

UN CASO LIMITE ENTRE JUSTIFICACION Y EXCULPACION: LA LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA*

Francisco Muñoz Conde**

I. Introducción al problema: la distinción entre justificación y exculpación y entre error de tipo y error de prohibición; II. Legítima defensa y estado de necesidad: la cuestión de la proporcionalidad y la culpabilidad del agresor en legítima defensa; III. Algunos casos de legítima defensa putativa; IV. Las teorías; V. La jurisprudencia tradicional española; VI. El estándar de la persona razonable; VII. ¿Razonable para quién?; VIII. La creencia subjetiva irrazonable del autor como causa de exculpación total o parcial.

I. INTRODUCCION AL PROBLEMA: LA DISTINCION ENTRE JUSTIFICACION Y EXCULPACION Y ENTRE ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION

En ocasiones, a los problemas del lenguaje se suman equívocos procedentes de diferencias conceptuales de naturaleza filosófica. Así, por ejemplo, aunque los términos legales pueden prestarse a la traducción, los equívocos entre los juristas crean obstáculos para la armonización de las culturas jurídicas. Un buen ejemplo de ello puede verse en el par conceptual de los términos alemanes “Rechtfertigung” y “Entschuldigung”, que se pueden traducir con bastante claridad al inglés como “justification” y “excuse” y al español como “justificación” y “exculpación”. No obstante, dos juristas ingleses han señalado que “cuando el marco conceptual es claro puede ser de utilidad como modelo, pero si observamos detenidamente podemos encontrar que sus elementos se superponen entre sí de una forma que perjudica, en última instancia, la claridad analítica a la cual la doctrina aspira”¹. Sin embargo, George P. Fletcher y Albin Eser han resaltado la utilidad de esta distinción como base para una teoría general del Derecho penal

* Traducción del original en inglés de María Verónica Yamamoto; publicado originalmente en *New Criminal Law Review*, Vol. II, Número 4, 590-614. ISSN: 1933-4192, electronic ISSN: 1933-4206. © 2008 Copyright by the Regents of the University of California.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Una parte de este artículo fue traducida al inglés por Luis E. Chiesa, Profesor Asociado de Derecho Penal en la Pace University de Nueva York. Estoy en deuda con Luis Chiesa por haberme ayudado a preparar la versión en inglés y por sus valiosas sugerencias. El texto en su versión inglesa fue presentado como ponencia en el Symposium sobre Victimología que tuvo lugar en la Pace University en abril del 2008. La presente versión, traducida al español con especial maestría por M. Verónica Yamamoto, se dedica en emocionado recuerdo al gran penalista chileno Juan Bustos Ramírez.

¹ Nicola Lacey & Celia Wells, *Reconstructing Criminal Law: Critical Perspectives on Crime and the Criminal Process*, 2da. ed. 1998, 53. En general los juristas ingleses están en contra de esta distinción; ver, p.e. J.C. Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, 1989 (también J.C. Smith & Brian Hogan, *Criminal Law*, 7ma. ed., 1992, 187-88) y Michael Jefferson, *Criminal Law*, 6ta. ed., 2003 (“la distinción es un instrumento para el análisis”).

que sea aplicable, en principio, a todas las culturas jurídicas.²

Desde luego, esta distinción permite ilustrar bastante bien la distinta naturaleza de las eximentes de la responsabilidad penal.

Las causas de justificación conciernen a la juridicidad de una conducta que nominalmente quebranta el orden jurídico. En ellas se incluyen la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento, y el uso de la fuerza para hacer cumplir los preceptos jurídicos. Nadie tiene derecho a defenderse frente a un acto justificado y, asimismo, los terceros están autorizados a colaborar con el que actúa justificadamente.

