250</sup> Cf. Zielinski, *Handlungsunwert und Erfolgswert in Urechtsbegriff*, Berlín, 1973, p. 240 citado por Sancinetti, *Teoría del delito...*, ps. 564 y ss.

que, a la vez, se reserva el derecho de juzgar *post festum* acerca de si la decisión no obstante tomada estaba justificada, para, entonces, asociar a ella las sanciones penales, se sustraería a su misión primaria de dar parámetros y reglas de conducta para la resolución de situaciones de conflicto social... ”<sup>250</sup>

Entonces, dado que de la norma surge que basta para invocar la legítima defensa con que una agresión ilegítima esté por realizarse de manera inminente, lo que, como hemos visto, autoriza a quien se sienta víctima de esa agresión ilegítima ha actuar si es que cree (de manera razonable) que lo agredirán, para que el mensaje permanezca inalterable deberían analizarse precisamente los elementos que fueron valorados por el sujeto para fundar su creencia al momento de tomar la decisión de actuar (esto es, de elaborar el pronóstico).

Ello debería ser así, pues sería esquizofrénico decirle al sujeto que, por un lado, puede actuar sobre la base de un pronóstico (esto es, antes de tener certeza acerca de la existencia de la agresión) y, por el otro, al analizar su actuación, en lugar de valorar el proceso de elaboración de ese pronóstico (esto es, valorar los elementos que tomó en cuenta para actuar), sólo se valore desde una perspectiva *ex post* si el pronóstico se ha corroborado. Si se hiciera esto último el mensaje sobre cuál es la conducta permitida sería tan oscuro que al actor no estaría en condiciones de saber qué es lo que debía hacer.

Para evitar resquemores, a esta altura, deseo señalar que propugnar porque se adopte una perspectiva de análisis *ex ante* —que conduce a que quien deba examinar el caso se posicione en el mismo lugar en el que se encontraba el sujeto al momento de tomar la decisión de actuar para valorar sus representaciones generalizándolas (al compararlas con las que hubiera tenido una persona cuidadosa en ese lugar) —, no implica adoptar una perspectiva netamente subjetivista, en el sentido de que cualquier representación que haya tenido el sujeto resultaría suficiente para afirmar que éste ha actuado legítimamente.

Como explicaré a continuación, rechazaré esa postura, pues a través de ella se subjetivizaría el injusto de manera intolerable. En este sentido, Muñoz Conde puntualmente señala que si toda creencia sincera debiera ser considerada razonable, se subjetivizaría el concepto de lo justo y de lo injusto, haciéndolo depender de lo que cada uno considera cómo tal. Este grado de subjetivización perforaría la vigencia objetiva de las normas jurídicas y las convertiría en letra muerta<sup>251</sup>.

Al tener presente estos riesgos, intentaré demostrar que es factible elaborar un estándar que “objetivice” las particularidades y las creencias del autor con el fin de establecer si la actuación de ese sujeto ha sido una actuación razonable (pues se trata de una creencia que es compartida) y que por lo tanto el derecho debe justificar, sin tirar por la borda la objetividad del injusto<sup>252</sup>.

### **III.C. CRITERIOS PARA ANALIZAR LA CORRECCIÓN DEL PRONÓSTICO. EL ESTÁNDAR DE LA PERSONA CREENCIA RAZONABLE.**

a) En primer término, cabe señalar que existen dos posibilidades para llenar de contenido a este baremo, una es apelando a un criterio subjetivo y la otra, recurriendo a uno objetivo. Si se apelara al criterio subjetivo, como acabo de mencionar, sería suficiente para justificar la acción cualquier creencia sincera que haya tenido el autor de esta forma, dejaría de ser un criterio regulativo para transformarse en una cuestión puramente fáctica<sup>253</sup>.

Este no será el criterio por el cual propugnaré para llenar de contenido a este estándar, pues como ya he señalado, si toda creencia sincera es considerada razonable (y por lo tanto, a la conducta realizada al amparado de ella, razonable), el concepto de lo justo dependería de lo que cada uno considere como tal. Esto subjetivizaría de

. 298 y ss. .

<sup>252</sup> Además, señalaré que es incorrecto sostener que una acción justificada es una acción deseada por el derecho, por el contrario, aquí sostendré que en ocasiones ellas sólo serán acciones que deberán ser toleradas (y no fomentadas). Sobre esta cuestión coincido plenamente con Requejo Conde en la medida en que sostiene que en la antijuridicidad se intenta establecer la capacidad de actuar conforme a la motivación y a lo objetivamente correcto, y que para ello resulta necesario individualizar este baremo (de la antijuridicidad) de manera tal que se incorporen las capacidades subjetivas del autor, pero sin llegar a una personalización a ultranza que subjetivice dicha categoría, cf. *La legítima defensa*, p. 362.

<sup>253</sup> Esta noción es Hobbes según la cual quien ve amenazado su cuerpo o su vida tiene el derecho-deber de defenderlos. Nuestros instintos y el estado de temor que rodea estas circunstancias indican que no puede pedírsele al actor que haga otra cosa que la que hizo. Lo racional en el estado de naturaleza de Hobbes es anticipar cualquier posible amenaza, cf. Malamud Goti, *Quien es la “Persona Razonable”?*; sobre el tema, ver también, Fletcher, *En defensa propia*, ps. 86 y ss. Este último autor, además sostiene que esta visión de lo objetivo es una visión híbrida (que contiene dos fases), pues combina el requisito puramente subjetivo de la creencia con el estándar objetivo de lo razonable y en consecuencia, exige, en una primera fase, que el defensor crea en el momento del hecho en la necesidad del empleo de la fuerza; y en la segunda, “que esa creencia corresponda a lo que una persona razonable creería en las mismas circunstancias”, *En defensa propia*, p 87.

<sup>254</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?*, ps. 194 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 298.

<sup>255</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?*, ps. 192 y ss.

manera inaceptable el injusto y aniquilaría la vigencia objetiva de las normas jurídicas, convirtiéndolas directamente en letra muerta<sup>254</sup>.

Por el contrario, seguiré el estándar objetivo. De acuerdo con él, no será cualquier creencia la que permitirá justificar la conducta; sino sólo aquella que haya sido razonable. La razonabilidad es así un criterio objetivo. Este criterio surgirá de comparar el comportamiento defensivo efectivamente realizado con el que hubiera realizado una persona cuidadosa (respetuosa de los demás) (con características similares al autor) en esa misma situación. En otras palabras, el objetivo será objetivizar la percepción del autor y para ello, se recurrirá al criterio *objetivable de lo razonable*; esto significa, que para determinar cuál hubiera sido la conducta correcta (esperable o normal) en esa situación se apelará a lo que “*hubiera hecho en las mismas circunstancias una persona normal*”<sup>255</sup>. Sólo aquellas creencias que se consideren razonables, se convertirán en epistémicamente objetivas y serán valoradas como una realidad jurídica.

Searle<sup>256</sup> distingue entre dos maneras de entender la objetividad: la primera es ontológica y depende del objeto mismo del conocimiento o de la valoración. La segunda es epistémica. Esta depende de la clase de juicios y de si estos son o no falseables. En este sentido, este autor resalta que para diferenciar lo objetivo de lo subjetivo hay que tener en cuenta tanto el sentido epistemológico como el ontológico. Así, señala que desde el punto de vista epistémico, generalmente afirmamos que alguien ha realizado un juicio subjetivo cuando no es falseable, porque ello depende no simplemente de un hecho sino básicamente de actitudes, sentimientos y puntos de vista de quien emitió el juicio. Searle contrasta este tipo de juicios con los juicios objetivos, que pueden ser verificables<sup>257</sup>. Es decir, para los juicios objetivos existiría un hecho en el mundo que lo haría verdadero o falso y este último hecho sería independiente de las actitudes o sentimientos de cualquier persona.

Por otra parte, Searle sostiene que desde el punto de vista ontológico, el sentido de lo objetivo y lo subjetivo tiene que ver con los modos de existencia. Por ejemplo, el dolor tiene entidad subjetiva, porque su modo de existencia depende de los sentimiento de quien lo sufre. En cambio, una montaña, en contraste con el dolor, es ontológicamente objetiva, porque su modo de existencia es independiente de cualquier

<sup>256</sup> Cf. Searle. John, *The construction of social reality*, ps. 1 y ss.

percepción o de cualquier estado mental. Sin embargo, reconoce que es posible formular afirmaciones epistemológicamente subjetivas sobre hechos que son ontológicamente objetivos y que al revés, también estamos en condiciones de formular juicios epistemológicamente objetivos sobre entidades que son ontológicamente subjetivas.

Asimismo, este autor resalta que cuando uno comienza a definir con atención las características del mundo, vale distinguir entre los hechos que son intrínsecos a la naturaleza y aquellos que existen con relación a la intención del observador, del usuario. Una característica intrínseca del objeto que está frente a uno será el material con el que esté compuesto ese objeto (metal, plástico, etc.). Sin embargo, destaca que también sería correcto referirse a ese objeto mencionado, en lugar de las características con el que está hecho, su utilidad, por ejemplo: diciendo que es un destornillado. Al describir el objeto de esta última manera, se está describiendo una característica del objeto que es observada por el usuario. La existencia de este observador no le agrega ningún nuevo material al objeto, pero en cambio si le agrega características epistemológicamente objetivas, que existen sólo con relación al observador y a los usuarios de ese objeto y que por eso se trata también de un hecho ontológicamente subjetivo.

Mencionar la clasificación que Searle ha hecho tiene como finalidad demostrar que el proceso que propongo de "objetivizar" una creencia no es extraño a la forma en la cual construimos nuestra realidad social. En este caso, será posible recorrer este camino, ya que no se trata de analizar los sentimientos de quien invocó la legítima defensa (los que serían incontrastables), sino de establecer si las creencias sobre las que actuó el sujeto han sido epistemológicamente objetivas.

Debe quedar claro, al acudir al criterio de la persona razonable no se abandonará como fundamento de lo injusto el terreno de la objetividad de la acción. Pues, como señala Mir Puig, de esta manera se establecerá la antijuridicidad de una conducta utilizando "*el juicio de la sociedad representado por el criterio generalizador, normativo-social, del espectador objetivo situado en el lugar del autor al actuar, con todos los conocimientos y posibilidades de que entonces este dispone*"

---

<sup>257</sup> Un ejemplo de un juicio subjetivo lo constituiría la afirmación de que "Rembrandt es mejor artista que Rubens", en cambio la afirmación de que "Rembrandt vivió en Amsterdam durante el año 1632", constituiría un juicio objetivo, verificable.

<sup>258</sup>. Es decir, se tendrán en cuentas las particularidades del autor y las creencias subjetivas de éste, no para sustituir la realidad, sino para objetivizarlas, para sacarlas de su cabeza, para tratarlas como una realidad objetiva cuando pueda sostenerse que se trata de una creencia compartida —pues una “*persona razonable*” (esto es, una persona normal, cuidadosa, respetuosa) en ese lugar hubiera valorado los hechos de manera similar a como lo hizo el autor—.

Ahora bien, como señala Malamud Goti, el estándar de la “*persona razonable*” constituye una forma denotativa del lenguaje pues no hay seres o entidades reales a las que las palabras hagan referencia. Ello como consecuencia de que “*la persona razonable*” es un ser inexistente, una construcción artificial que el juez adopta para indicar que era objetivamente razonable creer y hacer en esas circunstancias<sup>259</sup>.

b). Sin embargo, apelar al criterio (objetivo) de la persona razonable como agente denotado no soluciona de por sí el conflicto, ya que resultará necesario llenar de contenido este concepto, estableciendo al menos algunos parámetros de análisis. Excede al objeto de este tesina hacer ese trabajo. Sin embargo, mencionaré algunas cuestiones que entiendo deberían tenerse en cuenta para realizar esa tarea.

En este sentido, considero interesante mencionar lo que ha dicho Kevin Jon Sélmer<sup>260</sup>. Para este autor, el modelo objetivo (el de la “*persona razonable*”) admitiría tres versiones, que dependerían del grado de objetividad sobre el que se quiera construir el modelo. 1). Este autor, a la primera versión la denomina “*estrictamente objetiva*”. De acuerdo a ella, la “*persona razonable*” sería un individuo abstractamente concebido, colocado frente a la situación en la que se origina el acto defensivo. Este individuo carecería de género, de etnia y de edad. 2). En cambio, la segunda versión, se trataría de un estándar objetivo un poco más cercano al autor. En consecuencia, no se elaboraría un único estándar aplicable a todos los casos. Por el contrario, éste variaría conforme a ciertas propiedades universales que se le atribuyan al autor, como lo son su género, su edad, su raza o etnia y, según el caso, algún rasgo claramente

<sup>258</sup> Cf. Mir Puig, *Función de la Penal...*, ps. 91 y 94 y ss.

<sup>259</sup> Cf. Malamud Goti, *Objetiva: Quien es la “Persona Razonable”?* Este autor también señala que La “*persona razonable*” no surge de entidades del mundo real. No solo es imperceptible sino que no emerge tampoco de encuestas, de estadísticas, ni resulta tampoco de alguna operación indicativa de lo que hubiese creído y pensado el promedio de los ciudadanos, cf. Malamud Goti, *Objetiva: Quien es la “Persona Razonable”?*.

<sup>260</sup> Cf. Kevin Jon Heller, “*Beyond the Reasonable Man?*”, citado por Malamud Goti en *Quien es la “Persona Razonable”?*

perceptibles: como el tamaño u otra condición física visible. Esta versión expande el estándar a ciertos procesos causales universales; esto es, a circunstancias que limitarían las opciones de todos aquellos que posean la mismas propiedades (como sexo, edad, raza, etc.).

3). Por ultimo, en la tercera versión, la “*persona razonable*” aparecería directamente individualizada. Conforme a ella, el juzgador (o el jurado) tomaría en cuenta al agente en particular y a la conducta que este *debió* ejecutar si, siendo quien era, se vio en situación de reaccionar frente a la amenaza de un tercero. Así, se considerarían propiedades no universales, circunstancias idiosincrásicas que pudieron limitar la capacidad del agente de establecer con una mínima claridad posibles cursos de acción menos costosos.

e). Gran parte de la doctrina, se inclina por adoptar la segunda de las versiones mencionadas. En este sentido, cabe señalar que Mir Puig ha sostenido que al comparar la conducta realizada y la pauta ideal de comportamiento, a fin de establecer si ella puede ser valorada dentro del riesgo permitido o de lo objetivamente razonable, hay que tener en cuenta las capacidades del autor. Ello en la medida en que entiende que para emitir un juicio sobre la antijuridicidad de la conducta no es posible prescindir de factores personales<sup>261</sup>.

Por su parte Silva Sánchez, sostiene que este es un juicio que debe ser realizado por un espectador objetivo (medio, con los conocimientos de una persona de inteligencia normal) situado *ex ante*, pero que ha de tener presentes los conocimientos del sujeto acerca de su propia conducta; es decir, que ha de contemplar necesariamente el hecho del sujeto en su unidad objetivo – subjetiva. Para este autor, ello permitiría contemplar al hecho desde afuera, pero considerando la representación que el propio sujeto tuvo de su hecho (lo que permitirá formular el juicio acerca de la concurrencia o no de un riesgo penalmente injusto)<sup>262</sup>.

En este sentido, Larrauri ha afirmado que “*objetivo*” significa tomar en consideración el “*grupo de referencia*” al que pertenece la víctima y sus conocimientos especiales y ha sostenido que a través de este baremo será posible deslindar lo que son errores de lo que son conductas conforme a derecho<sup>263</sup>.

<sup>261</sup> Cf. Mir Puig, *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho Español*, en La ley 1991-1, p. 1036, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 391 y ss.

<sup>262</sup> Cf. Silva Sánchez, *Aproximación...*, p. 388.

<sup>263</sup> Cf. Larrauri, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, EUB, 1995, p. 36, 49, 65 y 81, citada por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 393.

A su vez, Muñoz Conde manifiesta que el estándar objetivo no puede ser tan objetivo y llegar al punto de “*desechar todas las representaciones y creencias subjetivas que pudo tener el sujeto en el momento en que creyó defenderse, ya que ello supondría tanto como sustituir al ‘sujeto de carne y hueso’ que creía defenderse por una especie de ‘defensor estándar hipotético’ de cartón - piedra que nunca ha existido*”. Asimismo, agrega que apelar a este baremo será admisible “*siempre que las creencias subjetivas sean tenidas en cuenta para establecer el criterio de lo objetivamente razonable y no para sustituirlo*”<sup>264</sup>.

Por otra parte, Pitlevnik sostiene que no es suficiente tener por cuidadosa una conducta por el solo hecho de que una persona la hubiera realizado, pues ello implicaría recurrir a un argumento de autoridad. Por el contrario, este autor entiende que deben reconocerse las causas por las cuales una persona diligente habría actuado de esa manera. Para conocer estas razones será necesario evaluar la conducta de un sujeto determinado en un contexto específico<sup>265</sup>.

