

Legítima defensa

Legítima defensa

Las restricciones ético-sociales a partir
de los fines preventivos y garantísticos
del derecho penal

Jacson L. Zilio

Colección *Tesis doctorales*

Directores

Dr. Edmundo S. Hendler

Dr. Ignacio F. Tedesco



ediciones**Didot**

Datos tesis doctoral

Nombre de la obra original: Las restricciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa. Una lectura a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal

Autor: Jacson Luiz Zilio

Director: Dr. Francisco Muñoz Conde

Tribunal Dres. Diego Manuel Luzón Peña, Ángel José Sanz Morán, Paulo cesar Busato y Dra. Juana Del Carpio Delgado

Grado obtenido Doctor en derecho

Calificación sobresaliente Cun laude

Lugar y fecha 22 de febrero de 2011. Sevilla, Universidad Pablo Olavide

Zilio, Jacson L.

Legítima defensa : las restricciones ético sociales a partir de los fines preventivos y garantistas del derecho penal / Jacson L. Zilio. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot, 2019.

Libro digital, PDF/A - (Tesis doctorales / Edmundo S. Hendler,)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-3620-68-3

1. Derecho Penal. 2. Dogmatismo. 3. Legítima Defensa. I. Título.
CDD 345.001

© edicionesDidot

©Jacson L. Zilio

1° ed. 2012

Diseño de tapa: Valeria Kriletich

Hecho el depósito en ley 11.726

Libro de edición argentina

ISBN: 978-987-3620-68-3

Ediciones **Didot**

Arévalo 1830, CABA, Argentina

Te. +5411 4771 9821

www.edicionesdidot.com

didot@edicionesdidot.com

Índice

Nota preliminar	15
Prólogo	17
Índice de abreviaturas	21
Introducción	23
Capítulo 1. Aspectos metodológicos fundamentales	33
1.1. Aspectos metodológicos de la teoría del delito para encarar el estudio del derecho a la legítima defensa	33
1.2. El dualismo metódico: ¿el derecho penal como actitud ciega, ontológica o valorativa?	38
1.3. Resumen de las distintas posiciones metodológicas analizadas	50
Capítulo 2. Principios fundadores del derecho a la legítima defensa	53
2.1. La concepción jurídico-individual de la legítima defensa	53
2.1.1. La teoría del instinto de conservación	58
2.1.2. La teoría positiva de los motivos	62
2.1.3. La teoría de la necesidad de protección del bien jurídico	64
2.1.4. La teoría del derecho no necesita ceder al injusto	66
2.1.5. La teoría de la autonomía individual y la teoría del libertarianismo	69
2.2. La concepción jurídico-social de la legítima defensa	75
2.2.1. La teoría de la falta de protección estatal	76
2.2.2. La teoría del interés prevalente	81
2.2.3. La teoría de la analogía con la pena	84
2.2.4. <i>Excursus</i> : la tesis de mezger sobre la culpabilidad por la conducción de vida y su analogía en el seno de la doctrina de la legítima defensa	90

Jacson L. Zilio

2.3. La teoría del doble fundamento	92
2.3.1. El aspecto liberal de la concepción individual	92
2.3.2. La necesidad de un aspecto político-criminal: la función de llamada y de prevailecimiento del orden jurídico	96
Capítulo 3. Las estructuras fundamentales de la legítima defensa	107
3.1. Los elementos básicos y estructurales	107
3.1.1. La agresión antijurídica inminente	108
3.1.1.1. El concepto de acción agresiva	108
3.1.1.1.1. Los ataques realizados por animales	111
3.1.1.1.2. Los ataques realizados por personas jurídicas	113
3.1.1.1.3. Los actos internos, inconscientes, reflejos y derivados de la fuerza física irresistible	114
3.1.1.1.4. Las acciones imprudentes	116
3.1.1.1.5. ¿Puede la omisión constituir una agresión?	119
3.1.1.1.6. La agresión putativa y la tentativa irreal	123
3.1.1.1.7. ¿Agresión como acometimiento?	130
3.1.1.2. La antijuridicidad de la agresión: la agresión ilegítima	133
3.1.1.2.1. La antijuridicidad como desvalor de la acción y del resultado	134
3.1.1.2.2. ¿Antijuridicidad general o específicamente penal?	138
3.1.1.3. La inminencia de la agresión	140
3.1.1.3.1. El comienzo de la actualidad de agresión	141
3.1.1.3.1.1. La legítima defensa preventiva	145
3.1.1.3.1.2. El problema de las <i>offendiculas</i>	149
3.1.1.3.2. El final de la actualidad de la agresión	151
3.1.2. La respuesta necesaria y la respuesta necesaria proporcional	155
3.1.2.1. La necesidad abstracta de la defensa	156
3.1.2.2. La necesidad concreta de la defensa	157
3.1.2.2.1. La idoneidad de la defensa concretamente realizada	160
3.1.2.2.2. El principio de la menor lesividad posible al agresor	162
3.1.2.2.2.1. <i>Excursus</i> : el problema del empleo de armas de fuego o de medios de extrema peligrosidad	165
3.1.2.3. La cuestión de la proporcionalidad en sentido estricto	167
3.1.3. La intención defensiva	177