Las causas de exculpación, como la demencia, la intoxicación involuntaria, la coacción, o el error de prohibición, implican sólo la ausencia de responsabilidad personal del autor por el acto ilícito.³

Algunos sistemas penales, en particular el alemán y el español, desarrollan esta distinción como fundamental para explicar los elementos básicos de la responsabilidad jurídicopenal. Las cosas se complican, sin embargo, cuando pensamos en la cuestión de cómo resolver los casos de la llamada justificación putativa, esto es, los errores acerca de los elementos fácticos concurrentes en la justificación. El modo en que deba tratarse esta clase de errores es bastante discutido tanto en la teoría, como en la práctica.

El Código Penal español de 1995 no contiene regulación legal del problema. Algunos sistemas como el francés y el anglo-americano, que han mostrado poca preocupación en elaborar la distinción entre justificación y exculpación así como en explorar sus implicaciones, tratan la justificación putativa como una auténtica causa de justificación. En este sentido, el Código Penal Modelo norteamericano ha adoptado la tesis de que la legítima defensa putativa debe ser tratada exactamente igual que la legítima defensa real: si el autor cree que está siendo atacado o que el empleo de la fuerza es inmediatamente necesario para repeler el ataque, entonces el uso de la fuerza estará justificado.⁴ Esta es también la postura tradicional asumida por el Tribunal Supremo español.⁵ A su vez, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica alemanas sostienen que la justificación

² Véase en general Albin Eser & George Fletcher eds., *Justification and Excuse: Comparative Perspectives*, 1987; id., Introduction, I-13.

³ Acerca de esta distinción en el derecho penal anglo-americano, véase en general Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 4ta. ed. 2006, 221-32 y especialmente George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, 73-92 (traducción al español de Francisco Muñoz Conde, *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, 1997); *Rethinking Criminal Law*, 1978, 799-800; *The Right and the Reasonable*, 1985, 98 Harv. L. Rev. 949 (así como también Eser & Fletcher, supra nota 2, 68-119, traducción al español de Paula Busato & Francisco Muñoz Conde, *Lo justo y lo razonable*, 2006).

⁴ Véase Fletcher, *Basic Concepts*, supra nota 3, 88, 161-62.

⁵ Véase infra, sección V.

putativa niega el dolo y, por analogía, aplican las reglas del error de tipo⁶ a los errores que versan sobre los elementos fácticos de la justificación. En cambio, para Fletcher en los casos de justificación putativa, cuando el error es razonable, lo correcto es considerarlos como casos de exculpación.⁷ De esta forma, la agresión del defensor putativo continúa siendo antijurídica y es posible asimismo conceder a terceros el derecho a defenderse de alguien que erróneamente cree, razonable o irrazonablemente, que es víctima de una agresión.

En mi opinión, el estándar de “una persona razonable en la posición del autor” es un elemento del concepto de injusto o ilicitud y deber ser utilizado para resolver no sólo los problemas que se presentan en los casos de tentativas inidóneas, sino también en los que concurre una justificación putativa.⁸ La estrategia de este argumento consiste, como dice Kent Greenawalt, en desplazar el eje de análisis: de la cuestión acerca de si está justificada la invasión a los intereses de la víctima, hacia otra cuestión: la de si el riesgo que el autor asumió –sin considerar el impacto en la víctima- fue razonable y, en consecuencia, justificado.⁹

Esta postura no significa que el único requisito para que la justificación proceda sea la creencia subjetiva basada en la buena fe del autor, sino que las creencias subjetivas y consecuentes reacciones del autor deben ser evaluadas a la luz del estándar comunitario objetivo de razonabilidad. Este estándar consiste, por tanto, en una evaluación “híbrida” a realizar en dos pasos.¹⁰ En un primer paso, el examen requiere que el autor crea que los elementos fácticos de la justificación realmente concurren (una agresión en casos de legítima defensa, un riesgo para la vida o la integridad física de la mujer en los casos de aborto permitido, el consentimiento de la mujer en casos de violación, autorización legal para arrestar y retener al sospechoso en casos de arresto policial). El segundo paso consiste en verificar que esta creencia se corresponda con lo que una persona razonable creería bajo las mismas circunstancias. Sólo si el análisis supera satisfactoriamente ambos pasos, los estándares subjetivo y objetivo, puede considerarse que la acción está justificada. El derecho de la víctima a defenderse, que Fletcher considera incompatible con esta postura,¹¹ puede ser admitido tanto como un estado de necesidad excluyente de responsabilidad o como una causa de justificación –pero, en todo caso, como una causa de justificación de diferente naturaleza de la causa

⁶ Véase §16 StBG (Código Penal alemán).