Ahora bien, sin tener la pretensión de agotar la discusión sobre esta cuestión, creo que podría sostenerse que, para establecer cuál era la conducta que en un caso concreto resultaba razonable, deben valorarse las características de quien percibe y valora en el caso concreto las circunstancias fácticas. Entre estas características, también deberán ser tenidos en cuenta los conocimientos del autor<sup>266</sup>. Sin embargo, adhiero a la observación que realiza Malamud Goti en cuanto a que para mantener la objetividad del estándar y cumplir así con la promoción del *rule of law*, estas capacidades no pueden corresponder a la persona minuciosamente individualizada. Por el contrario, ellas deben surgir de ciertos “tipos” de individuos. Estos tipos deberían reflejar, entre otras cosas, el género, las creencias culturales y ciertas propiedades caracterológicas universales. Al elegir las características que se valorarán, debe tenerse

<sup>264</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, ps. 194 y ss.

<sup>265</sup> Cf. Pitlevnik, *Delimitación del Dolo y la Culpa...*, p. 120, aunque cabe señalar que este autor realiza esta aclaración refiriéndose al ámbito de la tipicidad.

<sup>266</sup> En efecto, a mi criterio, los conocimientos que el autor pudiera tener deberían ser tomados en cuenta, pues ellos tal vez podrían constituir otro de los parámetros que podrían objetivarse. En este sentido, cabría señalar que al igual que en la tipicidad, ello no implicaría subjetivizar el tipo objetivo de la justificación y provocar así una grave distorsión sistemática. Pues, como sostiene Rua, “*tales conocimientos -dentro del marco del tipo objetivo- sólo serían tomados para describir -en forma objetiva y no subjetiva- la situación concreta en que se encontraba el autor, para luego determinar, en forma genérica, si todo sujeto con los conocimientos que poseía el autor en la situación concreta en que se encontraba (aspecto objetivo) creaba o no un riesgo jurídicamente desaprobado*”, cf. Rua, *El problema de los conocimientos especiales...*

presente que cuanto mayor sea el número de rasgos distintivos, menor será la promoción del *rule of law* y mayor el sentido de la justicia individualizada<sup>267</sup>.

d). Ahora bien, más allá de cuál sea el contenido de este estándar, a los fines de esta tesina resulta fundamental resaltar cuál es la función que este estándar debe cumplir. Básicamente, a través de este criterio será factible determinar cuándo y quién deberá soportar la carga de una acción riesgosa; decisión que deberá tomarse, por ejemplo, ante una acción de legítima defensa que emprende una persona como resultado de su creencia (sobre la que labora un pronóstico) de que será víctima de una agresión ilegítima. El criterio mediante el cual se distribuirán los riegos (esto es, las cargas para la solución del conflicto) será lo que hubiese hecho una *persona razonable* colocada en el lugar del autor. En otras palabras “la *“persona razonable”* es un criterio regulador que indica de manera objetiva de que manera puede regularse la cuestión de compaginar la seguridad por un lado y, por el otro, la noción de libertad. Este criterio es también apto como categoría objetiva para establecer formas “justas” para la distribución de la suerte moral, permitiendo resolver el problema de nuestra ignorancia sobre los hechos”<sup>268</sup>.

De aquí se desprende que cada uno deberá cargar con las consecuencias de los riegos que genere (en la medida en que no los haya generado de manera objetivamente razonable). De esta manera, si se concluyera que una persona actuó irrazonablemente, se le impondrá el deber de cargar con los riesgos que sus acciones hayan desencadenado<sup>269</sup>. En cambio, si se entendiera que ha actuado de manera objetivamente razonable no se le impondrá el deber de cargar con los riesgos que genere. Esto básicamente implicará, por ejemplo, que una persona podrá ejercitar legítimamente una defensa contra una supuesta agresión antijurídica cuando desde su perspectiva *ex ante* suponga razonablemente la existencia de un ataque actual e ilegítimo, aún cuando

<sup>267</sup> Cf. Malamud Goti, *La “Persona Razonable” y Dos Versiones sobre Nuestro Papel en el Mundo*.

<sup>268</sup> Cf. Ripstein, *Equality...*, citado por Malamud Goti en *Puede la Creencia Razonable...*. A ello, Ripstein agrega que los habitantes de toda comunidad afrontan una infinidad de riesgos y estos riesgos se ven incrementados en situaciones conflictivas. Reconoce que ocasiones los riesgos que un agente cree podrían no concretarse en un resultado (esto es, podrían quedar en la nada), aun cuando el defensor hubiera decidido no defenderse o si, víctima de un miedo paralizante, permaneciese inmóvil. Sin embargo, esta autor señala que no parece justo cargar este riesgo a cuenta del autor que se defiende o cree defenderse. “*La cuestión de si el temor del autor es razonable o no redundando en la cuestión de si éste tiene que soportar el riesgo o no*”.

<sup>269</sup> En un caso concreto, esta afirmación, podría significar que esa acción defensiva realizada irrazonablemente se considere como una acción antijurídica, que eventualmente, podría constituir una agresión ilegítima, en cuyo caso podría dar lugar a que un tercero (o incluso el presunto agresor) reaccione frente a ella invocando la legítima defensa.

no se corrobore desde punto de vista *ex post* la existencia de la agresión de la que pretendió defenderse.

Es decir, cuando el sujeto haya actuado de manera “*racional y fundada*”, su creencia subjetiva habrá quedado objetivada y convertida, a través de un proceso de normativación judicial, en una realidad jurídica. Por lo tanto, como sostiene Muñoz Conde, en estos casos no tendrá sentido hablar de legítima defensa putativa. Por el contrario, cuando así suceda debería hacerse hincapié en la existencia de una auténtica causa de justificación<sup>270</sup>; y en consecuencia, sería incorrecto negar la licitud de esa conducta si, a través de una verificación *ex post* de la situación fáctica de justificación, la defensa deviene innecesaria; esto es, si el juicio *ex post* no coincidiera con el *ex ante*.

Sin embargo, como he adelantado, la información que surja desde un juicio *ex post* será de utilidad para establecer el tipo de derecho que en ese caso tendrá quien alegue la legítima defensa (derecho en sentido pleno, derecho justificatorio o moral). A mi criterio, de una acción justificada no deben derivarse siempre las mismas consecuencias. Por el contrario, entiendo que ellas deberían variar para que los terceros que eventualmente pudieran resultar afectados como consecuencia de una acción defensiva no queden desprotegidos; pues, recordemos que se trata de distribuir riesgos de una manera justa. De esta manera, el objetivo será establecerse un ámbito de actuación correcta; esto es, instaurar un criterio válido y aplicable de manera general, donde se tome en cuenta, por un lado, el carácter intersubjetivo de la verdad y que esta verdad fue percibida por una persona determinada con sus propias cualidades y circunstancias y, por el otro, se proteja a los terceros<sup>271</sup>. Aunque reconozco que lograr este equilibrio no será un tarea sencilla. Me abocaré a esta cuestión en el siguiente punto de este capítulo.

### **III.D. ALGUNAS CONSECUENCIAS QUE SE DESPRENDERÍAN DE LAS PREMISAS ENUNCIADAS.**

Como acabo de señalar, para la justificación de una conducta en legítima defensa, la cuestión fundamental será establecer la razonabilidad de la creencia que tuvo el sujeto al momento de actuar.

<sup>270</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, ps. 195 y ss.

<sup>271</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 352 y ss.

a). Recapitulando, cabe señalar que para que se respete la libertad de los ciudadanos y se les envíe un mensaje claro, quien resuelva el caso deberá considerar los elementos que condicionaron al actor; esto es, los elementos que fundaron su creencia de que sería víctima de una agresión en función de la cual elaboró el pronóstico. Para ello deberá posicionarse en el mismo lugar en el que se encontraba el autor al momento de tomar la decisión de actuar. Al hacerlo, tendrá que valorar las características del sujeto que considere relevantes. Desde ese lugar (punto de vista *ex ante*) deberá analizar si su actuar ha sido objetivamente correcto (razonable).

Habrá actuado de manera objetivamente correcta en la medida en que pueda afirmarse que una *persona razonable* (cuidadosa) en su lugar habría actuado de manera similar a cómo él lo hizo. Podrá hacerse esta afirmación cuando pueda sostenerse que un número de personas o ciertas clase de individuos hubieran compartido en esa situación las creencias. Estas creencias al ser compartidas dejarían de ser solamente subjetivas para convertirse en unas epistémicamente objetivas, que deben tratarse como una realidad jurídica.

b). La conclusión a la que arribe quien examine desde el punto de vista *ex ante* el caso no se modificará por lo que surja del análisis *ex post*. Es decir, la afirmación de que la creencia ha sido razonable (y de que el pronóstico ha sido correcto) será válida con independencia de que lo vaticinado se corrobore desde un punto de vista *ex post*.

Ello impedirá que le reproche a un sujeto que actuó de manera razonable y objetivamente<sup>272</sup> correcta desde una perspectiva *ex ante*, por la posibilidad comprobada *ex post* de haber podido actuar de otro modo a como lo hizo. Pues “no puede serle atribuida una conducta como ilícita por una decisión tomada desde los elementos de decisión existentes en el instante de actuar, ya que frente a lo que no se conoce plenamente y sólo puede saberse *ex post*, la norma penal no despliega su función motivadora ni el sujeto se encuentra estimulado por ello para conocer perfectamente la antijuridicidad de su acción (...) nadie puede estar obligado a cumplir lo imposible”. Ello en la medida en que “el derecho no puede, siendo racional, exigir lo imposible. La función motivadora y prevencionista de las normas impide que pueda ser de otra manera”<sup>273</sup>.

<sup>272</sup> En este contexto la alusión a lo “objetivamente correcto”, significa aludir a lo que resultaba de manera general de tal forma. Es decir, se objetivizan las percepciones subjetivas del autor y de esta manera se las compara con las que hubiera tenido una persona razonable.

<sup>273</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 361.

En este sentido, Muñoz Conde sostiene que el que “actúa correctamente según los datos existentes en el momento de su acción no puede obrar antijurídicamente (...) sería absurdo afirmar la antijuridicidad, aunque luego se excluya la culpabilidad, de quien actúa como lo hubiera hecho cualquier persona normal (incluso el juez) en las mismas circunstancias; es decir, de quien actúa razonablemente”<sup>274</sup>.

Es decir, esta forma a analizar un caso veda la posibilidad de cargar en la cuenta del defensor sucesos que se produjeron más allá de su capacidad de conocimiento. De contemplarse esta limitación, se impediría cualquier tipo de relación entre los sujetos, ya que sin importar lo que la persona se haya representado —aún de la manera más cuidadosa posible—, debería cargar con las consecuencias del azar<sup>275</sup>.

Sin embargo, como he señalado, la doctrina mayoritaria no adhiere a los postulados que propongo, pues valora de manera determinante el hecho de que el pronóstico se corrobore (información que surgirá desde un análisis del suceso desde una *ex post*); y en consecuencia, cuando se encuentra ante un caso donde la acción realizada por el sujeto coincide con la que hubiera sido razonable que realice, pero desde un análisis *ex post* no se corrobora la existencia de la agresión ilegítima, trata el caso como uno de legítima defensa putativa, al que le aplica automáticamente las reglas del error; el que de ser inevitable dejaría impune la conducta.

c). De acuerdo a la propuesta que formulo, bastará para la justificación de la conducta con que pueda afirmarse que las creencias del sujeto fueron razonables, lo que surgirá de compara su conducta con la que hubiera hecho una “persona razonable” en su lugar. Cómo es posible observar no será una tarea sencilla llenar de contenido ese estándar y como demostraré a continuación, dentro de la dogmática moderna no es inusual recurrir a este tipo ideas regulatorias (a ellas se apela para determinar el contenido de los conceptos de riesgo permitido y para establecer cuándo ha habido una violación al deber objetivo de cuidado).

<sup>274</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 193.

<sup>275</sup> Como sostiene Pitlevnik, “sólo puede ser permitido o prohibido aquel riesgo sobre el que se tiene conocimiento (...) el riesgo tomado en cuenta en el caso de la regulación jurídica, es el riesgo que se ha incorporado como objeto de conocimiento en la comunidad o en el particular que actúa. Sólo así es posible realizar una prognosis o un juicio de previsión sobre futuros resultados dañosos. El riesgo tiene significado en cuanto elemento esencial a tener en cuenta para orientar conductas y sólo puede haber orientación, mandato y reproche de una conducta en la medida en que se conozca que el significado de la conducta que se realiza es igual a “riesgo”. De otro modo es imposible establecer un modelo de acción u omisión”. “La fijación de ese riesgo, y por consiguiente de las normas de cuidado, depende de los conocimientos, las valoraciones y el grado de desarrollo de cada sociedad”, cf. *Delimitación del dolo...*, ps. 100 y ss.

Sin perjuicio de ello, he señalado que al embarcarse en la tarea de llenar de contenido a este baremo, deberían considerarse las particularidades y los conocimientos del autor. Ello podría justificarse en el reconocimiento constitucional de la igualdad de las personas ante la ley. En este sentido, Mir Puig ha sostenido que no resulta factible prescindir de la consideración de factores personales para emitir un juicio sobre la antijuridicidad de una conducta aduciendo una subjetivización incorrecta de ella, ya que ello contradiría la obligación de tratar desigualmente a quienes se encuentran en situaciones fácticas diferentes<sup>276</sup>.

d). Si de la comparación surgiera que no fueron razonables las creencias que tuvo quien invocó legítima defensa —pues una persona normal, respetuosa de los demás en su lugar no compartiría sus creencias—, su actuar debería analizarse en el ámbito de la culpabilidad, ya que fueron circunstancias particulares las que lo condicionaron a actuar de manera diferentes a como era debido; donde se aplicarán las reglas del error y eventualmente se lo disculpará. De esta manera, al apelar al baremo de la persona razonable podrá mantenerse la diferencia entre justificación y disculpa<sup>277</sup>.

e). La forma de abordar el caso que propongo, generará que un riesgo, pese a ser lesivo *ex post* para un bien jurídico, deba ser tolerado, en tanto haya sido un riesgo creado razonablemente (ya que éste no ha superado el margen de riesgo que como sociedad estábamos dispuestos a tolerar); y en consecuencia, esa conducta riesgosa no podrá ser sancionada.

La aceptación de este tipo de consecuencias —que implica establecer una forma de convivencia social— presupone una “decisión” política<sup>278</sup>. Implica la superación del estadio de sociedad pre-política, donde la “*mala suerte*” es de quien le toca, para conformar un Estado redistributivo. En él, el rol del Estado consiste en crear las condiciones para que la justicia de las relaciones interpersonales esté regida por la igualdad. Es decir, dentro de este contexto el Estado no desempeña un mero rol pasivo, sino que tiene la función de redistribución de “suertes”, de riesgos. Para el

<sup>276</sup> Cf. Mir Puig, *El error como causa de exclusión...*, p. 1036, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 391 y ss.

<sup>277</sup> Como señala Malamud Goti, a diferencia de excusar un acto, justificarlo significa declarar que, colocadas en la misma situación, otras personas están también autorizadas para realizarlo (esto es, que también estarían autorizadas a matar o a lesionar a quien los agrede); para esto se requiere reconocer a esa acción ciertas propiedades universales cuya presencia justifica nuestras acciones, cf. *Quien es la Persona Razonable?*.

<sup>278</sup> No se trata de una decisión propiamente dicha que una sociedad o un Estado toma en un momento determinado. Estas “decisiones” son producto de prácticas y costumbres que con el tiempo se van formando, aceptando y tolerando por la mayor parte de una sociedad.

cumplimiento de esta tarea, deberá tenerse en cuenta que en toda sociedad existe una lucha constante entre la **libertad** de cada uno y la **seguridad** de los demás. Para equilibrar estos dos valores en pugna, habrá ciertos riesgos que cada ciudadano deberá asumir como un costo para estar en sociedad<sup>279</sup>. Como sostiene Malamud Goti, citando a Arthur Ripstein, para lograr esta situación de igualdad es necesario que cada uno goce de una cierta cuota de libertad, compatible con la seguridad de los demás; y una cierta cuota de seguridad, compatible con la libertad de los demás. La mayor parte de nuestras acciones encarnan alguna dosis de peligro para los demás. Por otra parte, la seguridad de otros no puede anular por completo mi libertad de actuar. La cuestión a discutir entonces es aquella de como lograr que las relaciones interpersonales sean gobernadas por una forma igualada de regular la tensión entre la libertad y la seguridad<sup>280</sup>.

Para lograr este equilibrio, resultará adecuado concluir que en los casos donde la persona haya actuado invocando la legítima defensa sobre la base de una creencia razonable, esa conducta riesgosa deberá ser tolerada a fin de no entorpecer en gran medida el desenvolvimiento social. Este tipo de decisiones conforman la política criminal de un Estado. De allí, que Mir Puig observe que por una cuestión de política criminal prevalece el valor de una situación frente a una lesión que entra dentro de los “riesgos permitidos”<sup>281</sup>.