Capítulo 4. Fundamentos jurídicos de las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa	187
1. Las restricciones jurídicas basadas en razonamientos ético-sociales como fruto del principio general de necesidad	187
2. Las restricciones jurídicas basadas en razonamientos ético-sociales como fruto del concepto restrictivo de agresión ilegítima	192
3. Las restricciones jurídicas basadas en razonamientos ético-sociales como fruto de los principios regulativos generales	195
3.1. El principio de proporcionalidad: la prohibición de exceso	195
3.2. El principio de prohibición del abuso del derecho	196
3.3. El principio de exigibilidad	199
3.4. El principio de solidaridad	203
Capítulo 5. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal	207
1. Una cuestión metodológica previa fundamental: la definición de las restricciones ético-sociales	207
2. La neutralización de la víctima, el sistema del monopolio estatal y sus implicaciones en el derecho de legítima defensa	209
3. El poder del sistema penal neoliberal y el resurgimiento de la venganza privada	216
4. ¿Cómo legitimar el derecho penal y consecuentemente el derecho de legítima defensa? La reconstrucción del discurso penal a partir de la ética “universal” de los derechos humanos	227
5. Las directrices del derecho penal mínimo en la concreción de los límites ético-sociales del derecho de legítima defensa: una técnica de minimización de la violencia a partir del cumplimiento de los fines preventivos del derecho penal	231
6. Las directrices del derecho penal mínimo en la concreción de los límites ético-sociales del derecho de legítima defensa: una técnica de tutela de derechos fundamentales a partir del cumplimiento de los fines garantísticos del derecho penal	252
Capítulo 6. El ámbito de aplicación de las restricciones de carácter ético-social del derecho de legítima defensa	265

Jacson L. Zilio

1. La agresión no culpable o con culpabilidad substantialmente disminuida	265
A) la huida como forma de evitar la agresión	276
B) la posibilidad de buscar auxilio	279
C) causar el menor daño posible	281
2. La agresión provocada antijurídicamente por el agredido	282
3. La agresión insignificante	296
4. La agresión enmarcada dentro de relaciones de garantía. El problema de la defensa frente a la violencia doméstica	311
5. La agresión mediante amenaza constitutiva de chantaje	325
Capítulo 7. Dos supuestas aporías derivadas de las restricciones de carácter ético-social del derecho a la legítima defensa	337
1. La supuesta inconstitucionalidad de las restricciones ético-sociales frente al principio de legalidad penal	337
2. El argumento de “erosión de la dogmática de la legítima defensa”	342
Conclusiones	349
Índice bibliográfico	353

A mi familia, en especial
a mis padres y mi hermano

A memoria de Joaquín Herrera Flores,
filósofo y amigo que ha sido siempre
comprometido en la lucha por
un “otro mundo posible”

“Si se admite en general como moral la legítima defensa, deben también admitirse casi todas las manifestaciones del egoísmo llamado inmoral: se hace sufrir, se roba o se mata para sobrevivir o para protegerse, para prevenir la desgracia personal; se miente cuando la astucia y el fingimiento son el medio adecuado para la autoconservación. *Causar daño intencionadamente*, cuando se trata de nuestra existencia o seguridad (conservación de nuestro bienestar), se concede como moral; desde este punto de vista causa daño el Estado mismo cuando impone castigos. Naturalmente, causar daño inintencionadamente no es inmoral: aquí rige el azar. ¿Hay, pues, una especie de perjuicio intencionado cuando *no* se trata de nuestra existencia, de conservación de nuestro bienestar? ¿Hay un perjuicio por pura *maldad*, por ejemplo en el caso de la crueldad? Si no se sabe cuánto dolor produce un acto, este no es un acto de maldad; así, el niño no es perverso, malo, con el animal: lo investiga y lo destruye como si fuese uno de sus juguetes. Pero, ¿se *sabe* cada vez plenamente cuánto le produce a otro un acto? Eludimos el dolor hasta donde alcanza nuestro sistema nervioso: si llegara más lejos, hasta dentro de nuestros semejantes, no causaríamos ningún sufrimiento a nadie (salvo en los casos en que nos lo causaríamos a nosotros mismos, es decir, cuando nos cortamos por mor de nuestra curación, cuando nos esforzamos y afanamos por mor de nuestra salud). *Concluimos* que algo le produce dolor a otro por analogía, y es posible que a nosotros mismos nos haga daño por el recuerdo y la fuerza de la fantasía. Pero, ¿qué diferencia hay entre el dolor de muelas y el dolor (compasión) que provo-

ca ver a alguien con dolor de muelas! Por consiguiente: al causar daño por así llamada *maldad*, siempre nos es desconocido el *grado* de dolor infligido; pero en la medida en que en el acto se produce un *placer* (sentimiento del propio poder, de la intensa excitación propia), el acto tiene por causa la conservación del bienestar del individuo y cae, por tanto, bajo un punto de vista análogo al de la legítima defensa o la mentira por fuerza mayor. Sin placer no hay vida; la lucha por el placer es la lucha por la vida. Si el individuo libra esta lucha de modo que los hombres le llamen *bueno* o de modo que le llamen *malo*, es algo sobre lo que deciden el nivel y la idiosincrasia de su *inteligencia*". (Nietzsche, Friedrich Wilhelm, *Humano, demasiado humano. Un libro para espíritus libres*, vol. 1, Akal, Madrid, 2007, ps. 92-93).