⁷ Véase Fletcher, *Basic Concepts*, supra nota 3, 90-91.

⁸ Véase, p.e., Francisco Muñoz Conde, *Universalizing Criminal Law*, 39 *Tulsa L. Rev.* 2004, 951-53; Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán, *Derecho penal, Parte General*, 2007, 312-15 (en relación con la distinción entre “delito imposible” y “tentativa”, 420); y Muñoz Conde, *Putativ Notwehr*, in *Bausteine des europäischen Strafrechts*, in Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, 213-27 (versión en español: ¿“Legítima” defensa putativa?: Un caso límite entre justificación y exculpación, en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch ed., 1995, 183-204.

⁹ Véase Kent Greenawalt, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 *Colum. L. Rev.*, 1984, 1897.

¹⁰ Véase Fletcher, *A Crime of Self-Defense*, 1988, 42.

¹¹ Véase en general Fletcher, *Basic Concepts*, supra nota 3, 89-91.

de justificación que el defensor putativo puede aducir. Cuando Fletcher sostiene que “las personas pueden actuar equivocadamente, pero la esfera de su error puede todavía estar en el ámbito de las alternativas razonables”¹², podríamos preguntarnos ¿por qué no también en el ámbito de alternativas justificadas?

Para algunos autores esta postura en torno de la justificación putativa en casos de errores razonables niega la distinción básica entre justificación y exculpación¹³. Sin embargo, en mi opinión esta postura mantiene estas dos categorías como principios elementales de un análisis estructurado de la responsabilidad jurídica penal. No debe olvidarse que la decisión acerca de si una persona está justificada no es puramente una cuestión teórica que pueda (o deba) ser resuelta mediante el recurso a estándares perfectos de conducta que son inasequibles. En este sentido, como Greenawalt acertadamente ha sostenido, “el derecho penal no espera conductas ideales de las personas”¹⁴. En consonancia, Joshua Dressler ha afirmado correctamente que “todo lo que el derecho puede esperar de manera justa (fairly) de una persona es que haga un esfuerzo consciente por determinar el verdadero estado de cosas antes de actuar. Si cumple con ello, su conducta estará justificada, aún cuando el resultado de su comportamiento pueda ser trágico”¹⁵.

Aunque en conexión con este tema, no consideraré aquí el problema de los sujetos que actúan justificadamente sin saberlo.¹⁶ Si X mata a Y ignorando que Y estaba a punto de dispararle, la acción de X es ciertamente antijurídica. Si bien el delito en realidad perpetrado constituye una tentativa más que un delito consumado, dado que el resultado está justificado, la acción de X no deja de ser antijurídica. En cualquier caso, no debería haber ninguna duda acerca de la culpabilidad de X, quien actuó con dolo (mens rea) de homicidio.¹⁷ Sin embargo,

¹² Fletcher, supra nota 10, 40.

¹³ Véase, p.e., Bernd Schünemann, *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld für das Strafrechtssystem*, in Coimbra-Symposium für Claus Roxin, supra nota 8, 173; también María da Conceicao S. Valdagua, *Notwehr und Putativnotwehr, Bemerkungen zum Referat von Muñoz Conde*, in Coimbra-Symposium für Claus Roxin, supra nota 8, 229; Claus Roxin, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4ta. ed., 2006, 662 (véase infra).

¹⁴ Greenawalt, supra nota 9, 1905.

¹⁵ Joshua Dressler, supra nota 3, 232.

¹⁶ Véase Larry Alexander, *Unknowingly Justified Actors and the Attempt/Success Distinction*, 39 Tulsa L. Rev., 2004, 851.