Como explicaré en el siguiente punto de este capítulo, este es el tipo de análisis que hoy se aplica al ámbito de la tipicidad y que a mi criterio también debería aplicarse al ámbito de la antijuridicidad. De seguirse este camino, el eje de la antijuridicidad se centrará en determinar si el sujeto ha creado un riesgo que supera los márgenes tolerables. Para establecer si ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado se comparará su conducta con la que hubiera sido razonable que realice. Cuando ella haya sido razonable, el riesgo que esa conducta genere deberá ser tolerado, ya que no implicará una superación del margen de riesgo más allá de lo jurídicamente permitido.

<sup>279</sup> Malamud Goti sostiene que, para poder solucionar el tipo de caso como el que aquí estamos discutiendo, deberá considerarse la tensión entre el *rule of law* y una distribución aceptable de la suerte moral. La cuestión de la suerte moral cobra forma ante la necesidad de compatibilizar el *rule of law* por un lado y por el otro, cierta noción básica de justicia, cf. *Objetiva: Quien es la “Persona Razonable”*.

<sup>280</sup> Cf. Ripstein, Arthur, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge, 1999, citado por Malamud Goti, *Puede la Creencia Razonable...*

<sup>281</sup> Cf. Mir Puig, *El error como causa de exclusión...*, p. 1036, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 391.

### III.E. ESTE TIPO DE RAZONAMIENTO NO SE CONTRADICE CON LA TENDENCIA ACTUAL DE LA DOGMÁTICA.

#### III.E.1. Teoría de la imputación objetiva.

El tipo de razonamiento que aquí propongo no es incompatible con la tendencia actual del derecho penal. Ello en la medida en que en los últimos años la dogmática penal se ha orientado a buscar mecanismos racionales de atribución de resultados lesivos y a establecer ámbitos de responsabilidad social<sup>282</sup> a través de la incorporación de criterios de imputación normativa. Estos criterios han sido conglobados dentro de que actualmente se denomina teoría de la imputación objetiva.

Estos criterios normativos fueron surgiendo como correctivos de las teorías causales y han tenido como objetivo indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica<sup>283</sup>. Ellos han implicado una evolución en la medida en que se han convertido en una herramienta eficaz para encontrar el sentido correcto de la prohibición. En efecto, la teoría de la imputación objetiva ha significado un avance, pues en primer lugar, ha permitido abandonar la idea de que existe una sola interpretación posible del suceso: que hasta ese momento era de acuerdo a la reglas de la causalidad. En segundo lugar, porque supone una concepción de norma jurídico – penal permeable a la realidad social<sup>284</sup>.

En otras palabras, la teoría de la imputación objetiva ha implicado la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, estipula las esferas de responsabilidad<sup>285</sup>, atribuyendo deberes tanto al autor como a la víctima, en lugar de distribuir —o mejor dicho “descubrir”— causalidades<sup>286</sup>. La causalidad natural será un límite mínimo pero no suficiente para la

<sup>282</sup> Cf. Canció Meliá, *Conducta de la víctima...*, p. 298.

<sup>283</sup> Cf. Roxin, citado por Fernando Córdoba, *Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva...*, p. 115.

<sup>284</sup> Cf. Canció Meliá, *Conducta de la víctima...*, p. 299; Rodríguez, *La competencia de la víctima...*, p. 577). Es precisamente por esta posibilidad que nos otorga, que la dogmática penal no sólo puede —sino que debe— ser utilizada como instrumento de racionalización del *ius puniendi*; racionalización que ocurrirá a través de la posibilidad que brinda la imputación objetiva de fundamentar el ilícito a través de una mayor individualización del conflicto; obligando al intérprete no sólo a analizar la conducta del autor “lesiva” de un bien jurídico —ya no más objetivado, sino perteneciente a una persona determinada— sino el suceso en su conjunto; abriendo el espacio para que el “nuevo” conflicto se construya sobre la base de un proceso comunicacional entre el rol del autor y el de la víctima, cf. Rusconi, *Influencia del comportamiento...*, ps. 3 y 11., citado en Paula Honisch, *El deber de autoprotección...*, p. 134.

<sup>285</sup> Cf. Canció Meliá, *La exclusión de la tipicidad...*, p.105.

<sup>286</sup> Cf. Rusconi, *Cuestiones de imputación...*, p. 40. En este sentido, Jakobs ha sostenido que “el contenido de la imputación depende del contenido del correspondiente contexto social (...) Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no

atribución de un resultado. Por lo tanto, una vez comprobada ésta, se analizará la conducta a la luz de los criterios de imputación objetiva<sup>287</sup>.

De esta manera, a través de esta teoría se seleccionarán los comportamientos penalmente relevantes a través de dos juicios normativos. A través del primero de ellos, se analizará si el autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado o no permitido; y en el segundo se examinará si ese peligro jurídicamente desaprobado creado por una acción ha sido el que se concretó en el resultado. Sólo en ese caso se le imputará al autor la producción de ese resultado<sup>288</sup>.

Cuando se hace referencia al riesgo permitido, debe tenerse presente, como señala Jakobs, que existen dos acepciones de ese concepto: una amplia y una restringida. La primera versión abarca los presupuestos bajo los cuales se responde de manera negativa al primer juicio de análisis. Es decir, comprende aquellos comportamientos que no son considerados por el derecho como penalmente desaprobados, pues no superan el límite del riesgo que como sociedad decidimos asumir para poder convivir. En consecuencia, no será típica una conducta que ha creado un riesgo que no ha superado el límite de lo permitido, aun cuando de ese riesgo se pueda derivar un resultado lesivo<sup>289</sup>.

Ahora bien, para determinar si se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado se recurrirá a diversos criterios de imputación objetiva<sup>290</sup>. Uno de estos

---

*se produciría ni se serviría alcohol, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares (...) En la realidad social, sin embargo, cuando tiene lugar un contacto social no se produce una mezcla completa de los ámbitos vitales de los intervinientes, sino tan sólo una apertura limitada (...) esta separación de los ámbitos vitales fija con gran claridad los respectivos cometidos de los intervinientes (...) las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles —si así fuese, se produciría una paralización inmediata en el contexto de interacción —y no a todas las personas—, determinados cometidos, es decir, aseguran standards personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación con base en patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es tomada como portadora de un rol”, cf., *La imputación objetiva...*, ps. 20 y ss.*

<sup>287</sup> Cf. Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p.188.

<sup>288</sup> Cf., entre otros, Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 362 y ss.; Jakobs, *Derecho Penal...*, ps. 241 y ss.; Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, ps. 188 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, ps. 248 y ss.; Stratenwerth, *Derecho Penal...*, p. 80; Rusconi, *Cuestiones de imputación...*, ps. 69 y ss.; Rua, *El problema de los conocimientos especiales...*, Cadenas, *Algunas cuestiones sobre riesgo permitido...*

<sup>289</sup> Cf. Bacigalupo, *Principios de Derecho...*, p. 188.

<sup>290</sup> Así, por ejemplo para Jakobs, se responderá de manera negativa al primer juicio normativo (esto es, sobre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) cuando al caso sea posible aplicarle los criterios de: principio de confianza, prohibición de regreso, competencia de la víctima y de riesgo permitido, cf. *La imputación objetiva...*, ps. 25 y ss.; Cadenas, *Algunas cuestiones sobre riesgo*

critérios, será el que está comprendido dentro del concepto restringido de riesgo permitido.

Sin perjuicio de esta distinción, debe quedar claro que cuando se sostiene que una conducta no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, se tratará de una conducta atípica que el Estado no podrá castigar (y deberá tolerar). En efecto, como sostiene Jakobs, cualquier conducta puede conducir a través de desgraciadas concatenaciones de circunstancias a la producción de un daño; sin embargo, si la conducta se encontraba dentro del riesgo permitido...se trata de un infortunio no de un injusto<sup>291</sup>.

Malamud Goti advirtió que *“el desarrollo de una actividad socialmente útil no puede merecer la sanción de las normas generadas por esa misma sociedad, si se quiere concebir el orden jurídico como dotado de sentido, y no como un conjunto caprichoso de prohibiciones y sanciones”*<sup>292</sup>. En consecuencia, para determinar si una acción ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sostiene que deberán valorarse conjuntamente la “normalidad” y la “necesidad” de la acción. Al analizar la normalidad de la acción, se valorará *“la calidad intrínseca de la conducta, la que a pesar de su dañosidad (real o potencial) resulta, contemplada aisladamente, ajustada a los cánones ético – sociales; o, si se quiere, a las buenas costumbres”*<sup>293</sup>. El análisis de la necesidad de la conducta no aludirá a la *“comprobación de que la situación no pudo ser resuelta de otra forma (como en el estado de necesidad), sino que esa forma atentaría contra la manera en que las cosas están previamente organizadas”*<sup>294</sup>.

Esto sería así en la medida que el orden jurídico constituye un sistema de normas tendientes a asegurar que las conductas futuras no atenten contra la forma social “adoptada” es decir, contra conductas adecuadas a las prácticas económicas y comerciales, las modalidades de comunicación y transporte, contra el uso de cierta tecnología, etc. De esta manera, la norma jurídica funcionaría como un *“instrumento*

---

permitido. Por su parte, Roxin menciona como casos donde no concurre un riesgo jurídicamente reprobado en sentido amplio: a) casos de disminución de riesgo; b) casos donde falta la creación de peligro; c) casos de cursos causales hipotéticos donde el autor únicamente modifica una causalidad natural, sin empeorar (acelerar o intensificar) la situación de la víctima en su conjunto; y d) casos de riesgo permitido, cf. *Derecho Penal...*, ps. 365 y ss. A su vez, Bacigalupo, sostiene que los principios de imputación objetiva surgen del fin del derecho penal de garantizar expectativas normativas. Del fin del derecho penal deduce los criterios de riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la comisión en posición de garante (cf. fs. 189).

<sup>291</sup> Cf. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal* -Ediciones UA - Civitas, p. 213. citado por Marcelo Colombo en *Riesgo permitido...*; en igual sentido, Roxin, *Derecho penal...*, p. 372.

<sup>292</sup> Cf. Malamud Goti, *El riesgo permitido...*, p. 739.

<sup>293</sup> Cf. Malamud Goti, *El riesgo permitido...*, p. 742.

conciente de la forma social” y, por lo tanto, dependería de decisiones correspondientes al logro de fines sociales, o sea, estaría sujeta a la esfera política<sup>295</sup>. Por estas razones, Malamud Goti sostiene que el contenido del riesgo permitido debería explicarse en un momento dado dentro de una determinada sociedad. Sólo en función de la comprensión de un sistema específico sería factible establecer si tiene sentido vincular cierta prohibición a ciertas situaciones.

En este sentido, también cabe mencionar a Jakobs, quien entiende que para la determinación del riesgo permitido debe realizarse un cálculo de costes y beneficios, en donde el desarrollo histórico de la sociedad tiene especial influencia. En dicho cálculo, como beneficios se considerará la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de ciertos riesgos. Como costes, se valorará la pérdida de los bienes a cuya destrucción conduce el riesgo. Entre ambos lados debería mantenerse una relación adecuada<sup>296</sup>.

Por su parte, Maiwald afirma que “el concepto de riesgo permitido sólo dice que la acción –cualesquiera que sean las razones- puede ser ejecutada; el riesgo permitido representa, por ello, un concepto formal, que recién habrá de obtener su contenido por medio de las razones que conducen a la permisión del riesgo (...) el concepto de riesgo permitido expresa que bajo determinados presupuestos pueden ser creados ciertos riesgos”. Así, este concepto, sólo indicaría que hay casos de conductas riesgosas que están prohibidas. Las razones materiales para ello derivarían de categorías dogmáticas de diferente naturaleza<sup>297</sup>.

b). Por otro lado, y aunque exceda claramente el objeto de este trabajo, no quiero dejar de mencionar al menos una de las propuestas que se ha elaborado a fin de determinar en que casos la creación de un riesgo estará jurídicamente desaprobada. En

<sup>294</sup> Cf. Malamud Goti, *El riesgo permitido...*, p. 745.

<sup>295</sup> Cf. Malamud Goti, *El riesgo permitido...*, ps. 745 y ss.

<sup>296</sup> Cf. Jakobs, *La imputación objetiva...*, ps. 45 y ss ; Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 71 citado por Cadenas, *Algunas cuestiones sobre riesgo permitido*.

<sup>297</sup> Desde este punto de vista, el riesgo permitido sería un concepto formal que sólo resumiría formalmente las categorías dogmáticas ya existentes. Sin embargo, para este autor el riesgo permitido tiene una función sistemática que hace que parezca inconveniente renunciar al concepto: “Ella consiste en que, bajo esta caracterización, son resumidos casos de comportamientos peligrosos, los cuales tienen en común la exclusión únicamente del disvalor de la acción. El riesgo permitido no garantiza ningún derecho de injerencia, lo que se hace claro a partir del deber de evitar el resultado dañoso que sigue existiendo”, cf. Maiwald, *De la capacidad...*, p. 165.

este sentido, Jakobs<sup>298</sup> ha enunciado tres supuestos en base a los cuales resultaría factible establecer que tipo de riesgo (prohibido o tolerable) se ha creado.

En primer término, Jakobs sostiene que dejará de estar permitida aquella conducta que el propio ordenamiento jurídico defina como no permitida y la prohíba en función de su peligrosidad concreta o abstracta. Esto ocurrirá cuando la conducta se encuentre prohibida bajo amenaza de pena o de multa administrativa. Desde el momento en que la conducta quede abarcada dentro de aquellas que han sido prohibidas, ese comportamiento quedará excluido del ámbito de lo socialmente adecuado y quedará definido como “*perturbación de la vida social*” con independencia de los resultados que produzca. Las normas que regulan el tráfico o la construcción constituyen ejemplos en este sentido.

En segundo lugar, Jakobs entiende que dejará de estar permitido aquel comportamiento que se aparte de la *lex artis*. Estas reglas deberían tomarse en cuenta pues existen ámbitos de la vida en los que no resulta necesaria una regulación jurídica, ya que podría obtenerse un alto estándar de seguridad otras vías<sup>299</sup>. Además, Jakobs sostiene que existen otras razones para renunciar a la regulación jurídica de estos ámbitos. Estas razones estarían dadas, por el hecho de que la necesidad del legislador de lograr un alto grado de individualización sólo permitiría establecer regulaciones a un nivel tan abstracto que acabarían careciendo de contenido. A su vez, en aquellos ámbitos en los se produce una constante evolución, debería renunciarse a la regulación jurídica y recurrirse a las reglas de la profesión ya que no resultará conveniente fijar legalmente un estándar. Es por estos motivos, que Jakobs concluye que las reglas profesionales que gocen de reconocimiento sustituirán en esos ámbito a los preceptos jurídicos.

En tercer y último lugar se encontrarían aquellos ámbitos de la vida en los que no hay reglas establecidas ni por el derecho ni por otro tipo de normas. Para Jakobs, en estos ámbitos lo importante será determinar el estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente y todo aquél comportamiento que se mantenga dentro de esos límites (es decir, aquel comportamiento que hubiera sido realizado por una persona prudente en una situación similar) será concebido como riesgo permitido. Aunque señala que “*el derecho admite como acordes a la diligencia*

---

<sup>298</sup> Cf. Jakobs, *La imputación objetiva...*, ps. 50 y ss; también ver Cadenas, *Algunas cuestiones sobre riesgo permitido*.

ciertas desviaciones por debajo del estándar de una persona cuidadosa, en la medida en que esas desviaciones no alcancen la entidad de culpa lata<sup>300</sup>. Jakobs entiende que el derecho penal deberá asumir esta manera individualizada de determinar el cuidado debido, pues a través de otras ramas del derecho surge que “socialmente se tiene en cuenta la configuración individual de usos de los distintos ámbitos”, es decir, se reproduce lo que es socialmente adecuado. De allí que concluya que en determinados ámbitos vitales lo que constituye el estándar diligente se conforma tomando en cuenta cierto componente individual.

En síntesis, para este autor una conducta que haya creado un riesgo será atípica cuando no exista una norma que prohíba realizarla, cuando ella no se aparte de las *lex artis* o cuando, no habiendo ni norma jurídica que prohíba esa acción ni reglas profesionales, pueda sostenerse, tomando en cuenta ciertos componentes individuales, que la persona realizó un comportamiento acorde al que hubiera realizado una persona prudente perteneciente a ese mismo ámbito. Esa conducta será atípica pues ella no habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado<sup>301</sup>.

### III.E.2. El deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos imprudentes.

Por otra parte, cabe señalar que en el ámbito de la imprudencia, la dogmática más moderna emplea el mismo tipo de razonamiento recientemente esbozado. Actualmente, se ha superado la discusión en torno al lugar sistemático donde debe ser analizada esta cuestión, ya que se sostiene de manera prácticamente unánime que la imprudencia es un problema del tipo<sup>302</sup>. Así, en el ámbito de la tipicidad se decidirá si la conducta realizada ha sido imprudente, sin perjuicio de que luego ella pueda estar justificada o disculpada<sup>303</sup>.