Nota preliminar

Este libro constituye mi Tesis Doctoral que bajo el mismo título y dirección del profesor doctor Francisco Muñoz Conde, defendí en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla el 21 de febrero de 2011. El Tribunal que la juzgó estuvo presidido por el profesor doctor Diego Manuel Luzón Peña y compuesto por los profesores doctores Ángel José Sanz Morán, Elena Núñez Castaño, Paulo César Busato, como vocales y Juana del Carpio Delgado, como secretaria. Por unanimidad, el Tribunal otorgó la máxima calificación de *Sobresaliente Cum Laude*. Agradezco, otra vez más, la amabilidad y respeto a mi dispensados y las recomendaciones y observaciones que siguen incorporadas en esta publicación.

Además, siento gratitud a todos los Profesores de la Universidad Pablo de Olavide y del doctorado Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología, en especial a Dra. Carmen López Peregrin, Dra. Juana Del Carpio Delgado, Dra. Pastora García Álvarez, Dr. Alfonso Galán Muñoz, Dra. Carmen Gómez Rivero, Dra. Elena Núñez Castaño, Dra. Valle Sierra López y Dr. Ignacio Anitúa.

También mis compañeros penalistas brasileños, Dr. Fábio André Guaragni, Dr. Francisco Neves Júnior, Dr. Juarez Cirino dos Santos, Dr. Paulo Cesar Busato y Dr. Alexandre Ramalho de Farias. En Brasil, doy gracias al Ministerio Público do Estado do Paraná, pues sin la ayuda material y humana difícilmente yo podría seguir con mis pretensiones académicas.

A mis queridos compañeros del doctorado, Priscila Costa Martins, Mário Luís Lírio Cipriani, Luís Wanderley Gazoto y Larissa Souto Mayor de Oliveira, de Brasil, Natalia Mora Navarro y Johana Pesantez Benítez, de Ecuador, Alberto González Herrera, de Panamá, Ana Nogueira Dias, de Portugal, Dailys Uriarte Quesado, de Nicaragua, Carmen Martínez Perza y Raquel Del Alamo Rosa, de España, Lino Mancini, de Italia, Cesar Alejandro Osorio Moreno, de Colombia y

Jacson L. Zilio

Ezequiel Crivelli, de Argentina, por los buenos recuerdos de Sevilla y por los estímulos que siempre me han dado.

Naturalmente, a la penalista y querida amiga Doctora Silvia Martínez Cantón, hoy magistrada en España, por la amistad verdadera durante todos estos bellos años de España.

A socióloga argentina Rosana Paula Rodríguez, por sus correcciones y su “tentativa” de hacerme ver la aplicación machista del derecho penal en la legítima defensa frente a la violencia doméstica.

A mis amigas y mis amigos de la Residencia Universitaria Flora Tristán, latinoamericanos, africanos y europeos, que compartimos este espacio de libertad, democracia y diversidad cultural.

A Patricia Trento Rost y todos mis amigos, por la inmensa paciencia que tienen conmigo y con mi tesis doctoral.

Finalmente, a mi querido y admirado maestro, el penalista profesor Dr. Francisco Muñoz Conde, a quien ahora dedico este libro, por su permanente dedicación, su generosidad y su incomparable magisterio, que es fruto de sus valores absolutamente democráticos.

Prólogo

De todas las posibles causas que pueden justificar que, en determinadas circunstancias, un ciudadano común pueda cometer un hecho tipificado en la ley como delito, sobre todo cuando se trata de un delito contra la vida o la integridad corporal, es sin duda la legítima defensa una de las más problemáticas. Desde los tiempos de la auto-composición o la autoayuda, en los que el perjudicado por el delito tenía el derecho a tomarse la justicia por su mano y ejercer la venganza privada para defender sus bienes jurídicos más preciados (principalmente su vida, su integridad física, su propiedad), se ha pasado a una concepción restrictiva del derecho a la defensa, que sólo en casos excepcionales admite que el individuo agredido ilegítimamente y en peligro inminente de perder sus bienes más preciados pueda defenderse hasta el punto de incluso matar al agresor.

Esta evolución es sin duda una consecuencia de la evolución de una concepción del Estado que ha asumido, a través de sus instituciones, la defensa de los derechos individuales, monopolizando el ejercicio legítimo de la violencia, reduciendo la reacción coyuntural y espontánea, muchas veces puramente emocional e irreflexiva, del individuo.

Esta “neutralización de la víctima”, en palabras de Winfried Hassemer, no ha sido, sin embargo, tan amplia como para impedir que ésta no pueda, en determinadas circunstancias extremas, defenderse, cuando por las razones que sean el Estado no puede ofrecerle la protección suficiente. Pero los presupuestos jurídicos fijados casi universalmente para el ejercicio de ese derecho: agresión ilegítima, necesidad de la defensa y falta de provocación por parte del que se defiende, dejan un amplio margen para su interpretación y su aplicación al caso concreto. El principio de proporcionalidad entre la gravedad del ataque y la reacción del agredido, fundamental en otra importante causa de justificación como el estado de necesidad, no despliega toda su eficacia en el ámbito de la legítima de-

Jacson L. Zilio

fensa, en donde cabe, por ejemplo, que una mujer a punto de ser violada pueda para salvar su libertad sexual matar a quien intenta violarla.