¹⁷ Véase Muñoz Conde & García Arán, *Derecho penal*, supra nota 8, 311. Una opinión diferente puede encontrarse en Paul Robinson, *A theory of Justification: Social Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, 23 UCLA L. Rev., 1975, 226, donde sostiene que una conducta delictiva que se lleva a cabo en circunstancias que están legalmente justificadas no es dañina y por tanto no merece castigo. George P. Fletcher, *The Right Deed for the Wrong Reason: a Reply to Mr. Robinson*, 23 UCLA L. Rev., 1975, 293, 320, rechaza la postura de Robinson señalando que el que ataca a una víctima ignorando que la víctima está por atacarlo a él u otros, comete un acto antijurídico. Un enfoque particular es defendido por R. A. Duff, *Rethinking Justifications*, 39 Tulsa L. Rev., 2004, 842 (versión en español de Luciana Dos Santos y Débora López, *Sobre las justificaciones*, en Nueva Doctrina Penal 2007-A, Buenos Aires, 13) quien en casos en que concurren “circunstancias justificantes ignoradas por el autor” distingue entre lo “correcto y lo “justificado”: “Mientras el derecho debiera absolver a

debe notarse que estos casos de ausencia del elemento subjetivo de la justificante no tienen nada que ver con la legítima defensa putativa, ya que, más allá de que ésta sea considerada como una causa de justificación o no, no caben dudas de que el defensor putativo actúa sin culpabilidad.

Como puede verse, la distinción entre justificación y exculpación es suficientemente importante (y suficientemente compleja) como para merecer un estudio minucioso. En este artículo me centraré en un aspecto, muy debatido y confuso en la teoría de las justificaciones penales –las causas de justificación putativa. Este problema se vincula con las cuestiones relativas a cómo tratar los errores en las causas de justificación y, como resultado de ello, con los límites entre justificación y exculpación –la clave para comprender la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. Pero, antes de ello, intentaré una breve reseña de la discusión acerca de la naturaleza de la legítima defensa y su relación con los casos de estado de necesidad.

II. LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD: LA CUESTION DE LA PROPORCIONALIDAD Y LA CULPABILIDAD DEL AGRESOR EN LEGÍTIMA DEFENSA

En un libro publicado en 1970, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, mi admirado maestro y mentor Claus Roxin señaló que “[la esfera] de la antijuridicidad es el ámbito donde se abordan las soluciones a conflictos sociales, el dominio donde ocurren las colisiones entre intereses individuales en pugna o entre exigencias sociales y necesidades personales... [en suma, este ámbito] concierne siempre a regulaciones socialmente justas de intereses en conflicto”¹⁸. Más aún, cuando Roxin habla de esta esfera mas que nada está haciendo referencia, como es

alguien que realiza de hecho ‘la conducta correcta’, aún si la lleva a cabo por motivos ilícitos o incluso sin intención, debiera por otro lado, condenar al que realiza una mera ‘conducta permitida’ sin saberlo o por motivos ilícitos (849-50). El problema aquí es, como Duff señala: “¿Cuándo podemos, y cuándo no, distinguir ‘la conducta correcta’ del ‘motivo correcto’?” (Id. 850). Este autor señala que: “‘Correcto’ y ‘permitido’ serían conceptos posibles –siempre y cuando sean definidos con suficiente claridad y falta de ambigüedad” (841), y ése es justamente el problema al que no da solución. Una posición extrema es defendida por Larry Alexander, en *Tulsa Law Review* (supra nota 16, 858), quien postula que no es necesario distinguir entre tentativa y delito consumado. Así, para este autor el castigo debiera ser el mismo en ambos casos (denomina su postura “the attempt-culpability-subjectivist side”, 859). En mi opinión, la relevancia del sufrimiento de la víctima en el derecho penal plantea un serio obstáculo a esta opinión. Por supuesto, la distinción entre “tentativa” y “delito consumado” es a veces una cuestión de “suerte”, pero como Fletcher señala: “No podemos explicar adecuadamente por qué razón el daño tiene importancia, pero sí la tiene” (Fletcher, supra nota 10, 83). En lo que respecta a la relevancia de la suerte en el ámbito de la responsabilidad penal, véase Jaime Malamud Goti, *Rethinking Punishment and Luck*, 39 *Tulsa L. Rev.*, 2004, 861, 871-73, y del mismo autor, *La Suerte en Derecho Penal* (prólogo de Francisco Muñoz Conde, 2008).