Para establecer los presupuestos de la imprudencia, los dogmáticos han elaborado diversos criterios para determinar con precisión cuando una conducta habrá

<sup>299</sup> Esto último podría lograrse, por ejemplo, planteando exigencias puntuales respecto de la formación de quienes actúan en esos ámbitos “riesgosos”, como ocurre en el campo de la medicina.

<sup>300</sup> Cf. Jakobs, *La imputación objetiva...*, p. 53.

<sup>301</sup> En sentido similar a Jakobs, ver, entre otros, a Pitlevnik, *Delimitación del dolo...*, ps. 104 y ss.

<sup>302</sup> Hasta la postguerra, la doctrina clásica trataba a la imprudencia como una forma “menos grave de la culpabilidad al lado del dolo”, cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 997.

<sup>303</sup> Como sostiene Roxin, la necesidad de tratar la conducta imprudente como un problema del tipo surgió de diversas “transformaciones de la teoría del injusto (por el recurso a la norma de determinación, del reconocimiento del injusto personal y de la teoría de la imputación objetiva”, cf. *Derecho penal...*, ps. 997 y ss.

infringido un “*deber de cuidado*”<sup>304</sup>, que es el presupuesto básico para ingresar a este ámbito. Una de las teorías que en este sentido se han elaborado, es la que expone Roxin. Este autor sostiene que quien realice una acción que desde el principio no cree un riesgo jurídicamente relevante, no habrá violado al deber de cuidado; es decir, en los casos de riesgo permitido no habrá contrariedad al cuidado debido. Por lo tanto, para determinar si una conducta ha sido imprudente se aplicará el estándar del riesgo permitido. Por lo tanto, lo que quede amparado por ese margen no constituirá una conducta imprudente<sup>305</sup>.

Es interesante traer a colación la aclaración que hacen tanto Jakobs como Roxin en cuanto a que en estos casos al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo (que podría ser el haber omitido actuar con el cuidado debido), sino que se le imputa el haber creado un peligro que no estaba abarcado dentro del estándar del riesgo permitido<sup>306</sup>.

Ahora bien, para establecer cuándo deberá considerarse que se ha creado un peligro jurídicamente desaprobado, Roxin sostiene que, en primer lugar, deberá tenerse en cuenta si existe alguna norma jurídica que haya sido infringida. Así, cuando se haya infringido alguna norma que regula la circulación, habrá un indicio de creación de un peligro prohibido. De allí que entienda que “*la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido*” implicará la creación de un peligro jurídicamente relevante<sup>307</sup>. En segundo término, Roxin sostiene que, luego de analizar si se ha violado una norma jurídica, debería analizarse si se han infringido las reglamentaciones y las *lex artis*<sup>308</sup>.

En tercer lugar, reconoce como un medio auxiliar para determinar la creación de un peligro no permitido a la “*figura – baremo o modelo diferenciada*”. Para ello se pregunta “*cómo se habría comportado en la situación concreta una persona*

<sup>304</sup> Junto a la infracción al deber de cuidado los dogmáticos también aluden a la “previsibilidad”, a la “cognoscibilidad” y a la “advertibilidad” y “evitabilidad” del resultado. Sobre este punto ver en mayor profundidad, Roxin, *Derecho penal...*, ps. 999 y ss.

<sup>305</sup> A su vez, Roxin entiende que faltará la infracción a este deber cuando el sujeto sólo haya colaborado en la auto-puesta en peligro dolosa de otro o cuando pueda invocar el principio de confianza Cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 1000. El principio de confianza en un principio que sirve para la negación de un incremento del peligro inadmisibles. “*En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario*”, cf. *Derecho penal...*, p. 1004.

<sup>306</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 1000. En este sentido, Jakobs sostiene que no se encuentra proscrito el manejo cuidadoso de cerillas, sino que se prohíbe el manejo descuidado. No se establece un “deber de manejar”, cf. AT 9/6, citado por Roxin, *Derecho penal...*, p. 1000.

<sup>307</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 1002.

<sup>308</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal...*, ps. 1003 y ss.

*consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto (...) Si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura- baremo, (concluirá que) no concurre una creación de peligro o al menos no se supera el riesgo permitido; por tanto no procede la imprudencia”<sup>309</sup>.*

Además, Roxin analiza hasta que punto para la determinación de la imprudencia deben ser tenidas en cuenta las capacidades del sujeto. Reconoce que esta es una cuestión que se encuentra en plena discusión. Señala que en un extremo se encuentran quienes sostienen que el delito imprudente se comete con la mera contravención de alguno de los baremos objetivos recientemente mencionados y que la cuestión de si el sujeto podía cumplir con esas exigencias es sólo un problema de culpabilidad imprudente. La teoría que adhiere a estos postulados es la que se denomina “teoría de los dos peldaños”<sup>310</sup>. En el extremo opuesto, se encuentran quienes parten de la idea de que la realización del tipo de la imprudencia depende de la capacidad individual del sujeto<sup>311</sup>. Sobre esta cuestión, Roxin adopta una concepción intermedia. Así, el sostiene que “*las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”*”<sup>312</sup>.

En síntesis, para determinar si una persona ha realizado una conducta imprudente deberá analizarse si ella ha violado el deber de cuidado. Para responder esta cuestión deberá básicamente analizarse si con esa conducta superó el margen de riesgo jurídicamente tolerable. Para hacer este último análisis deberá tomarse nuevamente en cuenta si ha violado alguna norma, reglamento o las reglas de la

<sup>309</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 1009. Aunque reconoce que la debilidad de este modelo radica precisamente en la dificultad que suele existir para determinar la conducta de la figura – baremo, cf. *Derecho penal...*, ps. 1009 y ss.

<sup>310</sup> De acuerdo a Roxin esta es la posición mayoritaria, seguida entre otros, por Schünemann, Bockelmann, English, cf. *Derecho penal...*, ps. 1013 y ss.

<sup>311</sup> Así, cuando alguien posea una capacidad superior al ciudadano común se le exigirá más, de modo que si causa un resultado por no emplear esas capacidades puede ser castigado por imprudencia, pese a que esa misma conducta se juzgaría adecuada si hubiera sido realizada por una persona normalmente capacitada. Contrariamente, cuando un sujeto esté por debajo de la figura – baremo y como consecuencia de ello produce un resultado típico, entenderán que no ha actuado antijurídicamente pese a que un ciudadano medianamente capacitado hubiera sido castigado por imprudencia. Ahora bien, si las capacidades del sujeto eran suficientes para advertir su incapacidad, su provocación culpable por emprendimiento resultará punible incluso desde esta concepción. De acuerdo a Roxin, esta teoría es minoritaria pero seguida por prestigiosos juristas, tales como Jakobs y Stratenwerth, cf. *Derecho penal...*, p. 1014.

<sup>312</sup> Ello como consecuencia de que entiende que las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el injusto sino sólo la culpabilidad. La imposibilidad individual de actuar de otro modo es siempre un problema de culpabilidad, cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 1015 y ss.

profesión. En aquellos casos donde este tipo de reglas no estén previstas, deberá compararse la conducta del sujeto con la que hubiera realizado una persona “conciente y cuidadosa” perteneciente al mismo ámbito que el sujeto que actuó. Cuando estas dos conductas coincidan, se concluirá que el sujeto no ha superado el riesgo prohibido (esto es, no ha violado el deber de cuidado) y en consecuencia que no ha realizado una conducta imprudente.

### **III.F.1. Aplicación de este tipo de razonamiento al ámbito de la antijuridicidad.**

Como he señalado, la dogmática se orienta a elaborar criterios normativos a través de los cuales resulte factible encontrar el sentido social de la prohibición. A partir de allí, la primera cuestión que debe suceder para que una conducta pueda ser desvalorada, es que ella haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Es decir, no bastará con que la conducta cree un riesgo para un bien jurídico; pues cada sociedad decidirá qué riesgos tolerará para permitir su desarrollo. Por lo tanto, se realizarán un montón de conductas riesgosas que serán atípicas. Sólo cuando se haya superado el margen de riesgo tolerable (permitido), será factible preguntarse acerca de la concreción de ese riesgo en un resultado lesivo. El concepto de riesgo permitido representa el umbral mínimo a partir del cual el derecho penal se encuentra legitimado para analizar la conducta del sujeto. Por debajo de él, las conductas riesgosas que los sujetos realicen deberán ser tolerados como costes que asumimos para vivir en sociedad.

Como he adelantado, mi propuesta consiste en sentar las bases para aplicar el tipo de razonamiento que hoy impera en el ámbito de la tipicidad a la resolución de los conflictos que se presentan en el peldaño de la antijuridicidad, haciendo un paralelismo entre el baremo de la persona razonable y el concepto de riesgo permitido. Entonces, así como en la tipicidad para concluir que el sujeto ha realizado una acción típica se analiza si ha elevado el riesgo más allá de lo jurídicamente tolerable —o si ha violado algún deber de cuidado—; algo similar debería suceder en el nivel de la antijuridicidad para poder concluir que el sujeto actuó antijurídicamente. Allí, se deberá indagar si la persona actuó como lo hubiera hecho una persona cuidadosa (razonable) en su lugar; pues, cuando así lo haya hecho, se sostendrá que ha actuado de manera objetivamente correcta y en consecuencia, su conducta no podrá ser considerada antijurídica. Ello en la medida en que ella (su conducta), al ser razonable, no habrá superado el margen de riesgo que estamos dispuestos a tolerar. Esta afirmación tendrá validez con

independencia de que se corrobore *ex post* la existencia o inexistencia de la agresión ilegítima de la que pretendió defenderse.

Para circunscribir los alcances de esta propuesta —que obviamente debería seguir siendo estudiada—, deseo señalar que con ella no estoy sugiriendo ningún cambio en el ámbito de la tipicidad. Es decir, con esta propuesta no intento que la discusión sobre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado se desarrolle en el ámbito de la antijuridicidad en lugar de en la tipicidad. Por el contrario, pretendo plantear la necesidad de incorporar esta misma forma de pensar también al ámbito de la antijuridicidad. A mi criterio, el estándar de la persona razonable será la herramienta eficaz para lograrlo.

A su vez, tampoco propongo que se arriben a las mismas consecuencias: la atipicidad de la conducta. Como he señalado, adhiero a los postulados de la teoría mixta. De acuerdo a esa teoría (y contrariamente a lo que sostienen aquellos que adhieren a la teoría de los elementos negativos del tipo), para llegar a analizar el caso en la antijuridicidad, primero debe afirmarse la tipicidad de la conducta. Este juicio de tipicidad no se modificará por el hecho de que la conducta luego esté justificada y en consecuencia, ella seguirá estando dentro del grupo de acciones consideradas disvaliosas, que el Estado tiene intención de prevenir a través de la disuasión.

Por otra parte, deseo aclarar que de ninguna manera estoy proponiendo que el concepto de riesgo permitido opere como una causa de justificación autónoma —a lo que categóricamente se opone Roxin<sup>313</sup>—. A riesgo de pecar de reiterativa, insisto en que me limito a propugnar porque los casos se analicen de manera similar en la tipicidad y en la antijuridicidad. Así, como se afirma que una conducta pese a crear un riesgo relevante es atípica sino superó el nivel de riesgo jurídicamente permitido, una acción estará justificada por el sólo hecho de que el sujeto haya actuado como lo hubiera hecho, en esa misma situación, una persona normal (razonable) con características similares a las del autor<sup>314</sup>; esto es, cuando haya actuado de manera objetivamente correcta.

<sup>313</sup> Cf. Roxin, *Derecho penal...*, p. 371.

<sup>314</sup> Aquí sostengo que debe compararse la conducta del sujeto con la que hubiera realizado un persona razonable sin hacer referencia a la violación de normas, reglamentos o *lex artis*, ya que generalmente las situaciones de legítima defensa no quedan abarcadas por ese tipo de normas, ya que la "*legítima defensa es una defensa no preparada de un bien*", donde prima la espontaneidad (cf., Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 478). Sin embargo, si en algún caso, hubiera alguna norma que regule la situación, entiendo que su violación debería ser tomado en cuenta y tendría un lugar preponderante para determinar si se ha elevado el riesgo más allá de lo jurídicamente tolerable. Es decir, las normas de cuidado que regulan una determinada actividad, representarían cuál sería la actuación razonable. No obstante, ellas deberían ser

En palabras de Suárez Montes, aquí apoyo la posibilidad “de fundamentar la conducta amparada en un riesgo permitido dentro del ámbito de las causas de justificación, considerando que, así como actuar dentro de los márgenes socialmente adecuados ha de llevar a una interpretación restrictiva de los tipos penales y a la exclusión de la tipicidad misma, también es admisible que la discordancia entre lo que el sujeto cree en forma razonable que existe realmente y que le autoriza a defenderse y la realidad comprobada *ex post* de ausencia de agresión ilegítima pueda ser asumido por la norma permisiva como *riesgo lícito*, excluyente de todo desvalor de acción y de resultado, como sucede cuando se realiza una conducta dañosa que observa las normas del tráfico automovilístico. Si la norma permisiva no contuviere este ámbito, nunca sería utilizada por el ciudadano, impidiendo el desenvolvimiento normal de la vida social”<sup>315</sup>.

De esta manera, todo juicio de peligrosidad hacia un bien jurídico que se mantenga dentro de los márgenes del riesgo objetivamente permitido debería caer dentro de la licitud y en consecuencia, dentro del ámbito de lo justificable. Esto conducirá a que cuando se compruebe, por ejemplo, que la muerte del presunto agresor fue consecuencia causal de la acción del supuesto defensor, luego deba establecerse si la causación del resultado fue debido a una falta de diligencia de éste o a una actuación fuera del riesgo lícito. Para ello se tomará en cuenta el estándar de la persona razonable y, si cualquier persona (con las características del autor) actuando razonablemente hubiera realizado la misma acción del defensor, se concluirá que se trata de una conducta lícita.

Esta conclusión se impone en la medida en que una conducta que no sea contraria a deber no puede ser antijurídica<sup>316</sup>. Al igual que no realiza un tipo penal quien no ha actuado al menos con imprudencia —violando el deber de cuidado— tampoco ha de actuar ilícitamente quien lo ha hecho diligentemente; esto es, cuando ha realizado una conducta objetivamente razonable.

Así, “el concepto de lo objetivamente razonable se convierte en un criterio de valoración de la conducta conforme a derecho o de lo que debe ser el ámbito de lo

---

valoradas conjuntamente con las restantes características del autor que se consideran relevantes. Pues, si se dejadas de lado los rasgos del autor, se correría el riesgo de objetivizar en demasía el estándar y así perdería la riqueza que este tipo de razonamiento podría aportar.

<sup>315</sup> Cf. Suárez Montes, *Reflexiones en torno al injusto penal*, en D.M. Luzón Peña, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995, p. 196, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 370.

<sup>316</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 376.

permitido. Lo objetivamente razonable, lo que cualquier persona en la posición del autor hubiera hecho, no es más que la realización de una acción que es adecuada a sus circunstancias, la conducta diligente que cumple el deber objetivo de cuidado y que debe entrar dentro de los márgenes de lo permisible, aunque y pese a ello se cause un resultado disvalioso<sup>317</sup>.

Asimismo, al adoptarse este criterio objetivo – subjetivo de la persona razonable —que de ser interpretado como aquí se propone sería el criterio rector dentro del ámbito de la justificación— se mantendría —como hasta ahora— la distinción entre justificación y disculpa, ya que las causas de justificación mantendrían su naturaleza predominantemente objetiva.

En efecto, ellas mantendrían su naturaleza objetiva pues la justificación no quedaría supeditada a cualquier creencia sincera que el autor pueda tener. Por el contrario, en estos supuestos (cuando la agresión de la que pretendió defenderse el sujeto no ha existido “realmente”) sólo se justificaría una acción en la medida en que pueda sostenerse que de manera general el resto de las personas hubieran actuado como lo hizo el autor. Dado que se trata de una creencia compartida, ésta ya no es más solamente subjetiva, sino que se transforma en una creencia epistémicamente objetiva, que puede ser verificable<sup>318</sup>. En consecuencia, podrá afirmarse que han concurrido tanto los elementos subjetivos de la justificación, como los objetivos recharacterizados. Esta afirmación tendrá validez con independencia de que se corrobore la existencia o inexistencia de la agresión ilegítima<sup>319</sup>.

Sin embargo, en el caso contrario, esto es, cuando una persona no ha de manera razonable, se aseverará que esa persona ha actuado antijurídicamente; sin perjuicio, de que luego se analice en el ámbito de la culpabilidad si ella puede ser disculpada.

<sup>317</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 387.

<sup>318</sup> No sólo podría verificarse el hecho de que se comparta esa creencia, sino también la existencia de los elementos que fueron valorados por el sujeto para creer que sería víctima de manera inminente de una agresión ilegítima.