Por otra parte, la admisión de la llamada defensa preventiva como una forma de prevenir peligros futuros de no inminente realización, extiende el derecho de la víctima a unos límites que prácticamente legitiman cualquier reacción frente a lo que pueda ser un peligro futuro, pero no actual. Y aún más lo extiende cuando la agresión ya ha cesado, por ejemplo cuando el ladrón huye sin conseguir su propósito, y el que fue agredido actúa en venganza de la agresión que acaba de sufrir.

La conocida frase “el derecho no tiene por qué ceder ante la injusticia” llevada hasta sus últimas consecuencias puede ser la expresión más evidente de un *summum ius, summa iniuria*, que provoque un “abuso de derecho” bajo el venerable manto de la legítima defensa.

A todo ello se añade la realidad de una inseguridad ciudadana que en algunos países se ha convertido en una verdadera amenaza para muchos individuos que no ven otra salida ante esta situación que la de ir armados, o la de unirse en grupos de autodefensa casi militares o parapoliciales.

Las teorías jurídicas elaboradas hasta la fecha son bastante contradictorias a la hora de interpretar y aplicar los presupuestos legales de la legítima defensa a los casos más extremos y conflictivos, y muchas de ellas están influidas por la sensibilidad cultural y la realidad económica y social de los países respectivos donde han sido elaboradas.

Ante esta situación la propuesta que hizo Claus Roxin a mediados de los años 70 del pasado siglo de introducir en el ámbito de la legítima defensa criterios ético sociales que sirvan también de límite en la interpretación de los requisitos fijados legalmente, supuso un importante avance en esta materia.

Y este fue precisamente el objetivo principal de la tesis de Jacson Luiz Zilio, que tuvo la satisfacción de dirigir y que obtuvo la máxima calificación académica. La principal aportación de Jacson Zilio a esta materia es referir estas restricciones ético sociales a los fines preventivos y garantísticos, que son los rasgos más relevantes del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Ello le lleva, por ejemplo, a restringir el derecho de defensa frente a agresiones de inimputables (principalmente menores de edad), bien aconsejando la huida, ofreciendo una resistencia puramente disuasoria o incluso asumiendo el riesgo de pequeños daños. Y lo mismo propone para el caso

del provocador cuando es agredido de forma desproporcionada por el que fue provocado. Jacson Zilio no cuestiona en estos casos la necesidad de la defensa, sino simplemente procura destacar que la defensa en estos casos debe ser permitida cuando la misma se corresponde con los fines preventivos y al principio de intervención mínima del derecho penal, es decir, cuando sea una forma adecuada para prevenir el ataque con el menor daño posible para el agresor.

También con ayuda de los criterios ético sociales puede limitarse el ejercicio de la violencia en el ámbito de la violencia familiar o parafamiliar. En este ámbito, siempre cargado de una fuerte presión emocional, la respuesta violenta frente a agresiones de maltrato o simplemente verbales puede llevar a la muerte del miembro de la pareja o familiar maltratador, incluso en situaciones no confrontacionales, por ejemplo, mientras ésta durmiendo. El que en estos casos no esté justificada la violencia ejercida, no excluye la posibilidad de apreciar algún tipo de eximente o atenuante ante la lógica perturbación emocional de la persona que sufre la agresión. En situaciones de este tipo, igual que las de las llamadas “defensa putativa”, en las que una percepción deformada de la realidad por parte del supuesto agredido le hace reaccionar frente a lo que considera equivocadamente como una agresión, es conveniente también utilizar la distinción entre justificación y exculpación, desplazando el problema en casos de dudosa legitimidad de la defensa al ámbito de la exculpación, total o parcial, aunque también aquí los criterios de distinción son poco claros debido a la mezcla de datos objetivos y subjetivos que hay que tener en cuenta.

Un supuesto límite interesante en el que Jacson Zilio aplica su concepción de las restricciones ético sociales es el caso en el que el chantajeado reacciona contra el chantajista, que le amenaza bajo exigencia de dinero con revelar sus relaciones extraconyugales. Jacson Zilio admite la reacción defensiva del chantajeado para defender su derecho a la intimidad y a la libertad, pero no hasta el punto de admitir el empleo de una violencia contra el chantajista que ponga en peligro su integridad física o incluso su vida.

A través de estos y otros ejemplos extraídos de la abundante casuística que ofrece la legítima defensa, Jacson Zilio procura concretar las restricciones ético sociales en un doble sentido: por un lado, minimizando la violencia privada a límites compatibles con los fines preventi-

Jacson L. Zilio

vos del Derecho penal; y, por otro, orientado la solución de los casos en la tutela de los derechos humanos (sobre todo el derecho a la vida y a la integridad física), de los que también el agresor es titular y de los que no puede ser privado legítimamente salvo en supuestos excepcionales, que no sólo deben solucionarse de un modo compatible con los requisitos fijados legalmente, sino también conforme a los criterios ético sociales de una concepción democrática y humana de la convivencia social.