¹⁸ Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2da. ed. 1970, 15 (Traducción al español y prólogo de Francisco Muñoz Conde, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 1972, 40). También existe traducción del alemán de la segunda edición por Francisco Muñoz Conde, 2001.

lógico, a las causas de justificación –el elemento negativo de la antijuridicidad que suscita un campo de batalla donde en la vida diaria los intereses individuales se enfrentan entre sí, o bien con los intereses sociales.

Con el propósito de buscar solución a esta clase de conflictos que no derive solamente de una aplicación automática de conceptos dogmáticos, y al mismo tiempo que tales soluciones sean adecuadas desde el punto de vista de los objetivos políticocriminales, Roxin propuso en el libro antes mencionado, la elaboración de “un número limitado de principios substanciales que sirvan de guía y que mediante distintas combinaciones, puedan determinar el alcance de las causas de justificación, cuya aplicación en casos concretos pueda fijar soluciones acerca de la utilidad o el daño social de una conducta dada, así como también sobre la justificación o la antijuridicidad [de la conducta].”¹⁹

No obstante, es en el ámbito de la legítima defensa, un tema al que Roxin luego dedicó otros excelentes artículos,²⁰ en donde existe una necesidad especial de revisar las consecuencias derivadas de una aplicación automática de conceptos dogmáticos, que han sido elaborados sin tomar en cuenta consideraciones políticas, las que justamente en este contexto tienen una fuerte connotación social. El derecho a la legítima defensa es, evidentemente, un derecho fundamental del individuo, tan elemental y antiguo como la condición humana y el instinto de preservación. Sin embargo, en los modernos Estados de Derecho, el recurso a la legítima defensa debería ser la excepción más que la regla, y, en cualquier caso, los límites de la justificación deben estar demarcados con la mayor precisión posible. Tanto en éste como en otros temas, las obras de los Profesores Roxin en Alemania y George P. Fletcher²¹ en Estados Unidos han ejercido gran influencia y preponderancia. Ambos juristas han visto siempre la legítima defensa como una de esas zonas en donde se puede captar inmediatamente la aparente contradicción entre las soluciones que se siguen de los estándares de la dogmática jurídico penal y aquéllos otros derivados de un examen de otras consideraciones normativas. Las lagunas entre estas soluciones son mas inexcusables en este contexto que en cualquier otro.

Roxin se preguntaba, en 1970, por qué razón en los casos de ataques efectuados por niños o personas mentalmente enfermas, se debe recurrir a los

¹⁹ Id. 26.

²⁰ Véase, p.e., *Die provozierte Notwehrlage*, en 75 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1963, 541; *Über den Notwehrexzess*, en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, 1975, 106; *Die “sozial-ethischen” Einschränkungen des Notwehrrechts*, en 93 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, 68. Para un punto de vista general de esta postura, véase el mismo, *Strafrecht*, supra nota 13, 650-719.

²¹ En relación a Fletcher, véase p.e., supra nota 10; *The Right Deed for the Wrong Reason*, supra nota 17; *Proportionality and the Psychotic Aggressor: a Vignette in Comparative Criminal Theory*, 8 *Isr. L. Rev.*, 1973, 367; *Punishment and Self-Defense*, 8 *Law & Phil.*, 1989, 201; *Domination in the Theory of Justification and Excuse*, 57 *U. Pitt. L. Rev.*, 553-78. En lo concerniente a análisis recientes de legítima defensa en el derecho internacional de guerra, véase George P. Fletcher & Jens David Ohlin, *Defending Humanity: When Force Is Justified and Why*, 2008.