<sup>319</sup> En este sentido, cabe señalar que Zipf niega toda legítima defensa contra acciones socialmente adecuadas y conforme a derecho, ya que dichas acciones no constituyen ataques antijurídicos, pues a su criterio resulta insuficiente para fundamenta la antijuridicidad de una acción la sola consideración del resultado realizado. Admitir una legítima defensa ante este tipo de acciones, sería inadecuado e incompatible con las necesidades de convivencia social en un mundo desarrollado. Esta cuestión no es un problema de exclusión individual de la culpabilidad sino una valoración sobre un modelo general de conducta que no va referido a un juicio de reprochabilidad personal. Cf. Zipf, *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, en ZStW, 1970, ps. 641 y ss, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 412 y ss.

### III.F.2. Aplicación del estándar de la persona razonable a los agentes de seguridad.

Cuando deba analizarse la actuación de un agente de seguridad que invoque la legítima defensa (si se entendiese que están legitimados para recurrir a ella<sup>320</sup>), podrá resolverse el caso apelando al estándar de la persona razonable que aquí se propone. Pues, para establecer cual hubiera sido la conducta razonable deberán tenerse en cuenta (principalmente) las normas que reglamentan la actuación de las fuerzas de seguridad deberán. En función de ella podrá establecerse si la actuación del funcionario ha implicado una violación a sus deberes de cuidado y/o una elevación del riesgo más allá de lo jurídicamente permitido.

En efecto, valorar las normas que regulan la actuación policial no implica un cambio al estándar propuesto. Pues, como he señalado, al igual que en el ámbito de la tipicidad, también en este ámbito para determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado deberá valorarse si se han violado las normas que (eventualmente) regulaban la situación o si se han ignorado las *lex artis*. Generalmente, no hay normas que regulen los casos de legítima defensa, pues son casos excepcionales donde el sujeto debe actuar de manera rápida. Sin embargo, si en algún supuesto, existiera este tipo de regulación, ella debería considerarse para establecer la razonabilidad de la acción realizada.

Así, cuando un agente de las fuerzas de seguridad pretenda actuar bajo el amparo de esta causa de justificación, dado que existen reglamentaciones que estipulan como debe cumplir con su tarea, éstas deberán ser tenidas en cuenta para analizar la conducta realizada por el agente<sup>321</sup>. Además, para establecer la razonabilidad de su conducta también tendrán que valorarse las características del agente que se consideren relevantes, entre las que no podrán desconocerse la preparación que ha tenido para usar la fuerza y para reaccionar en situaciones de necesidad.

<sup>320</sup> Jakobs es uno de los autores que sostiene que los agentes de seguridad sólo podrían invocar, por ejemplo, las normas que están previstas en las leyes policiales. Ello como consecuencia de que “se perdería el carácter formal de Estado de Derecho, si la policía pudiera invocar, no sólo la legitimación para el empleo de la fuerza en ejercicio de la autoridad, sino también al elemento de la necesidad de la legítima defensa (de terceros) como cláusula general, máxime cuando la legítima defensa (de terceros), como derecho cívico, cae fuera de las competencias y de las obligaciones de actuar, de modo que cada policía concreto tendría que decidir por sí solo sobre su intervención”, cf. *Derecho Penal...*, p. 479. En contra, Roxin, *Derecho penal...*, ps. 656 y ss.

<sup>321</sup> En este sentido, quienes le reconocen a los agentes de seguridad el derecho de actuar en legítima defensa, sostienen que “el significado de las regulaciones especiales de las leyes policiales consiste, no en una restricción de las facultades de legítima defensa de terceros (...) sino en que sintetizan en forma

### III.G. Similitudes y diferencias con la solución que elabora la doctrina mayoritaria.

Importantes autores han comenzado a trabajar estas cuestiones. La propuesta que aquí realizo, tiene importantísimos puntos de contacto con lo que ellos sostienen. Sin embargo, creo algunos de estos autores aún no se han atrevido a recorrer este camino hasta el final —aplicando las consecuencias que deberían desprenderse de este tipo de razonamiento—, y continúan sosteniendo, que cuando no se corrobore *ex post* la existencia de la agresión, el sujeto habrá incurrido en un error. Veamos.

a). Roxin establece como regla general la necesidad de que los presupuestos de la justificación hayan existido realmente. Sin embargo, reconoce que hay elementos de la justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, que modifican las reglas del error. Por este motivo, cuando se trate de una eximente que exija la valoración de circunstancias que son indeterminadas o que dependen aún de una evolución inminente (como en la legítima defensa), Roxin analizará el caso desde una perspectiva *ex ante*. Así, afirmará que una persona actuará justificadamente “*si conforme a un juicio objetivo, ex ante, hay que afirmar*”<sup>322</sup> el peligro que percibió, aun cuando posteriormente se demuestre que éste no existió en realidad. Cuando ello ocurra, el caso no será tratado como uno de legítima defensa putativa, sino que será valorado como uno de legítima defensa verdadera<sup>323</sup>.

Reconoce que estas cuestiones se suscitan en los casos de legítima defensa, por ejemplo, ante agresiones aparentes (vgr. ante un ataque con una pistola descargada). Se pregunta si en ellos ¿habría que apreciar una situación de defensa real o sólo supuesta?, y si ¿habría que determinar lo que era “necesario” para defenderse según las circunstancias reales o según lo que el agredido conoce o podía conocer en el momento de la defensa?. Sin embargo, no esboza ningún tipo de respuesta para estos interrogantes.

A su vez, Roxin señala que en la medida en que se tengan en cuenta circunstancias inseguras en beneficio del agente, la dificultad radicará en el problema de “*a partir de qué límite un enjuiciamiento erróneo de la situación o de su evolución*

---

*de indicación manejable y concretada de lo que en el caso normal de la legítima defensa es necesario y está requerido o indicado”, cf. Roxin, Derecho penal..., p. 659.*

<sup>322</sup> Cf. *Derecho Penal...*, ps. 593 y ss.

<sup>323</sup> Cf. *Derecho Penal...*, p. 593. Hasta aquí pareciera que hay una coincidencia total entre lo que este autor postula y lo que aquí se sostiene.

puede transformar la justificación en una justificación putativa que se ha de tratarse conforme a las reglas del error”. Para despejar ese interrogante, el autor nuevamente se pregunta si: ¿habría que enjuiciar la cuestión (de si existe un peligro) desde la perspectiva subjetiva del que se defiende?; ¿desde la valoración de una persona cuidadosa del sector de la vida del que actúa?; o ¿desde el punto de vista de un experto provisto del mayor conocimiento?.

Lamentablemente, otra vez no aporta ninguna pauta para responder estos interrogantes, pues se limita a sostener que no es posible dar una única respuesta. Ello en la medida en que la perspectiva que deberá adoptar (quien resuelva el caso) dependerá de las peculiaridades de las distintas causas de justificación y del contexto del “correspondiente elemento prospectivo”<sup>324</sup>. Sin embargo, señala que “la discusión aún no clarificada de muchos puntos, no permite la formulación segura de principios generales”, Sin embargo, afirma que “de momento” habría que atenerse a la idea de que es inadmisibles recurrir a las reglas del error cuando “la falta de certeza de un juicio que hay que emitir ex ante pasa a formar parte del supuesto de hecho justificante”. “Aún cuando el sujeto suponga erróneamente los presupuestos de una causa de justificación, sigue sin realizar un injusto imprudente si observa en esa situación el cuidado exigible en el tráfico”<sup>325</sup>.

b). Por otra parte, Mir Puig señala que desde un punto de vista exclusivamente *ex post*, habría que desvalorar toda acción efectivamente causal de la lesión, aunque *ex ante* apareciese como absolutamente inadecuada para producirla. Como no le parece satisfactoria esa solución, incorpora a ese criterio de análisis la valoración de la conducta desde un punto de vista *ex ante*. En este sentido, sostiene que mientras que el disvalor del resultado ha de enjuiciarse *ex post*, el de la conducta ha de enjuiciarse *ex ante*. El primero expresará “el estado de cosas último que el derecho penal quiere evitar (la lesión o puesta en peligro típica indeseable del bien jurídico)”, el disvalor de la conducta “exige que aquella situación indeseable se deba a una conducta suficientemente peligrosa para un espectador ideal situado *ex ante* en la posición del autor”<sup>326</sup>.

Diferencia el caso en el cual la justificación se excluye pues concurre una “causa de justificación en sentido estricto” (como lo sería la legítima defensa), de

<sup>324</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 593 y ss.

<sup>325</sup> Cf. Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 594 y ss. Cabe señalar que no se entiende la razón por la cual este tipo de razonamiento debería aplicarse exclusivamente para soluciones cuestiones vinculadas la tráfico.

aquél en donde la exclusión del injusto se produce como consecuencia de un error invencible (sería el caso en el cual el autor suponga de manera errónea e inevitable que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación)<sup>327</sup>.

Con relación al primero de los supuestos, Mir Puig sostiene que “*el fundamento material de las causas de justificación puede verse en una situación de conflicto, que se produce en el momento de la conducta (ex ante) y que ha de confirmarse ex post como efectivamente concurrente*”. Cuando ello suceda, se excluirá tanto el disvalor de la conducta como el “*disvalor global del resultado*”<sup>328</sup>.

En el segundo de los casos, el injusto se excluirá como consecuencia de que el autor supuso **erróneamente** que se daban los presupuestos de una causa de justificación. Para Mir Puig, en estos supuestos, sólo habrá una situación de conflicto aparente *ex ante*; esto es, habrá una causa de justificación putativa y por lo tanto, no desaparecerá el disvalor del resultado, sino sólo el de la conducta. Pero “*como sin éste no puede considerarse típico el resultado y sin tipicidad no puede haber antijuridicidad, basta la desaparición del disvalor de la conducta para que resulte excluida la antijuridicidad*”. Ello sin perjuicio de que el resultado subsistente pueda ser valorado para determinar una posible responsabilidad civil por daños<sup>329</sup>.

En otras palabras, este autor sostiene que el disvalor de resultado (a valorar *ex post*) presupone el disvalor de la conducta (a valorar *ex ante*). Este último disvalor surgirá de la peligrosidad para el bien jurídico que “*un espectador objetivo (el hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse ex ante*”. De allí que sostenga que “*si la lesión al bien jurídico penal no aparece como la realización*

<sup>326</sup> Cf. Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 140.

<sup>327</sup> El carácter vencible o invencible de la suposición errónea, para Mir Puig, debe ser decidido en función de la situación *ex ante*; esto es, “*retrotrayendo la observación al momento de la actuación del sujeto desde la perspectiva de un espectador ideal en la posición del autor, no en base a un juicio ex post que cuente con todos los datos que cabe tomar en consideración después del hecho*”. Por lo tanto, bastará para afirmar que se trata de un error invencible (que excluirá tanto el injusto doloso como el imprudente) “*el examen cuidadoso de la situación por parte del sujeto antes de actuar*” (cf. *Derecho Penal...*, p. 419).

<sup>328</sup> Este autor define al “*disvalor global del resultado*” como aquel peligro *estadístico* de que realmente no hubiesen concurrido los presupuestos de la causa de justificación, cf. Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 417.

<sup>329</sup> Cf. Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 415. Asimismo, señala que estos casos (eximentes putativas) no generarán el mismo deber de tolerancia que una causa de justificación real. Así, “*mientras que el verdadero agresor ilegítimo no puede oponerse en absoluto a la defensa necesaria, el supuesto agresor no puede alegar legítima defensa frente al que actúa en error invencible, pero sí puede oponerse dentro de los límites del estado de necesidad defensivo*”. Sobre este punto volveré en el capítulo siguiente, pues resulta fundamental a los fines de este trabajo, cf. *Derecho Penal...*, p. 420.

*del riesgo propio de una conducta desvalorada para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado objetivamente imputable*<sup>330</sup>.

c). Por su parte, Jakobs<sup>331</sup> sostiene que si en una causa de justificación el contenido de lo permitido depende de que a la víctima de la intervención se le pueda imputar la situación de conflicto (como ocurre en la legítima defensa<sup>332</sup>), deberá existir realmente (*ex post*) la conexión entre el conflicto y el ámbito de organización de la víctima de la intervención, sin que exista la posibilidad de sustituir esa conexión por un pronóstico. Ello en la medida en que si no existiera efectivamente la conexión faltaría el motivo para obligar a la víctima de la intervención a soportar una medida que presupone su responsabilidad. En consecuencia, para Jakobs en estos casos la perspectiva de la víctima (esto es, ¿cuándo hay que soportar?) primará por sobre la del que interviene (¿cuándo parece adecuada la intervención?)<sup>333</sup>.

Sin embargo, este autor aclara que la relación efectiva no existirá sólo cuando haya un peligro real (*ex post*) que amenaza desde el ámbito de organización de la víctima de la intervención, sino también cuando haya un peligro aparente que ha sido ocasionado (de manera imputable) por la víctima de la intervención. En estos casos, Jakobs sostiene que la víctima tendrá el deber de soportar las consecuencias de su propia maniobra engañosa; pues a través de ellas ha conducido al que se defiende a una posición de inferioridad.

Por ello, Jakobs concluye sostiene que lo que realmente importa es la “*realidad de las condiciones de la imputación a la víctima*”, y no el carácter real de la situación de necesidad creada por ésta, pues “*la víctima de la intervención debe asumir que el defensor se comporte tal como le ha impuesto el contacto social*”<sup>334</sup>.

d). **Síntesis.** Las tres posturas reseñadas resultan interesantes y encuentran puntos de contacto. En especial, cabe destacar el énfasis que estos autores ponen en la perspectiva *ex ante* a fin de determinar qué era lo que el sujeto percibió y valoró para

<sup>330</sup> Cf. Mir Puig, *Derecho Penal...*, ps.139 y ss.

<sup>331</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, ps. 424 y ss.

<sup>332</sup> Ver al respecto nota nº 4 del primer capítulo I de esta tesina.

<sup>333</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 426.

<sup>334</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, ps. 426 y ss. Asimismo, sostiene que “*las condiciones de la responsabilidad por un conflicto o por la renuncia a un bien no se pueden determinar prospectivamente, sino que deben concurrir realmente. Quien es responsable de que haya surgido una situación de conflicto (supuesta) debe soportar incluso lo necesario sólo desde el punto de vista subjetivo ex ante. Quien no es responsable de que haya surgido una situación de conflicto (supuesta) mantiene, en las causas de justificación de validez general, ante lo necesario objetivamente ex ante, los derechos derivados del estado de necesidad agresivo y ante lo necesario subjetivamente ex ante, los del estado de necesidad defensivo*”.

tomar la decisión de acción. También cabe señalar que elaboran criterios para distribuir riesgos: Roxin, reconoce que cuando el defensor haya observado el “cuidado exigible” no se lo podrá sancionar por haber cometido un injusto imprudente; Jakobs, le impone a la víctima de la intervención la obligación de cargar con las consecuencias de lo que ha generado; y Mir Puig, sostiene que el resultado no será imputable cuando el error del sujeto al percibir la realidad haya sido invencible (pues coincide con la percepción que hubiera tenido un espectador objetivo).

Sin embargo, dado que entienden que los elementos objetivos de la justificación sólo están presentes cuando desde un punto de vista *ex post* pueda afirmarse su existencia, sólo justificarán completamente una conducta cuando desde este tipo de análisis surja que la agresión ilegítima ha existido realmente. Esta concepción de lo objetivo, también los llevará a sostener que cuando ello no se corrobore desde un punto de vista *ex post*, el sujeto ha incurrido en un error.

En este sentido, Mir Puig sostiene precisamente que habrá un error cuando no se corrobore desde un punto de vista *ex post* la existencia de la agresión. La vencibilidad de ese error se determinará en función del juicio que emita un espectador objetivo (hombre medio) situado en el mismo lugar del autor al momento de tomar la decisión de actuar.

Es decir, para este autor estos serán casos de legítima defensa putativa, donde la conducta del sujeto quedará impune, si el sujeto ha incurrido en un error invencible. Será invencible si un espectador objetivo en ese lugar hubiera actuado de manera similar a como el autor lo hizo. Cuando esas conductas no coincidan, sostendrá que se trata de un error vencible. Las consecuencias de este último tipo de error dependerán de la teoría que se adopte (elementos negativos, culpabilidad limitada o estricta, etc.)

Por otra parte, como he señalado, Roxin también concibe al injusto de esta manera, sin embargo, reconoce que deben tratarse de manera diferente los casos donde deban valorarse circunstancias que son indeterminadas o que dependen aún de una evolución inminente. En estos casos, él valora los mismos elementos que aquí se consideran relevantes y construye un razonamiento que permitiría afirmar lo mismo que aquí se sostiene. No obstante, al no esbozar ningún tipo de respuesta a los interrogantes (fundamentales) que se plantea, deja de señalar el camino a través del cual, las premisas que esboza podrían materializarse. A su vez, cabe señalar, que en su concepción, aún está latente la idea de que el sujeto se habrá equivocado cuando no se corrobore desde un punto de vista *ex post* la existencia de la agresión (pues afirma, en

un momento, que se trata de un “*enjuiciamiento erróneo de la situación*” y en otro, que el sujeto supuso “*erróneamente los presupuestos de una causa de justificación*”).