Esta postura me parece tanto más encomiable en cuanto el autor de esta obra, además de un excelente docente e investigador universitario, es miembro del Ministerio fiscal en un país, Brasil, en el que la violencia y la inseguridad ciudadana han llegado a extremos verdaderamente preocupantes. Ante esta situación, el control y la limitación de la violencia privada es una tarea fundamental del Estado que a través del derecho penal puede ejercer también una importante labor pedagógica, mostrando al ciudadano que el recurso a la violencia para defender sus derechos debe ser un recurso extremo, al que debe renunciar cuando haya otras formas de solución del conflicto, o éste no suponga un peligro grave para sus bienes jurídicos más preciados. Claro que ello implica también que por parte del Estado se dote a sus instituciones de los adecuados y eficaces instrumentos preventivos, reduciendo de paso la violencia estructural generadora de las desigualdades económicas y sociales que están en el fondo de buena parte de la violencia privada. Mientras tanto, tesis como la del Dr. Jacson Zilio pueden servir para delimitar mejor el complejo mundo de la legítima defensa, haciendo compatibles los requisitos legales de la misma con el sentido ético social que debe presidir en todo momento la Política criminal de un Estado social y democrático de derecho: la reducción de la violencia privada y el respeto de los derechos humanos fundamentales

Sevilla 24 de diciembre del 2012
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho penal

Índice de abreviaturas

ADPCP	= Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
art.	= artículo
Cfr., cfr.	= Confróntese, confróntese
coord.	= coordinador, coordinación
CP	= Código penal
CDJP	= Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
CPC	= Cuadernos de Política Criminal
dir.	= director
DP	= Doctrina Penal
ed.	= edición, editor
et alii	= y otros
etc.	= etcétera
LL	= La Ley
NDP	= Nueva Doctrina Penal
NCLR	= New Criminal Law Review
n°, n°	= número, números
op. cit.	= obra citada
p., ps.	= página, páginas
PC	= Poder y Control
reimp.	= reimpresión
RDP	= Revista de Derecho Penal
RDPC	= Revista de Derecho Penal y Criminología
REJ	= Revista de Estudios de la Justicia
RP	= Revista Penal
s., ss.	= siguiente, siguientes
t., ts.	= tomo, tomos
trad.	= traducción
Vid.	= véase
VLR	= Virginia Law Review
vol., vols.	= volumen, volúmenes

Introducción

La legítima defensa como causa de justificación de la realización de un tipo penal es una de las categorías de la teoría general del delito más universalmente aceptada. Esto se explica básicamente por dos razones: la primera, porque la legítima defensa representa una de las causas de justificación más antiguas y más fuertemente arraigada en el sentimiento jurídico del pueblo; la segunda, porque en las regulaciones legales desarrolladas sobre la idea de legítima defensa son bastante similares en el ámbito del derecho comparado.

Actualmente, casi todos los juristas del mundo están de acuerdo en señalar que el derecho a la legítima defensa, como causa de justificación del tipo de injusto, debe contener, como elementos básicos y estructurales una (a) agresión antijurídica inminente, una (b) respuesta necesaria y proporcional a la agresión y una (c) intención defensiva¹.

No obstante, la ausencia de opiniones contrapuestas es solamente aparente. Aparte de los numerosos problemas existentes en el ámbito del tipo de injusto, que son relevantes al estudio del derecho a la legítima defensa, como son ejemplos la cuestión del error, del contenido de la antijuridicidad, de los límites entre justificación y exculpación, la mayor dificultad reside en dotar a esta categoría de límites claros y concretos.

En este sentido, aunque sin un consenso en muchas situaciones-límite, generalmente desconocidas de las regulaciones

¹ Fletcher, George P., *En defensa propia (Sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín, Valencia, Tirant lo blanch, 1992, p. 53; *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 200. Incluso esta estructura básica es aceptada como válida en el derecho penal internacional moderno, si se reinterpreta el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas a partir de la noción francesa de *légitime défense*. Véase, en este sentido, recientemente, Fletcher, George P., Ohlin, Jens D., *Defendiendo a la Humanidad. Redefiniendo a la legítima defensa en el derecho internacional*, 1° ed., trad. de Sandra Mariel Eugeni, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

legales, la doctrina penal actual está conforme en la admisión del derecho a la defensa y de la necesidad de rodearlo de ciertos límites y restricciones. La cuestión discutida reside especialmente en el contenido de tales limitaciones, porque en el ámbito de las justificaciones los intereses individuales y sociales están casi siempre en abierta lucha y, por eso, las soluciones deben ser precisas.

La razón de la limitación del derecho a la legítima defensa parece hoy clara: si incluso los derechos fundamentales más relevantes del ser humano son objeto de limitación por parte del Estado de derecho (el único derecho absoluto es la prohibición de tortura y en muchos países, aunque no en todos, de la pena de muerte), es lógico que también un tema tan sensible como la legítima defensa no merezca un tratamiento excepcional². De ahí surge el motivo por lo cual muchos penalistas han trabajado incesantemente en la construcción de una teoría de las limitaciones ético-sociales, para marcar con precisión estos límites entre la autoridad estatal y el derecho individual del individuo a protegerse a sí mismo³.