principios de “defensa del orden jurídico contra agresiones antijurídicas” para justificar la aplicación de la legítima defensa, en circunstancias en que la respuesta defensiva debió haber sido prevenida mediante la mera evitación de la confrontación inicial con el agresor.²² Pues es el Estado, y no el individuo, el único llamado a “defender el orden jurídico frente a agresiones antijurídicas”.²³ Mas aún, el orden jurídico no necesita ser defendido contra personas que no pueden motivarse en las normas que han infringido, particularmente cuando es por esa misma razón que sus actos no son punibles.²⁴ Estas consideraciones condujeron a Roxin a limitar la legítima defensa recurriendo al principio de auto-protección y considerando que el uso de la fuerza por los individuos debe ser prohibido, a menos que la fuerza sea empleada exclusivamente para protección personal e, incluso en ese caso, estableció límites al derecho de legítima defensa a la luz de “consideraciones éticas y sociales”²⁵.

Mordechai Kremnitzer y Khalid Ghanayim, esencialmente de acuerdo con estas premisas, formularon en un artículo²⁶ reciente algunas objeciones a la opinión de Fletcher de que alguien que mata a un agresor no-culpable (psicótico) actúa en legítima defensa.²⁷ Para estos autores, un caso así encuadra mejor en el ámbito del estado de necesidad justificante que en el de la legítima defensa. En cualquier caso, debe haber proporcionalidad entre la gravedad del ataque y la reacción de la víctima del ataque, sea en legítima defensa o necesidad justificante.²⁸ Como examinaré mas adelante en este texto, también en el ámbito de la legítima defensa putativa afloran las cuestiones vinculadas al interrogante de cuál es la mejor solución aplicable: si la legítima defensa o el estado de necesidad justificante.

III. ALGUNOS CASOS DE LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA

Comenzaré con la descripción de cinco casos que servirán como modelo o punto de partida para la exposición de mi tesis.

Primer caso: Antonio, un banquero opulento que ha estado recibiendo amenazas de muerte y secuestro provenientes de un grupo terrorista, dispara su arma contra

²² Roxin, supra nota 18, 28.

²³ Roxin, *Die “sozial-ethischen”*, supra nota 20.

²⁴ Id.

²⁵ Id.

²⁶ Mordechai Kremnitzer & Khalid Ghanayim, *Proportionality and the Aggressor’s Culpability in Self-Defense*, 39 *Tulsa L. Rev.*, 875.

²⁷ Véase Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor*, supra nota 21; *Rethinking Criminal Law*, supra nota 3, 802, 853; *Basic Concepts*, supra nota 3, 143-45.

²⁸ Véase Kremnitzer & Ghanayim, supra nota 26, 887-88: “El estado de necesidad es una fórmula residual adecuada para tratar situaciones que no son enteramente apropiadas para la legítima defensa.” Asimismo, Fletcher (*Basic Concepts*, supra nota 3, 145) admite: “Si se comprueba que la naturaleza antijurídica del ataque, sea que proviene de un psicótico o de un autor imputable, no es un fundamento convincente para la legítima defensa, entonces, el estado de necesidad podría ser el mejor camino para justificar el uso de la fuerza contra un agresor psicótico.”

una persona que estaba trepando el cerco de su chalet, por la noche. Resultó que el misterioso escalador era su hijo, quien no quería que sus padres sepan que estaba llegando a su casa a tan altas horas de la noche.

Segundo caso: en un vagón del metro de Nueva York donde están viajando quince o veinte personas, cuatro jóvenes afroamericanos se acercan a un pasajero y le piden cinco dólares. Sin decir palabra alguna, el pasajero, quien recientemente había sido asaltado en varias ocasiones, saca un arma y dispara cinco veces, hiriendo seriamente a uno de los jóvenes.

Tercer caso: Luis, propietario de un supermercado que recientemente había sido asaltado en varias ocasiones, observó a un hombre joven entrar en su establecimiento justo antes de la hora de cierre. El joven tenía un parecido extraordinario a una de las personas que lo habían atacado en el pasado. Nervioso, temeroso, y creyendo que estaba por ser atacado una vez más, Luis empuñó su arma y disparó al joven, causándole lesiones graves. Resultó que el joven se había olvidado de comprar varios artículos que necesitaba para preparar la cena.