Por otro lado, creo que estas críticas no podrían formularse contra Jakobs, ya que este autor ha realizado un análisis sofisticado y coherente, mediante el que se arriba a soluciones prácticamente similares a las que aquí propongo, sin recurrir a las reglas del error para solucionar el caso.

Pues observarse que estos autores llegan a los mismos resultados (discriminatorios) que si se aceptara la propuesta que aquí esbozo. Sin embargo, existe una diferencia entre ambas soluciones y esa diferencia es principalmente valorativa. Pues parte de la doctrina mayoritaria sostendrá que el sujeto ha incurrido en un error (legítima defensa putativa), que será invencible si una persona cuidadosa hubiera valorado la situación de manera similar a como el autor lo hizo y yo sostendré que cuando coincidan estas valoraciones, deberá afirmarse que el sujeto no ha errado y que en consecuencia, habrá una legítima defensa completa.

#### **III.H. CONSECUENCIAS DE LA PROPUESTA FORMULADA. DIFERENCIACIÓN DE SUPUESTOS.**

De adoptarse la propuesta formulada, se sostendrá que la simple y sincera creencia de sentirse víctima de una agresión ilegítima no dará lugar a la justificación de la acción, ya que, por las razones expuestas en el punto III.B. el estándar netamente subjetivo ha sido descartado. En cambio, sí podrá justificar la acción la creencia que el autor haya tenido si ésta fue similar a la que hubiera tenido una *persona razonable* (cuidadosa, respetuosa de los demás) en su lugar. Ello como consecuencia de que a través de esa comparación, como he explicado, se pretende objetivizar la creencia del sujeto y brindar herramientas para que, desde un punto de vista imparcial, pueda decidirse cuándo y quién deberá soportar la carga de una acción riesgosa.

Así, cuando en una determinada situación una persona haya actuado de manera similar a como lo hubiera hecho una persona razonable en su lugar (con características similares a las que posee quien tomó la decisión de actuar), sostendré que su conducta estará justificada, porque han estado presentes tanto los elementos subjetivos como los objetivos (redefinidos) de la justificación. Esa conducta estará justificada con total independencia de que se corrobore *ex post* la existencia o inexistencia de una agresión ilegítima hacia su persona.

No obstante, no creo que deba valorarse de manera similar toda acción emprendida de forma razonable en legítima defensa, ni creo que de todas ellas deban derivarse automáticamente las mismas consecuencias. Recuérdese que se trata de distribuir riesgos donde pueden verse involucradas personas ajenas al conflicto. Sin embargo, como he señalado, la doctrina mayoritaria no suele diferenciar supuestos ya que le otorga (mecánicamente) a quien realiza una acción que se considera justificada un derecho de intromisión y le impone a la otra parte el deber de tolerar esa acción intromisiva<sup>335</sup>.

Por ello, para llegar a soluciones justas, buscando un equilibrio entre las facultades que se le conceden a quien se cree víctima de una agresión y a quien es víctima de una defensa<sup>336</sup>, habría (al menos) que valorar tres supuestos diferentes: a) En primer lugar, habría que analizar los casos donde resulte factible corroborar desde un punto de vista *ex post* la existencia de la agresión. b) El segundo supuesto estaría constituido por el grupo de casos donde la “víctima” de la defensa (el supuesto agresor) no estaba por realizar de manera inminente una agresión ilegítima, pero sin embargo colaboró en crear la situación que fue percibida por el “agresor” como una agresión<sup>337</sup>. c) El tercer grupo de casos estaría conformado por aquellos supuestos en donde la “víctima” de la defensa no ha hecho ningún aporte al caso.

a). El primero de los supuestos es el más sencillo de solucionar y de aplicarse allí las consecuencias que la doctrina mayoritaria le atribuye a una acción justificada no se generarán consecuencias injustas. Pues, cuando una persona se haya defendido de manera razonable en legítima defensa (esto es, cuando haya actuado como lo hubiera hecho una persona cuidadosa en ese caso concreto) y además se corrobore *ex post* (si es que ello es posible<sup>338</sup>) que el agresor estaba por realizar de manera inminente una agresión ilegítima en contra del sujeto que actuó defendiéndose, debería concedérsele a quien reaccionó un derecho en sentido pleno. En estas condiciones, no

<sup>335</sup> Esto es lo que se denomina derecho en sentido pleno, ver al respecto punto I.B.3.A del primer capítulo de esta tesina.

<sup>336</sup> Este tipo de decisiones también implica buscar una manera para resolver equitativamente el conflicto permanente entre la libertad por un lado y la seguridad por el otro.

<sup>337</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 271.

<sup>338</sup> La posibilidad de corroborar la existencia del ataque no es una cuestión efímera. Recuérdese que se autoriza a reaccionar al sujeto cuando exista una agresión inminente y que la inminencia no implica que haya habido comienzo de ejecución. En consecuencia, el sujeto actuará prácticamente siempre sobre la base de un pronóstico; esto es, sobre lo que cree que ocurrirá. No es posible desconocer que al reaccionar (antes de que el atacante haya comenzado a ejecutar la acción típica de la agresión ilegítima) con su reacción influirá al atacante. Es decir, si éste aún tenía dudas acerca de disparar o no, cuando la

resultará excesivo otorgarle a quien se defiende este tipo de derecho y tampoco será injusto imponerle al “agresor” (“víctima” de la acción defensiva) el deber de tolerar que el defensor ejerza su derecho de intromisión; pues ha sido él (el agresor) quien ha generado un riesgo indebido y por lo tanto, será sólo él quien tenga la obligación de cargar con las consecuencias que haya generado (en este caso, con la reacción de quien se defiende). Esta solución es aceptada por la doctrina mayoritaria<sup>339</sup>.

b). En el segundo grupo de casos, contrariamente al grupo anterior, la “víctima” de la defensa (el supuesto agresor) no estaba por realizar de manera inminente una agresión ilegítima, pero sin embargo colaboró en crear la situación que fue percibida por el “agresor” como una agresión.

La doctrina dominante ha discutido si debería tenerse en cuenta el aporte del “supuesto agresor” en la creación de la creencia del “supuesto defensor” de que será víctima de una agresión ilegítima. En este sentido, son varios los autores que coincidirían en aceptar que la posición jurídica del “supuesto agresor” variará en función de su grado de responsabilidad que haya tenido en la creación de una apariencia objetiva y razonable de una situación de justificación<sup>340</sup>.

Coincido en que para lograr un equilibrio entre la libertad y la seguridad de cada uno, esta cuestión debería valorarse. Al considerar los aportes de cada uno de los intervinientes será posible distribuir los costes (los riesgos) de la solución del conflicto en función de los riesgos que cada uno de ellos haya creado. Así, en función del aporte que el supuesto agresor (víctima de la acción defensiva) haya hecho, se definirán las facultades que tendrá para reaccionar legítimamente ante la defensa también legítima de quien creyó razonablemente que sería víctima de una agresión ilegítima.

De allí, que quepa sostener que, cuando el “supuesto agresor” haya generado intencionalmente una situación objetiva de peligro —lo que sucedería, por ejemplo, si simula un ataque o si realiza una agresión inidónea—, que desde el punto de vista de una persona razonable (cuidadosa) es percibida como de peligro serio, esa situación y la agresión que es percibida en ese contexto, deban ser tratadas como reales. Esto es, como una verdadera agresión ilegítima que da lugar a una situación real de defensa y no como una mera causa de exculpación.

---

víctima reacciona defendiéndose de su posible disparo, ya no sería posible determinar con exactitud la existencia y la ex post de la agresión ilegítima y la magnitud de la agresión.

<sup>339</sup> Cf., entre otros, Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 426 y ss.; Roxin, *Derecho Penal...*, ps. 602 y ss.

<sup>340</sup> Cf. entre otros, Jakobs, *Derecho Penal...*, ps. 424 y ss. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 196.

En este sentido, se ha señalado que el criterio de responsabilidad del “agresor supone que éste tenga en sus manos a través de la renuncia o la abstención de su ataque objetivo *ex ante* la posibilidad de evitar la acción defensiva y el pertinente perjuicio para sus bienes, por lo que frente a agresiones inidóneas o simuladas, en tanto el agresor es causante de situaciones de riesgo debe permitirse una legítima defensa en su perjuicio. Él es quien puede prever la posible reacción del agredido y por tanto es también quien puede minorar o eliminar el peligro”<sup>341</sup>. De allí que también se sostenga que quien se defiende “no ha creado ni aumentado las posibilidades de producir el resultado”<sup>342</sup> en forma objetivamente imputable.

En otras palabras, cuando el agresor sea responsable de la creación del peligro, pues ha sido él quien ha erigido una situación objetiva de peligro, tendrá que correr con los riesgos derivados de la defensa de la víctima. Pues “quien crea imputablemente la apariencia de una situación de necesidad, y después en la defensa dirigida contra él es tratado como si hubiera creado una situación de necesidad real, no está teniendo que soportar un gravamen excesivo, sino las consecuencias de su propia maniobra engañosa, mediante la que ha conducido al que se defiende a una posición de inferioridad”<sup>343</sup>.

En este sentido, Muñoz Conde sostiene que cuando “la creencia subjetiva queda objetivada y convertida, a través de un proceso de normativación judicial, en una realidad jurídica, carece, pues de sentido hablar en este caso de legítima defensa putativa, debiéndose hacer hincapié en la existencia de una auténtica causa de justificación con todos los efectos que ello conlleva”<sup>344</sup>.

Como he señalado, para la doctrina mayoritaria cuando no se corrobore desde una perspectiva *ex post* la situación real de conflicto, quien se defiende actuará (nada más) sobre la base de una creencia razonable, y en consecuencia de manera no contraria a derecho<sup>345</sup>. De allí que al defensor no le atribuyan un derecho de

<sup>341</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 364. En igual sentido, ver Muñoz Conde quien sostiene que constituye una agresión ilegítima una simple broma o un ataque con un arma de juguete, siempre que sea capaz de engendrar en el que se defiende una creencia racional y fundada y, por tanto, objetivable de que va a ser inminentemente atacado, cf. *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 196.

<sup>342</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 366 y ss.

<sup>343</sup> Cf. Jakobs, *Derecho Penal...*, p. 426.

<sup>344</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, ps. 195 y ss.; Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 364 y ss.

<sup>345</sup> Recuérdese que para la doctrina mayoritaria en estos casos habrá habido una legítima defensa putativa y no una legítima defensa real pues faltaría la ilegitimidad de la agresión.

intervención sino sólo una facultad de acción y que al agresor tampoco le impongan el deber de tolerar<sup>346</sup>.

Sin embargo, coincido plenamente con Jakobs en cuanto a que lo que realmente importa es “*la realidad de las condiciones de imputación a la víctima de la intervención, no el carácter real de la situación de necesidad creada por ésta*”<sup>347</sup>. Por eso, a mi criterio, cuando el autor haya creado dolosamente la situación objetiva de peligro en la que se motivó el sujeto para creer de manera razonable que sería víctima de una agresión ilegítima, a ésta última (a quien invoca la legítima defensa) debería permitírsele reaccionar como en una situación real de defensa y además, creo que no sería exagerado imponerle alguna carga al “supuesto agresor”. Tal vez, sería mucho obligarlo a tolerar (esto es, impedirle cualquier tipo de reacción).

Una solución intermedia podría ser la que la doctrina le impone a quien debe defenderse de agresiones cometidas por personas con capacidad de culpabilidad limitada. En esos casos se le exige al sujeto que intente esquivar la agresión, que pida ayuda e incluso que analice la posibilidad de soportar un daño menor antes de poder reaccionar ante la agresión. Así, ante la reacción legítima de defensa, al supuesto agresor podría imponérsele estas obligaciones antes de permitirle rechazar la defensa lesionando algún bien del defensor<sup>348</sup>.

c). Por otra parte, entiendo que sería excesivo imponerle al supuesto agresor algún deber de tolerancia, cuando su aporte no haya sido fundamental o cuando directamente no haya tenido nada que ver con la creación de las condiciones objetivas para que una persona cuidadosa (razonable) pueda creerse víctima de una agresión ilegítima.

En estos casos, se arribará a una solución justa si se le otorga a quien pretende defenderse solamente un derecho justificatorio. Es decir, un derecho que le permita a la “víctima” de la agresión actuar pero que no le imponga el deber de tolerar a quien será

<sup>346</sup> Cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, ps. 411 y ss. Es decir, el “defensor” podrá reaccionar lesionando algún bien jurídico para defenderse pero el “agresor” no estará obligado a tolerar que lesionen algún bien jurídico que le pertenece. Tal vez para evitar esto último, podría lesionar algún bien de quien se defiende..

<sup>347</sup> Cf. Jakobs. *Derecho Penal...*, p. 426.

<sup>348</sup> Además, esta carga hacia el supuesto defensor que provocó la reacción del defensor también podría justificarse en lo que surge expresamente de nuestro Código Penal. Allí, como he mencionado, el legislador ha establecido que para poder invocar esta eximente, el “defensor” no debió haber provocado al “agresor” (requisito negativo de falta de provocación suficiente). En consecuencia, si el supuestos agresor ha creado las condiciones para que el supuesto defensor sienta de manera razonable que será víctima de una agresión y luego se autoriza al supuesto agresor ha invocar la legítima defensa para

víctima de esa defensa. En otras palabras, quien se defiende no tendrá el deber de abstenerse de su defensa, sin embargo, sólo gozará de una facultad de acción y en consecuencia, la víctima (el supuesto agresor) no tendrá el deber de tolerar su reacción.

Como sostiene Requejo, en estos casos se concederán dos facultades contrapuestas y excluyentes; serán contrapuestas pues el ejercicio de una tenderá a impedir el ejercicio de la otra. Serán excluyentes ya que cada uno podrá reaccionar en contra del otro. De esta manera, ninguno estará obligado a soportar una lesión a sus bienes, cada uno podrá impedirle al otro reaccionar pero no tendrá el derecho de impedir que reaccione (que intente agredirlo), pero tampoco tendrá la obligación de abstenerse<sup>349</sup>.

Incluso, podría sostenerse que en estos casos deberá aceptarse la decisión que cada uno de los interviniente (supuestas víctimas y agresores) adopte. Como señala Kaufmann<sup>350</sup>, hay un ámbito que se encuentra libre del derecho, pues las normas se repliegan. Ello sucedería ante determinados conflictos que resultan muy difíciles de solucionar (donde está en juego, por ejemplo, la vida de uno contra la del otro). En decir, en estos ámbitos se renuncia a valorar la reacción de los involucrados. Cuando ello suceda la acción no estará ni justificada ni disculpada, sino no prohibida y se respetará la decisión particular de quienes actúen. De acuerdo a esa posición, quien se defiende de un ataque no prohibido no estará realizando ni una acción permitida ni una prohibida, sino una que se aceptará sin más consecuencias<sup>351</sup>.

Por otra parte, deseo resaltar que independientemente de las consecuencias que se le atribuya a la acción defensiva en los diferentes casos, de acuerdo a la propuesta que aquí formulo, en todos ellos el defensor actuará en legítima defensa completa, pues ha actuado de manera razonable. El hecho de que desde un punto de vista *ex post* no se confirme la corrección del pronóstico, no alterará la afirmación que ya se ha hecho en cuanto a que ha tenido una creencia razonable, esto último sólo modificará el tipo de

---

defenderse de la agresión del “defensor”, se estarían vulnerando las premisas impuestas por el legislador, en la medida en que ha sido el supuesto agresor quien ha provocado la defensor.

<sup>349</sup> En este sentido, Requejo Conde sostiene que ello será así pues “*sería demasiado gravoso para la víctima negarle todo derecho a defenderse y porque esta solución pretender ser una de compromiso entre los intereses del autor que actúa valiosamente para el derecho aun lesionando un BJ esencial y la víctima afectada, que quizás en nada ha contribuido a este resultado*”. En estos casos, tanto la acción del presunto defensor como la de la víctima estarían justificadas pero en conceptos diferentes, cf., *La legítima defensa*, ps. 413 y ss.

<sup>350</sup> Cf. Reque Conde, *La legítima defensa*, ps. 409 y ss.