² Sobre la prohibición de la tortura como derecho absoluto, véase Roxin, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, trad. de Justa Gómez Navajas, en *NDP*, n° 2004/B, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, ps. 549-558. También Muñoz Conde, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, ps. 132-133.

³ Fletcher, George P., *En defensa propia*, *op. cit.*, p. 51, reconoce esta dificultad: “No hay una regla jurídica simple que marque con precisión los límites entre la autoridad estatal y el derecho del individuo a protegerse a sí mismo. La simple formulación del problema plantea ya un amplio debate sobre los valores que sirven de fundamento al sistema jurídico”. Valga de ejemplo sobre la necesidad de imponer límites precisos al derecho a la legítima defensa, el caso Goetz, que sirve de base al libro de Fletcher. El caso Goetz, narrado con detalle por el penalista norteamericano, se trataba de un hecho ocurrido el 22 de diciembre de 1984, en que un individuo blanco, llamado Goetz, disparó en un vagón del Metro de New York contra cuatro jóvenes de raza negra que le habían pedido que les diera cinco dólares. Aunque dos de los jóvenes quedaron gravemente heridos, uno de ellos en coma irreversible, los miembros del jurado popular declararon que Goetz era inocente, en reconocimiento de la tesis de la defensa que se basaba en el argumento de que los disparos fueron realizados en legítima defensa. También recientemente el profesor Muñoz Conde, Francisco, *Putative self-defense: a borderline case between justification and excuse*, en *NCLR*, vol. 11, n° 4, 2008, ps. 590-614, sostiene la necesidad de limitación clara del derecho a la legítima defensa: “Un derecho a la legítima defensa correctamente delimitado es fundamental para la formación de ciudadanos civilizados respetuosos de las leyes. En los tiempos actuales de creciente sensación de inseguridad que en ocasiones exige la intervención de falsos ‘vengadores de justicia’, acciones sociales de grupo, y ciudadanos deseosos de conver-

La posición doctrinal dominante sostiene que la reacción de la legítima defensa frente a la agresión antijurídica ha de tener como presupuesto la protección de un bien jurídico o derechos (la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, la honra, etc.). Por tanto, significa decir que no hay restricciones ex ante en lo que se refiere a los bienes susceptibles de defensa, porque esta fundamentación considera defendibles todos los bienes y derechos. Así pues, la cuestión central de la limitación estaría más en la necesidad de defensa del bien que en el recorte de los bienes que deben ser defendidos⁴.

Pero, por otra parte, se intenta restringir esta amplitud por medio de correctivos a los casos más evidentes de desproporcionalidad de la defensa. De ahí se deduce que todos los bienes y derechos serían defendibles, pero solamente en principio: determinadas agresiones a ciertos bienes o derechos pueden ser defendidos en legítima defensa, pero no con toda la amplitud dada por la doctrina dominante, sino sometidos a algunas restricciones ético-sociales. Es decir, aunque como medida de excepción, hay ciertas limitaciones que corrigen la ausencia del principio de la proporcionalidad entre el bien jurídico agredido y el bien jurídico sacrificado con la defensa.

Estas limitaciones serían mandatos imperativos de la ética social, derivados de los intereses estatales y de las implicaciones político-criminales en cuestión, que obligarían al defensor a tomar una especial consideración hacia el agresor. En otras palabras, serían los principios generales regulativos los que limitarían eficazmente el derecho a la legítima defensa (piénsese, por ejemplo, en los principios de responsabilidad social, prohibición de abuso del Derecho, ponderación de intereses, etc.).

En realidad, son muchas las concepciones que rodean el derecho a la defensa individual de restricciones ético-sociales. Así, pues, es

tirse en el 'sheriff del condado' para proteger a la joven indefensa que está a punto de ser asaltada por un grupo de bandidos, es importante demarcar con precisión los límites entre lo justificado y lo ilícito, lo legal y lo ilegal". Hay una versión en español titulada *Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa*, trad. de María Verónica Yamamoto, en *REJ*, n°11, Santiago de Chile, Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009, ps. 13-34.

⁴ *Vid.*, en este sentido, la posición de Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1981, p. 469.

posible decir que las concepciones de limitación al derecho a la legítima defensa pueden ser correctamente agrupadas en tres grandes grupos:

1. Limitaciones ético-sociales fundamentadas en el principio de necesidad, como idea básica del derecho a la legítima defensa;

2. Limitaciones ético-sociales fundamentadas en los principios regulativos generales de restricción a la defensa necesaria, como los principios de proporcionalidad, ponderación de bienes, intereses o valores, prohibición del abuso del derecho, exigibilidad, adecuación o responsabilidad social;

3. Limitaciones ético-sociales fundamentadas en los principios básicos constitutivos, limitadores e informadores de tal derecho, o sea, en los principios de la protección individual y prevaecimiento del Derecho.

Además, el ámbito de la causa de justificación del derecho a la legítima defensa también puede ser restringido mediante otros argumentos no menos importantes y contundentes:

a) *De lege ferenda*, por la creación de una norma preceptiva basada en la idea antigua de que no todos los bienes jurídicos son susceptibles de defensa, pidiendo que el legislador determine cuáles son los bienes taxativamente pasibles de defensa;

b) *De lege lata*, en los casos de silencio del legislador y del derecho positivo, aplicando la idea según la cual todos los bienes jurídicos son susceptibles de defensa, pero no legítimamente cuando es posible la defensa por otras normas (aquí, por ejemplo, sería el caso específico de actuación del principio penal de la intervención mínima);

c) Finalmente, también *de lege lata*, por la concepción que exige que la agresión sea derivada de una conducta antijurídica y culpable (o quizás también punible), porque así los casos de falta de culpabilidad o de ataques insignificantes estarían excluidos de la justificación.

De una o de otra manera, lo cierto es que el derecho a la legítima defensa impone la necesidad de limitación racional, quizás por la propia “importancia y transcendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso se niega al Estado (por ejemplo, matar a otra persona)”, como señala correctamente Muñoz Conde⁵.

Todo esto son tareas que incumbe principalmente a la doctrina penal. Si la doctrina penal no avanza en definir los contornos exactos y preci-

⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 4º ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2007, p. 116.

sos de la eximente, de un modo que preserve el monopolio estatal de la violencia, el nivel de inseguridad puede conducir a la sociedad al estado de naturaleza y terror. Pues la ausencia de límites concretos al poder punitivo destruye el Estado de derecho y la democracia constitucional.

Esta ausencia de regulación estatal ya es muy visible en puntos concretos como es la defensa del bien jurídico patrimonio, en que hoy son “normales” soluciones absolutamente injustas. Por ejemplo, las que permiten al propietario matar al ladrón que escapa con lo robado, sin considerar la ponderación entre la vida y la propiedad y sin ponderar otras posibilidades de protección del bien⁶. Una solución así, empero, aunque sea dogmáticamente defendible, ofende los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho. *A fortiori*, la conocida fórmula hegeliana expresada por “el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, *per se*, sin inserción de diques de contención del poder punitivo particular, desvirtua la esencia, el sentido y la finalidad del derecho penal. Por un lado, porque justifica la ausencia de proporcionalidad (que el bien que se lesiona sea de menor valor que el que se quiere salvar) y de subsidiariedad (que la defensa es lícita aunque quepa huir,

⁶ Esta situación extrema de supervalorización excesiva del principio de defensa del Derecho es criticada por Roxin, Claus, *Las “restricciones ético-sociales” al derecho de legítima defensa*, en *CPC*, n° 17, trad. de José Manuel Gomez Benitez, Madrid, Edersa, 1982, p. 318: “la muerte intencionada de un ser humano no puede estar justificada más que para salvar una vida humana directamente amenazada”. Este artículo fundamental de Roxin se puede leer también en italiano y portugués. Véase, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale*, trad. de Stefano Fiore, Antonio Cavaliere y Francesco Schiaffo, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996; *Problemas fundamentais de direito penal*, trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma y Ana Isabel de Figueiredo, 3° ed., Lisboa, Vega, 1998. En este sentido, véase también Iglesias Río, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, Comares, 1999, p. 170. Para un análisis histórico, véase Siciliano, Domenico, *Sobre el homicidio en legítima defensa del patrimonio en el Derecho penal alemán, o bien acerca de la remoción de la Ilustración y de sus consecuencias*, en *CDJP*, n° 20/21, trad. de Pablo D. Eiroa, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, ps. 423-469. Sobre los límites de defensa del patrimonio, véase Moccia, Sergio, *Tutela penale del patrimonio e principio costituzionali*, Padova, CEDAM, 1988, ps. 77-110. En la jurisprudencia alemana, sobre el caso del ladrón de frutas, véase Eser, Albin, Burkhardt, Björn, *Strafrecht 1. Schwerpunkt. Allgemeine Verbrechenselemente*, München, Verlag C. H. Beck, 1992. Hay una versión en español, *Derecho penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Editorial Colex, 1995, ps. 211-231.

llamar a terceros, etc.). Por otro lado, porque genera abusos y violación del principio de la mínima lesión posible al agresor, fomentando la violencia como en los antiguos tiempo de venganza y justicia privada (en definitiva, la quiebra del monopolio estatal de la fuerza).

En efecto, por este camino, seguramente el derecho penal pierde la *razón de existir* en el seno del Estado social y democrático de Derecho: contener racionalmente, mediante un saber discursivo sistematizado en principios, los abusos y violencias del poder punitivo, publico (estatal) o privado (ciudadano). Significa, en otras palabras, que el derecho penal de la legítima defensa liberal está cada vez más distante de una finalidad democrática consistente en la protección de bienes jurídicamente relevantes, bajo la idea rectora de la mínima intervención (*ultima ratio*). Pues si el propio Estado renuncia al uso de la pena en situaciones problemáticas, no tiene sentido que el particular pueda utilizar un camino distinto.

De todos modos, no se trata aquí de hacer una analogía entre legítima defensa y pena. Se trata de una analogía de dos formas reales y sociales de violencia expresadas siempre por un poder punitivo que no necesariamente es estatal (poderes salvajes, por ejemplo). A fin de cuentas, si el principio democrático de intervención mínima sirve para reducir la violencia del poder punitivo, incluso en el seno del sistema de justicia penal estatal, con mucha más razón y sentido debe aplicarse también a los casos de violencia privada desmesurada.