<sup>351</sup> A partir de esta teoría, en ocasiones, se justifica la creación de una categoría intermedia entre la justificación y la culpabilidad, como por ejemplo, la que proponen Maurach y Zipf y Bacigalupo, quien denomina a esta categoría “responsabilidad por el hecho”; cf. *Principios de Derecho...*, ps. 288 y ss.

reacción que legítimamente podrá tener quien se sienta víctima de una agresión y la carga que eventualmente se le impondrá al supuesto agresor.

d). En cambio, en todos aquellos casos donde el sujeto que alegue legítima defensa lo haga como consecuencia de un error subjetivamente imputable —esto es, por alguna limitación personal o porque haya incurrido en un error vencible o porque violó algún deber de cuidado que podría haber respetado de acuerdo a sus capacidades individuales—, se sostendrá que éste no ha actuado como lo hubiera hecho una persona cuidadosa (razonable) y en consecuencia, se aplicarán las reglas del error con las consecuencias que la doctrina dominante le atribuye a esos casos. Es decir, su conducta se analizará en el ámbito de la culpabilidad y eventualmente será disculpada.

Como sostiene Muñoz Conde “la creencia subjetiva del agente de que va a ser atacado, cuando no puede tener la consideración de “racional y fundada”, no puede excluir ya, por muy explicable que sea, el juicio objetivo de valoración que constituye la antijuridicidad”<sup>352</sup>. En estos casos, el supuesto agresor podrá defenderse de esa reacción invocando la legítima defensa, pues se trata de una acción antijurídica<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> Cf. Muñoz Conde, *¿Legítima defensa putativa?...*, p. 196.

<sup>353</sup> En este sentido, Muñoz Conde sostiene que “la víctima del error subjetivamente invencible o vencible del defensor podría reacción en legítima defensa, pues frente a una acción ilícita, aunque realizada sin culpabilidad y frente a acciones con culpabilidad disminuida cabe ejercer la legítima defensa. Sólo si la víctima fuere consciente del error del contrario podría exigírsele una defensa restringida socialmente”, cf. *Bases para un teoría del error orientada a las consecuencias*, en CPC, 1988, p. 282, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 417.

#### IV. CONCLUSIONES

- Como he dicho en la introducción, este trabajo ha tenido como finalidad sentar las bases para trasladar al ámbito de la justificación el mismo tipo de razonamiento que la dogmática moderna emplea en el ámbito de la tipicidad.
- Para establecer la tipicidad de una conducta los teóricos del derecho más modernos apelan a criterios normativos de imputación que reflejan las valoraciones sociales que imperan en un momento determinado dentro de una determinada sociedad. Estos criterios, básicamente reflejan la idea de que cada sociedad ha “decidido”<sup>353</sup> tolerar determinadas conductas riesgosas, pues entiende que ellas son necesarias para permitir el desarrollo social y que para establecer los márgenes de riesgo que tolerará, cada sociedad intentará encontrar un equilibrio entre dos valores que se encuentran permanentemente en puja: la libertad por un lado vs. la seguridad por el otro.
- Estas valoraciones han sido recogidas por la dogmática a través del siguiente tipo de razonamiento:
  - Las personas pueden realizar conductas riesgosas en tanto no superen el límite de riesgo permitido. Toda conducta que no supere ese límite, no será desvalorada por el derecho ya que se considerará atípica. De este juicio sólo se desprenderá que el riesgo que ha creado esa acción deberá ser tolerado. Es decir, este juicio no pregona nada acerca del valor intrínseco de esa conducta; pues ella podría ser tanto una acción considerada deseable (o fomentable) como una con cierto grado de disvalor pero que deberá ser tolerada por la utilidad que representa.
  - Por el contrario, cuando una acción haya superado el margen de riesgo jurídicamente permitido, ella se considerará disvaliosa, y por lo tanto, típica (prohibida).
  - Para establecer si una acción ha superado el margen de riesgo jurídicamente tolerable, se analizará si a través de esa conducta se ha violado alguna norma (en sentido de norma general) y cuando no haya ninguna norma que regule esa situación, se establecerá si ella ha implicado una actuación irrazonable. Para establecer la razonabilidad o irrazonabilidad de la conducta se utilizará un criterio regulativo. De acuerdo a este criterio, se comparará la conducta que realizó el

---

<sup>353</sup> Como he señalado, no se trata de una “decisión” propiamente dicha que se adopta en un momento puntal; por el contrario, se trata de cuestiones que con el tiempo se van formando, tolerando y aceptando por la mayoría de los integrantes de una comunidad.

sujeto en el caso concreto con la que hubiera ejecutado una persona razonable ubicada en su misma situación. Así, cuando no haya violado ninguna norma y haya actuado también de manera razonable, se sostendrá que no ha excedido el margen de riesgo permitido y que por lo tanto, no ha cometido una acción típica.

- o Sólo cuando se concluya que esa acción ha creado un riesgo no permitido (esto es, un riesgo que no debe ser soportado), se analizará si ese riesgo ilegítimo fue el que se concretó en el resultado. Sólo cuando así haya ocurrido, se le imputará a esa acción el resultado. Sin embargo, cualquier resultado disvalioso que genere una acción que no haya superado el margen de riesgo permitido se considerará producto del azar, de la “mala suerte”, que no podrá cargarse en la cuenta del autor.
- Este tipo de razonamiento presupone una “decisión” política de distribuir riesgos (o “malas suertes”). Implica haber superado el estadio de sociedad pre-política para pasar a una en donde el Estado tiene la función de redistribución de suertes (riesgos) para lograr la mayor igualdad posible.
- Este mismo tipo de razonamiento debería emplearse también en el peldaño de la antijuridicidad, básicamente porque:
  - Una sociedad que ya ha tomado la decisión de distribuir riesgos y tolerar conductas riesgosas en tanto las considere útiles para permitir el desarrollo y la convivencia social, dada la fuerte vinculación que existe la tipicidad y la antijuridicidad, no podría modificar esas valoraciones al momento de establecer la antijuridicidad de una conducta.
  - No podría hacerlo, ya que, como se ha señalado, es en la antijuridicidad donde se resuelven los conflictos sociales, ya que es allí donde se analiza si una conducta prohibida de manera general estaba autorizada por alguna circunstancia en particular. Es decir, es en ese peldaño donde se pone a la prohibición en abstracto dentro del contexto en que se desarrolló.
  - La vinculación entre la tipicidad y la antijuridicidad es tal que los dogmáticos han creado un término para aludir a ambas categorías: “injusto penal”. Así, sostienen que cuando se haya cometido una acción típica y antijurídica, se habrá cometido un injusto penal. Fundamentan esta vinculación en el hecho de que sólo a través de la conjunción de ambas categorías es posible conocer cuál era la conducta que podía realizarse en una determinada situación. Además, justifican este lazo en que al igual que las prohibiciones y mandatos (que se analizan en la tipicidad), a través de las reglas permisiva (que se examinan en la

antijuridicidad) también se emiten reglas de conducta generales (esto es, válidas para todos). Por ello afirman que la tarea de prevención que comienza en el ámbito de la tipicidad continúa desplegándose en el ámbito de la justificación, pues reconocen que así como la amenaza de pena tiene la finalidad de orientar conductas, la renuncia a la amenaza también tendrá efectos en la motivación del sujeto.

- Por lo tanto, dado que a través de ambas categorías se emite un mensaje al ciudadano acerca de lo que debe hacer en determinadas situaciones y se solucionan de manera objetiva los conflictos que surgen en el seno de una sociedad<sup>354</sup>, y dado que se trata de la misma sociedad que ya ha decidido tolerar ciertas conductas riesgosas, debería abordarse la solución del caso de manera similar tanto para establecer la tipicidad como la antijuridicidad de una conducta.
- No obstante, cabe señalar que de la misma manera en que no toda acción atípica será (necesariamente) una valiosa, no toda acción justificada será una acción deseable. Por el contrario, dado que la justificación presupone la existencia de una autorización para realizar una acción en si misma disvaliosa (típica), en muchas ocasiones, la acción justificada no será una acción que se quiera fomentar, sino una que deberá tolerarse como un costo para convivir, y que por lo tanto, se considerará correcta.
- Existen indicios para sostener que tanto aquellos que sancionan las normas como los teóricos del derecho penal han comenzado a registrar la necesidad de aplicar, para resolver los conflictos que se presentan en la antijuridicidad, el mismo tipo de razonamiento que se utiliza para establecer la tipicidad de una conducta.
- Ello puede observarse al examinar las discusiones que se han entablado para determinar a partir de que momento una persona estará legitimada para actuar al amparo de la legítima defensa. Allí se observa que las cuestiones que se discuten en torno a la actualidad de la agresión tienden a establecer un criterio de distribución de riesgos.
- En efecto, para que una persona pueda invocar la legítima defensa sólo se exige que de manera inminente una agresión ilegítima esté por realizarse en su contra. Como hemos visto, una agresión será inminente (actual) no sólo cuando esté teniendo lugar sino también cuando ésta (la agresión) aún no haya comenzado a ejecutarse pero es previsible que el agresor está próximo a realizarla. Es decir, para afirmar que un ataque es

---

<sup>354</sup> Al decirle al sujeto: “tu has actuado correctamente, pues has realizado una acción que ha creado un riesgo que en esa situación podías crear” (acción típica pero justificada) o por el contrario, al decirle a quien ha actuado: “tu

inminente, la doctrina mayoritaria, no exige que haya habido comienzo de ejecución. Por el contrario, sostiene que será factible repeler una agresión durante los actos preparatorios próximos a la tentativa; es decir, autorizan al sujeto a defenderse incluso antes de que exista “en el mundo real” una agresión ilegítima.

- En consecuencia, cabe afirmar, que la doctrina mayoritaria no le impone, a quien pretenda invocar la legítima defensa, la carga de tener que poseer certeza sobre la existencia de la agresión. Sólo se le exige que esté seguro que de manera inminente alguien lo agredirá. El defensor podría esperar para reaccionar tanto cuanto quisiera e incluso podría decidir esquivar la agresión en lugar de repelerla. Sin embargo, la autorización que se le ha concedido para reaccionar ante una agresión inminente, implica un permiso para actuar sobre la base de lo que crea que sucederá; esto es, sobre la base de un pronóstico. En otras palabras, a ella se la autoriza a actuar en función de una decisión que adopta en un momento determinado sobre el desarrollo de un suceso futuro.
- Esta decisión, implica una suerte de distribución de riesgos, pues en lugar de ser el defensor quien deberá cargar con los riesgos de esperar para reaccionar hasta último momento será el agresor quien deberá soportar los riesgos que generen sus acciones.
- Aplicar este tipo de razonamiento en la antijuridicidad para resolver los casos de legítima defensa, básicamente implicará:
  - que cuando una persona no hay violado ninguna norma y haya actuado como lo hubiera hecho una persona razonable en su lugar, deba sostenerse que ella ha actuado de manera justificada. Ello en la medida en que esa conducta no habrá generado un riesgo irrazonable que no estábamos dispuestos a tolerar.
  - Que dado que generalmente no habrá ni normas, ni reglamentos, ni *lex artis* que determinen cómo reaccionar en situaciones de legítima defensa el casos de agentes de seguridad es una excepción—, deberá compararse la conducta que ha realizado esa persona en esa situación particular con la que hubiera realizado una persona razonable en su lugar. Este estándar de la *persona razonable* desempeñará en este ámbito la misma función regulatoria que el concepto de riesgos permitido cumple en el ámbito de la tipicidad.
  - Ahora bien, dado que para alegar la legítima defensa se ha autorizado a quienes se crean víctimas de una agresión a actuar sobre la base de un pronóstico, esto es, sobre lo que creen que sucederá —pues como recientemente he señalado, bastará con que la agresión

---

has creado un riesgo que consideramos intolerable cuando no tenías ningún tipo de autorización para hacerlo” (acción típica y antijurídica). Esta solución es objetiva, ya que resulta aplicable a cualquier otro sujeto.

---

sea inmediatamente inminente—, será fundamental analizar si el “pronóstico” fue elaborado de manera razonable. Es decir, debería indagarse si una persona razonable en esa situación hubiera tenido la misma creencia que el autor y en consecuencia, hubiese vaticinado que ese suceso se desarrollaría de la misma manera en que creyó el defensor que ocurriría.

- Dado que para establecer si el sujeto ha actuado de manera justificada habrá que analizar la razonabilidad del pronóstico (esto es, de su creencia), quien deba hacer este análisis, tendrá que valorar los mismos elementos que el sujeto ha tenido en cuenta para tomar esa decisión de actuar. Para ello, deberá examinar el suceso desde una perspectiva *ex ante*, esto es, posicionándose en el mismo lugar en el que se encontraba el defensor.
- Cabe recordar, que un pronóstico, es una decisión que el sujeto toma en base a una creencia conforme a la *lex artis* con un desenlace inesperado y que por ende será correcto con independencia de su desenlace; y dado que se tratan de decisiones que se adoptan *ex ante*, su legalidad deberá ser enjuiciada también desde esa perspectiva. Así, la conducta que resultará conforme a la norma (autorizada), será aquella que resultaba correcta en el instante en que debió tomarse la decisión. Reclamar otra conducta sería contrario a lo jurídico, a lo social y a lo ético<sup>355</sup>.
- Al ubicarse en el mismo lugar en que se encontraba el defensor, quien deba resolver el caso, también deberá considerar que toda realidad se subjetiviza al ser percibida; y que al percibir e interpretarse la realidad, entrarán en juego diversas variables personales del sujeto receptor que influirán en la forma en que él se ha conectado con el objeto percibido. Además, también deberá valorar que se trata de situaciones extremas, donde las persona deben tomar decisiones rápidamente. Como señalaré, determinar que variables personales serán tomadas en cuenta para establecer el “tipo” de autor, es una decisión que se refiere al contenido del estándar.
  - o En efecto, para tornar operativa esta idea regulatoria de la persona razonable, será necesario tomar algunas decisiones con el fin de darle contenido a este estándar y para establecer “tipos” de autores. Pues, como he mencionado, este estándar constituye una forma denotativa del lenguaje pues no hay seres o entidades reales a

---

<sup>355</sup> No obstante, Hassemer sostiene que deberían diferenciarse los “pronósticos inevitables” de los casos de error; al respecto ver p. (402). Hassemer, citado por Requejo Conde, *La legítima defensa*. Por otra parte, y en relación a esta cuestión, podría sostenerse que “el establecimiento de un principio de conservación a ultranza de los bienes jurídicos que suponga un respeto absoluto de los mismos en situaciones excepcionales de conflicto, a expensas de una protección de bienes y derechos sólo realmente puestos en peligro o lesionados tras la pertinente comprobación *ex post*, constituye una clara vulneración al principio de solidaridad humana”, cf. Requejo Conde, *La legítima defensa*, p. 360.

las que las palabras hagan referencia<sup>356</sup>. La persona razonable es un ser inexistente, es una construcción artificial que se adopta para indicar lo que era objetivamente razonable creer y hacer en determinadas circunstancias.

- La primera decisión que en este sentido debería tomarse, es si se apelará a un estándar objetivo o a uno subjetivo.
  - Como consecuencia de que he adherido a los postulados de la teoría mixta, debería descartar la versión subjetiva de este estándar —de acuerdo a la cual, cualquier creencia sincera del autor bastaría para justificar la conducta— y adoptar la versión objetiva. He rechazado esta versión ya que a través de ella se subjetivizaría de manera inaceptable el injusto al punto tal que destruiría la vigencia objetiva de las normas jurídicas, ya que el concepto de lo injusto dependería de lo que cada uno considere como tal.
  - Al adoptar la versión objetiva intentaré establecer, valga la redundancia, un criterio objetivo con el cual comparar el comportamiento defensivo efectivamente realizado. Así, sólo se valorará como una realidad jurídica, la percepción subjetiva que pueda ser objetivada al compararla con la que hubiera tenido una persona razonable en su lugar. Es decir, cuando una creencia sea compartida por un número de personas o cierta clase de individuos, ésta dejará de ser puramente subjetiva, para convertirse en epistémicamente objetiva, en la medida en que pasa a ser falseable.
- Sin embargo, tampoco bastará con adoptar un estándar objetivo, ya que aún faltará decidir cuáles serán las características del autor que se considerarán relevantes para armar el “tipo” de autor. He mencionado tres modelos diferentes para hacerlo y he señalado que cuantas más características se consideren relevantes, menor será la promoción del *rule of law* y mayor el sentido de la justicia individualizada.
- Sin perjuicio del contenido que se le otorgue a esta estándar, deseo enfatizar que a través de él resultará factible objetivizar las creencias del autor, y para sacarlas fuera de la cabeza del agente. Esta tarea permitirá decidir, desde un punto de vista imparcial, cuándo y quién deberá soportar la carga de una acción riesgosa.
- Ahora bien, dado que lo central será determinar si el sujeto ha elaborado de manera razonable el pronóstico acerca de lo que cree que sucederá, bastará para justificar la

---

<sup>356</sup> Cf. Malamud Goti, *Objetiva: Quien es la “Persona Razonable”?*.

conducta con que se concluya, luego de hacer la comparación que propongo, que el sujeto ha elaborado el pronóstico como lo hubiera hecho una persona razonable en su lugar. Esta afirmación deberá permanecer inalterable sea cual sea la información que surja desde un análisis *ex post* de la situación.