El garantismo penal, como expresión del paradigma de la democracia constitucional y como técnica de protección de la ley del más débil, es decir, como aparato de tutela de los derechos fundamentales, debe extenderse frente a todos los poderes existentes, no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes privados (los poderes salvajes), como enseña Ferrajoli⁷.

En las líneas que siguen serán analizados bien detalladamente los problemas de los límites ético-sociales del derecho a la legítima defensa en los casos más especiales y problemáticos: agresión de personas no culpables, agresión provocada antijurídicamente por el agredido,

⁷ *Vid.*, por ejemplo, Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. de Perfecto Ibáñez *et alii*, Madrid, Trotta, 2008; *Derechos y garantías*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppe, 5º ed., Madrid, Trotta, 2006; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*, 7º ed., Madrid, Trotta, 2005; *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Geraldo Pisarello *et alii*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

agresión insignificante, agresión enmarcada dentro de relaciones de garantía y agresión mediante amenazas constitutivas de chantaje. A partir de criterios objetivos y concretos se intentará evitar la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación en las decisiones judiciales. En definitiva, la única razón práctica de existir de la dogmática está justamente en tornar previsible y claras estas decisiones judiciales, es decir, la dogmática debe ser una pragmática idónea para tornar efectiva la solución final de los casos penales analizados⁸.

En lo que se refiere a la forma y al contenido de las limitaciones, esta investigación adopta, como punto de partida, el garantismo penal y la teoría del doble fundamento, dejando de lado los principios generales regulativos difíciles de concretar y que provocan inseguridad jurídica en la aplicación del derecho penal. Pero tampoco se asume aquí un modelo conceptual clasificatorio.

Las soluciones que aquí se proponen actúan conjuntamente con dos corrientes no contrapuestas.

Por una parte, atribuyendo a las categorías de la teoría del delito una proyección de consideraciones teleológicas, como instrumento orientado al cumplimiento de los fines preventivos y garantísticos atribuidos al derecho penal (un sistema orientado a los fines preventivos de la pena, a los fines de intervención mínima y a los fines garantísticos)⁹. Un sistema, por tanto, *garantista de la ley del más débil*, es decir, de protección de los derechos fundamentales derivados de la idea de democracia constitucional.

⁸ En este sentido es la dogmática del pensamiento sistemático de Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez de la 11^o ed. alemana, 4^o ed. castellana, Santiago del Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 1: “Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberal a su aplicación del acaso y de la arbitrariedad”.

⁹ En sentido Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, ps. 46-57, sacaba de la teoría de la norma penal la función de prevención (motivar comportamientos en los individuos) y el principio de intervención mínima (la norma penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad). Actualmente, una similar propuesta presenta Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 373, consistente en reconocer que la orientación funcional o teleológica del sistema sólo puede tener lugar a través de la medición de la teoría de las normas jurídico-penales, que constituyen un instrumento esencial del que se “sirve el Derecho penal para el cumplimiento de los fines preventivos y garantísticos” que justifican su intervención.

Por otra parte, también mediante la unión armónica de los principios de la protección individual (tutela de los derechos fundamentales individuales) y del prevalecimiento del Derecho (reafirmación de los valores de la democracia constitucional), como fundamentos complementarios que se relacionan y se compensan mutuamente.

En efecto, estos fundamentos de garantía de los derechos fundamentales aportan datos concretos y seguros para que la dogmática jurídico-penal contribuya a la resolución justa y satisfactoria de muchos casos-límite existentes, en los cuales, aunque existan la necesidad de la defensa, no deben ser permitidas reacciones bajo la justificación del derecho a la legítima defensa. No se trata, por tanto, de necesidad de defensa, sino de permisión o legitimidad de la defensa.

Así, por ejemplo, basándose en esto, se puede decir que no cabe legítima defensa para repeler actos de inimputables, aunque exista necesidad de defensa, porque la función de prevención general por medio de la intimidación o refuerzo de la vigencia de la norma no tiene el menor sentido frente a la persona no culpable, pues éste no puede comprender el sentido antijurídico de su acción. Pero también porque las necesidades preventivas son graduables y, en el caso de agresiones de personas sin culpabilidad (o culpabilidad disminuida) existe una necesidad aminorada de protección del ordenamiento jurídico¹⁰. Por tanto, este planteamiento muestra que la legítima defensa viene limitada también por consideraciones de aspectos político-criminales, que aumentan la previsibilidad de un resultado satisfactorio¹¹.

En suma, la propuesta que se hace en esta tesis es delimitar la función y el alcance del derecho a la legítima defensa a partir de los principios penales determinados por el Estado social y democrático del derecho, y limitarlo, con la conjunción de (i) los fundamentos individual y supraindividual y con (ii) los principios político-crimi-

¹⁰ *Vid.* Luzón Peña, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1º ed., Barcelona, Bosch, 1978. Hay la 2º ed. de este libro, aquí utilizada, publicada en Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 209. Cfr. también Iglesias Río, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 93.

¹¹ Esta línea político-criminal de traslado de los fines preventivos de la pena criminal a los fines preventivos de la legítima defensa está clara en Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Thomson Civitas, 2003, ps. 608-609. Cfr. Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, ps. 64-70.