- Ello debería ser así, ya que, en un sistema donde a través de las normas se pretenda emitir mensajes de conducta a los ciudadanos —donde los mensajes para poder cumplir alguna función deberían ser claros y permanecer inmutables—, no podría decirse al sujeto que está autorizado a actuar sobre la base de un pronóstico, para luego, al momento de juzgar esa conducta, en lugar de valorarse ese pronóstico, se analice lo que realmente sucedió.
- Sin embargo, ello no significa que la información que surja desde un análisis *ex post* se considerará irrelevante. Por el contrario, esta información resultará de utilidad para definir el tipo de derecho que tendrá la persona que invoque la legítima defensa. En efecto, como he resaltado, de seguirse la propuesta que elaboro, ya no sería posible atribuirle de manera automática a todas las acciones justificadas las mismas consecuencias.
- Hasta ahora, la doctrina mayoritaria le concede a quien realiza una acción justificada un derecho en sentido fuerte (mediante el cual le otorga a quien se defiende un derecho de intromisión y al agredido le impone el deber de tolerar). No adhiero a esta solución, pues entiendo que las consecuencias que se desprenderán de una acción justificada en legítima defensa deberían diferenciarse según se corroboró la existencia o inexistencia de la agresión ilegítima desde un punto de vista *ex post*. Esta diferenciación debería hacerse con el fin de no descuidar a los terceros que pudieran verse afectados por la reacción defensiva. Pues, recuérdese que el objetivo es distribuir suertes (riegos) y de intentar arribar a soluciones justas, donde haya un equilibrio entre las facultades que se le conceden a quien se cree víctima de una agresión y a quien es víctima de una defensa.
  - o De esta manera, entiendo que deberían diferenciarse (al menos) tres casos:
    - a) El primer grupo estaría constituido por aquellos supuestos en los cuales sea posible corroborar desde un punto de vista *ex post* la existencia de la agresión. A mi criterio, sólo cuando ello suceda, no será excesivo otorgarle a quien se defiende un derecho de intromisión e imponerle a quien ha realizado una agresión ilegítima el deber de tolerar esa acción intromisiva.
    - b) El segundo grupo estaría conformado por aquellos casos donde la “víctima” de la defensa (el supuesto agresor) no estaba por realizar de manera inminente una agresión ilegítima, pero sin embargo colaboró en crear la situación que fue percibida por el “agresor” como una agresión. En estos casos, la posición jurídica

del “supuesto agresor” variará en función del grado de responsabilidad que haya tenido en la creación de la apariencia objetiva y razonable de una situación de justificación. Entonces, cuando el supuesto agresor haya sido responsable de crear la situación objetiva de peligro, entiendo que quien invoque la legítima defensa podría reaccionar como en una situación real de defensa y que no sería exagerado imponerle alguna carga al “supuesto agresor”; esta carga podría consistir en someterlo a las mismas obligaciones que se le imponen a quien pretende defenderse de agresiones cometidas por personas con capacidad de culpabilidad limitada. Esto es, el supuesto agresor deberá intentar esquivar la “defensa”, pedir ayuda, e incluso tendrá que analizar la posibilidad de soportar daños leves antes de poder repeler la defensa causándole algún daño al defensor.

- c) El tercer grupo de casos estaría conformado por aquellos en donde la “víctima” de la defensa no ha hecho un aporte fundamental al caso o cuando directamente no haya tenido nada que ver con la creación de las condiciones objetivas para que una persona razonablemente pueda creerse víctima de una agresión ilegítima. Aquí, imponerle al agresor algún deber de tolerancia sería excesivo. Por ello, debería concedérsele a quien se defiende un derecho justificatorio, de acuerdo al cual la “víctima” de la agresión podrá actuar sin que el defensor posea el deber de tolerar esa acción. Incluso, podría sostenerse que en estos casos deberá aceptarse la decisión que cada uno de los interviniente (supuestas víctimas y agresores) adopte. Como señala Kaufmann, hay un ámbito que se encuentra libre del derecho, pues sus normas se repliegan. Cuando así sucede las acciones que se realizan no estarán ni justificadas ni disculpadas, sino no prohibidas y se respetará la decisión particular de quienes actúen.
- Sin perjuicio, de la consecuencia normativa de la acción defensiva, debe quedar claro que en todos los casos el defensor actuará en legítima defensa completa, pues ha actuado de manera razonable. El hecho de que desde un punto de vista *ex post* no se confirme la corrección del pronóstico, no alterará la afirmación que ya se ha hecho en cuanto a que ha sido una decisión pertinente. Sin perjuicio de que los resultados a los que se arriben no difieran de los que propone la doctrina mayoritaria, entre ambas soluciones hay una diferencia. Esta diferencia es principalmente valorativa. Pues, ellos en el caso b) sostendrán que la víctima no podrá alegar legítima defensa, pero podrá actuar al amparo del estado de necesidad defensivo, y yo sostendré que ella estará legitimada para invocar la legítima defensa.

- Este tipo de razonamiento, no sólo obligará a repensar las consecuencias de una acción justificada, sino también a reformular el carácter (o naturaleza) de la objetividad propia de la justificación (de acuerdo a las exigencias que plantean aquellos que adhieren a los postulados de la teoría mixta).
- Como hemos visto, los seguidores de la teoría mixta toman parte de los presupuestos de la posición subjetiva y de la objetiva “pura” y por ello, al momento de determinar el contenido del injusto, requieren que concurren tanto los elementos objetivos de la justificación como los subjetivos. Hasta ahora, para afirmar la concurrencia de los primeros, se recurría a un análisis *ex post* de la conducta, a fin de examinar si en el mundo real —esto es, más allá del sujeto— y con posterioridad al suceso existió la agresión ilegítima.
- De adoptarse las premisas que propongo, debería interpretarse de manera diferente lo que quiere decir “objetivo”. Así, ya no se aludirá a la presencia en el mundo real de los presupuestos de la justificación (con posterioridad al acto); sino que aludirán a la existencia de creencias subjetivas “objetivizadas”. Como he dicho, cuando una creencia se objetiviza ésta sale de la cabeza del autor para constituirse en una realidad objetiva. Ya que no se trata de una mera percepción personal, sino de una creencia que es compartida y como tal, falseable o verificable.
- Al redefinir el contenido de los elementos objetivos surgen herramientas para cuestionar la solución que la doctrina tradicional prevee para los casos en los cuáles la percepción subjetiva razonable no se corrobora *ex post*. Como he mencionado, la doctrina suele aplicar automáticamente las reglas de la legítima defensa putativa y afirma que en estos casos el sujeto ha errado.
- Esta solución sería errónea pues bastará para justificar la conducta con que pueda sostenerse que el sujeto ha elaborado el pronóstico sobre el que actuó de manera razonable. Esta afirmación no se modificará porque se compruebe con posterioridad al acto la inexistencia de la agresión (desde una perspectiva *ex post*). Si el defensor ha actuado de manera razonable, ha procedido correctamente y no ha incurrido en error. Como he señalado, para afirmar la razonabilidad de su creencia, ésta debe objetivizarse. Para ello quien resuelva el caso deberá sacar esa creencia fuera de la cabeza del autor, compararla con la que hubiera tenido una persona razonable en su lugar y en caso de ser compartida, deberá tratarla como una realidad; esto es, como si realmente hubiera existido; y en consecuencia, estos casos debería ser tratados como verdaderos casos de

justificación. Al reinterpretarse el contenido de los elementos objetivos, no habrá ninguna dificultad para afirmar que, a pesar de que no se corrobore *ex post* la existencia de la agresión, el sujeto ha cumplimentado las exigencias tanto objetivas (reinterpretadas), como subjetivas de la justificación.

- Dado, entonces, que la cuestión principal será la de establecer si fue correcta la decisión que adoptó quien actuaba en la creencia de que se estaba defendiendo, habrá que: ponerse en la misma situación en la que se encontraba el sujeto que alegó la legítima defensa (perspectiva *ex ante*), valorar las características personales que se consideren importantes y comparar la conducta que realizó con la que hubiera hecho una persona razonable en su lugar. Cuando se concluya que actuó de manera razonable, pero no se corrobore con posterioridad al acto el pronóstico elaborado, ya no se le dirá que se equivocó o que actuó erróneamente, sino que por el contrario, dado que ha actuado de manera razonable (esto es, no ha generado un riesgo que resulte intolerable para esa sociedad), se sostendrá que ha actuado justificadamente.
- Sin embargo, cuando de la comparación surja que no ha elaborado el pronóstico como lo hubiera hecho una persona razonable en su lugar, se sostendrá que con su conducta ha elevado el riesgo más allá de lo jurídicamente tolerable y en consecuencia, su conducta no podrá estar justificada. Esta afirmación, no obstará a que luego su conducta pueda ser disculpada como consecuencia del análisis que se haga de ella en el ámbito de la culpabilidad, porque ejemplo, se demuestre que ha actuado de manera irrazonable por alguna limitación a su capacidad de motivación o porque ha incurrido en algún error (evitable o invencible).

**BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA**

- BACIGALUPO, Enrique, Legítima defensa y estado de necesidad en la reforma penal en España, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, año 1, Nº 1 y 2 abril, editorial Ad-Hoc, BA, 1996.
- BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal, Parte General, 4 edición, ediciones Akal, Madrid, 1997.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco, Estado de Necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda. José María Bosch editorial, Barcelona, 1994.
- BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, Por una dogmática conscientemente política, en AA.VV., Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001. También publicado en el “Anuario de Filosofía del Derecho”, publicación de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, t. XVII, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALRÉE, Hernán, Lecciones de derecho penal (volumen I), editorial Trotta, Madrid, 1997; y Lecciones de derecho penal (volumen II), editorial Trotta, Madrid, 1999
- CADENAS, Javier, Algunas cuestiones sobre riesgo permitido, presentado en Seminario de la cátedra de Rigui sobre imputación objetiva, durante el año 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- CANCIÓ MELIÁ, Manuel, Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- COLOMBO, Marcelo, Riesgo permitido: su fundamentación, presentado en Seminario de la cátedra de Rigui sobre imputación objetiva, durante el año 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

- CÓRDOBA, Fernando, “Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año II, Nros. 1-2, editorial Ad-Hoc, BA, 1996.
- ESSER, Albin y BURKHARST, Björn, Derecho Penal, cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Melliá, supervisada por Enrique Bacigalupo, editorial Colex, Madrid, 1995.
- FLETCHER, George P, En Defensa Propia, sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marían, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARIBALDI, Gustavo y PITLEVNIK, Leonardo, Error y Delito, editorial Hammurabi, BA, 1995.
- GARIBALDI, Gustavo y PITLEVNIK, Leonardo, Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal, editorial Ad-Hoc, BA, 2002 .
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, El Estado de necesidad: un problema de Antijuridicidad, en Estudios de Derecho Penal, editorial Tecnos y también en Doctrina Penal, año 3, editorial Depalma, BA, 1974, p. 91.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Justificación y exculpación en derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, año V., Nº 9 A, editorial Ah-Hoc, BA, p. 325.
- GRÜNWARD, Gerald, *Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada*, en el Error en el Derecho Penal, Ed. Ah- Hoc, BA, 1999.
- JAKOBS, Günter, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günter, Imputación objetiva en Derecho Penal, editorial, Ad-Hoc, BA, 1996.

- JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 4 ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993.
- HIRSCH, Hans Joachim, La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, año 2, Nº 3, editorial Ad-Hoc, BA, 1996, p. 15.
- HONISCH, Paula, El deber de autoprotección del bien jurídico y su influencia en el derecho penal, Revista de ciencias jurídicas ¿Más Derecho?, año 2, 2001/II, Fabián J. Di Plácido Editor, BA, p. 127.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- MAINWALD, Manfred, De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del derecho penal en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, año 1, Nº 1 y 2, editorial Ad-Hoc, BA, 1996, p. 145.
- MALAMUD GOTI, Jaime, El riesgo permitido en el derecho penal en Doctrina Penal, Año 1, nros 1 a 4, editorial Depalma, 1978, BA, p. 735.
- MALAMUD GOTI, Jaime, Terror y Justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado. ediciones de la Flor, BA. 2000.
- MALAMUD GOTI, Jaime, Legítima defensa y Estado de Necesidad, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, BA, 1977.
- MALAMUD GOTI, Jaime, Comentario bibliográfico al libro de Carlos Nino “los límites de la responsabilidad penal”, en Doctrina Penal, editorial Depalma, p. 165.
- MALAMUD GOTI, Jaime, papers<sup>353</sup>:
- Aspectos Consecuencialistas y Deontológico en la Justificación.
  - La inminencia de la agresión.

---

<sup>353</sup> Estos paper fueron elaborados para el curso de Justificación y Legítima Defensa que dictó Malamud Goti en el Master de Derecho de la Universidad de Palermo durante un año y medio, donde colaboré con

- Derechos, Permisos y Legítima Defensa.
- Puede la Creencia Razonable Sustentar una Teoría Objetiva de la Legítima Defensa?
- La Acción, la intención y la defensa legítima: Un ataque al subjetivismo.
- Algo Mas Sobre el Llamado "Disvalor de Resultado".
- Quien es la "Persona Razonable"?
- Responsabilidad Moral y la Noción de Comunidad.

MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, Derecho Penal, Parte General I, Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, BA, 1994.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 4ª ed, Barcelona, 1996

MIR PUIG, Santiago, Función de la pena y la teoría del delito en el E. Social y democrático de derecho, 2da edición, editorial Bosch, Barcelona, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco ¿legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación, en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, J.M. Silva Sánchez, Coordinador de la edición española, ed. Bosch, Barcelona, 1995

NINO, Carlos, La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico, editorial Astrea, BA, 1982.

NINO, Carlos, La fundamentación de la legítima defensa. Réplica al Prof. Fletcher en Doctrina Penal, año 2, Nº 5 a 8, Depalma, 1979, p. 235.

NINO, Carlos, Los límites a la responsabilidad penal, editorial Depalma.

PAEFFGEN, Hans Ullrich, Observaciones acerca del error de tipo permisivo, en Error en el Derecho Penal, editorial Ad-Hoc, BA, 1999.

---

él en la preparación de estos trabajos y en el dictado de las clases. Estos papers están a disposición de quien los solicite.

- REQUEJO CONDE, Carmen, *La legítima defensa*, tesis doctoral dirigida por Francisco Muñoz Conde, editorial Tirant lo blanch monografías, Valencia, 1999.
- RIGHI, Esteban, *Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa en el sistema del Código penal argentino en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, año V. Nº 9, editorial Ad-Hoc, BA, p. 353.
- RIGHI, Esteban y FERNÁNDEZ, Alberto, *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, editorial Hammurabi, BA, 1996.
- RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel, comentario a los incisos 6 y 7 del artículo 34 del Código Penal, publicado en: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, coordinado por Marco Terragni, editorial Hammurabi, BA, 1997.
- RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel, *Las causas de justificación*, editorial Hammurabi, BA, 1995.
- RODRÍGUEZ, Agustina, *La competencia de la víctima y el sistema de imputación: una reformulación de la atribución de responsabilidad*, en “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia”, Nº 9 A, editorial Ad-Hoc, BA.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2da. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javiera de Vicente Remesal, editorial Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito, Elemento del delito en base a la política criminal*, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, editorial PPU, Barcelona, 1992.
- RUA, Gonzalo Segundo, *El problema de los conocimientos especiales del autor en la formulación del juicio de peligro*, presentado en el Seminario de la Cátedra del Dr. Righi sobre imputación objetiva, durante el año 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

- Rua, Gonzalo Segundo, Los conocimientos especiales del autor dentro del marco de la imputación objetiva, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, editorial Ad-Hoc, Tomo 9 A, p. 603.
- RUSCONI, Maximiliano, Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno, editorial Ad-Hoc, BA, 1997.
- RUSCONI, Maximiliano, La justificación en el derecho penal, 2da edición actualizada y ampliada, editorial Ad-Hoc, BA, 2001.
- RUSSELL, Christopher, Mistake of fact in the objective theory of justification: do two rights make two wrongs make two rights...? The Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University School of Law, Volume 85/ number 2/ Fall. 1994.
- SANCINETTI, Marcelo, Teoría del delito y disvalor de acción. Consecuencias prácticas del ilícito personal. Ed. Hammurabi, BA, 1991
- SANCINETTI, Marcelo, Ilícito personal y participación, editorial Ad-Hoc, BA, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al derecho penal contemporáneo, J. M. Bosch editor SA, Barcelona.
- STRATENWETH, Günter, Parte General I, el hecho punible, traducción de la 2da edición de Gladis Romero, Editorial Edersa, Madrid
- SCHÜNEMANN, Bernd, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, J.M. Silva Sánchez, Coordinador de la edición española, ed. Bosch, Barcelona, 1995
- VALDAGUA, Maria da Conceição, Legítima defensa y legítima defensa putativa. Observaciones a la ponencia de Muñoz Conde en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, J.M. Silva Sánchez, Coordinador de la edición española, editorial Bosch, Barcelona, 1995

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, BA, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, BA, Argentina, 2000.