Cuarto caso: tres jóvenes aspirantes a torero deciden una noche ir a un rancho cercano para tentar a un par de toros pertenecientes a un vecino rico propietario de ganado. Después de saltar el cerco y justo antes de que los jóvenes intenten separar a una pareja de toros del rebaño, fueron descubiertos por el vigilante nocturno de la estancia. Siguiendo las órdenes de su patrón, y creyendo que estaba actuando en defensa de la propiedad, el vigilante sin alertar a los tres jóvenes, les disparó a corta distancia, matándolos a todos.

Quinto caso: un simulacro de robo armado que se llevó a cabo sin previo aviso al departamento de policía local, causó alarma en un edificio. Varios agentes de policía empuñaron sus armas en un intento por repeler el supuesto ataque. En medio de la confusión, un agente de policía salió a la calle, al frente del edificio, para proteger a dos niñas que estaban pasando por la zona. En el intento por protegerlas, el oficial disparó su arma, causando serias lesiones a uno de los supuestos asaltantes.

En cada uno de estos cinco casos alguien que tiene motivos para creer que está por ser atacado, y que tal vez sea víctima de un homicidio, emplea fuerza contra una persona que no es realmente un agresor. Estos supuestos dan lugar a lo que algunos juristas han denominado el problema de la “legítima defensa putativa”, esto es, la fuerza defensiva empleada para repeler una agresión imaginaria que es objetivamente inexistente.

Como aproximación inicial al problema, podemos adelantar la siguiente tesis: el empleo de la fuerza por alguien que se está defendiendo contra una agresión que sólo existe en su mente no puede estar justificado. Las causas de justificación o de conformidad al derecho son un fenómeno objetivo. Las simples creencias no pueden generar eximentes por justificación, si bien pueden conducir a

una exculpación, o al menos a una atenuación de la responsabilidad penal de la persona que actuó en base a sus creencias. Por tanto, el supuesto agresor, que es en verdad una persona inocente que está siendo atacada por un defensor putativo, tiene derecho a defenderse del ataque del que erróneamente lo tomó por agresor. En suma: tanto el defensor putativo como el supuesto agresor pueden ser eximidos de pena. La absolución en el caso del defensor putativo estaría basada en su error razonable y bien fundado. En cambio, en el caso del supuesto agresor, la absolución se basaría en una causa de justificación.

Por cierto que en los casos de legítima defensa putativa ocurre un curioso intercambio de roles: mientras que el presunto agresor (erróneamente considerado como tal) podría terminar defendiéndose legítimamente de una real agresión; el defensor putativo (que equivocadamente cree estar empleando fuerza contra un agresor ilegítimo) puede terminar recibiendo la respuesta defensiva del falso agresor. Así, paradójicamente, ambos pueden resultar exentos de responsabilidad jurídicopenal, aún en el supuesto de que mutuamente se hayan infligido graves lesiones.

El problema, no obstante, no reside en el hecho de que tanto uno como otro puedan resultar exentos de responsabilidad jurídicopenal, sino antes bien en determinar si esa exención de responsabilidad tiene el mismo fundamento e importancia jerárquica dentro de las diferentes categorías de análisis en que se apoya la teoría general de la responsabilidad jurídicopenal.

IV. LAS TEORIAS

En estos casos estamos frente a lo que juristas alemanes y españoles han denominado un “error sobre los elementos objetivos o fácticos de una causa de justificación”.²⁹ En un intento por resolver este tipo de casos, la Dogmática alemana, y siguiendo sus pasos la de habla española, han desarrollado tradicionalmente dos teorías:

- (a) La llamada teoría de la culpabilidad, sostiene que los elementos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, la ilegitimidad de una agresión en casos de legítima defensa) constituyen una parte esencial de la causa de justificación en sí misma. De este modo, cuando el error recae sobre estos elementos debe ser juzgado de la misma forma que un error sobre la existencia misma de la justificación legal. Consecuentemente, esta clase de errores es tratada como una causa de exculpación que sólo afecta la culpabilidad del autor equivocado, pero no a la antijuridicidad de su conducta. Si el error es inevitable (p.e., razonable), se considera que la persona no actuó culpablemente. Así, el

²⁹ Para una descripción general de esas teorías, véase Roxin, *Strafrecht*, supra nota 13, 622-32; Muñoz Conde, *El error en derecho penal*, 1987, 2da. ed. 2004; Lothar Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessenden und nichtvorsatzausschliessenden Irrtum*, 1987.

sujeto que actuó en base a un error razonable quedará exento de responsabilidad penal. Sin embargo, si el error es evitable (p.e., irrazonable), su culpabilidad es atenuada pero no totalmente excluida. Luego, el error irrazonable no exime de responsabilidad criminal, sino que permite una atenuación de la pena, a la luz del error.³⁰

(b) Contrariamente, la llamada teoría de los elementos negativos del tipo defiende la tesis de que los componentes objetivos de la justificación son elementos negativos del tipo. Por tanto, el error sobre estos elementos debe ser tratado de la misma manera que un error sobre los elementos fácticos del hecho punible, esto es, como un error que afecta el tipo subjetivo requerido para la responsabilidad del autor.³¹ Las consecuencias de esta teoría son las siguientes:

- (1) Si el error sobre los elementos objetivos de la causa de justificación es inevitable, se considerará que el autor ha actuado sin el tipo subjetivo requerido para la consumación del delito (p.e., dolo o culpa). Como resultado, la conducta errónea del autor no será considerada ilícita y la víctima de ese ataque erróneo no podrá repelerlo en legítima defensa. Así, por ejemplo, el cliente que recibió un disparo por parte del propietario del supermercado, quien equivocadamente lo tomó por un agresor en razón de su extraordinario parecido físico con un asaltante del pasado, no podría repeler el ataque en legítima defensa justificada.
- (2) Una tercera persona que coopera de algún modo para repeler al presunto agresor, a pesar de conocer el error, sería también eximido de responsabilidad penal. En el caso mencionado mas arriba, esto llevaría a la absolución del empleado que, por venganza, odio, o enemistad hacia el cliente, y aún sabiendo qué es lo que realmente está sucediendo, le facilita un arma al propietario del supermercado. La absolución aquí se basa en la naturaleza accesoria de la responsabilidad del cómplice. Dado que el propietario del supermercado no ha cometido ningún delito porque, en razón de su error, le falta el requisito subjetivo, la cooperación del empleado en el acto tampoco puede ser considerada criminal.
- (3) Además, si como resultado del ataque erróneo, no se hubiese causado daño alguno al cliente, el propietario del supermercado tampoco podría ser responsable en calidad de autor de una tentativa, puesto que la

³⁰ Su principal defensor es, en Alemania, Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11va. ed., 1969, 168, y en España, José Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, 6ta. ed. 2006, 205 (así como también previamente Muñoz Conde, supra nota 29, 52 y 132, aunque ahora con algunos matices diferentes).

³¹ Una versión mas moderna de esta teoría es la llamada teoría de la culpabilidad restringida; véase, p.e., Roxin, *Strafrecht*, supra nota 13, 626. En España, una postura similar es asumida por Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. ed., 2004, 425.

tentativa requiere la presencia de dolo, el que está negado por el error. Mas aún, en caso de que su error hubiera sido evitable, la responsabilidad por tentativa tampoco puede prosperar, ya que los errores irrazonables niegan el dolo y no es posible la tentativa de un delito culposo.

Naturalmente, las consecuencias serían enteramente diferentes si, como la teoría de la culpabilidad sostiene, se considerara que los errores sobre los elementos objetivos de la justificante no afectan la antijuridicidad del acto ni el dolo del autor. Si los errores de esta naturaleza no negaran de ningún modo la antijuridicidad de la conducta, en el caso antes mencionado, el cliente podría responder al ataque del propietario en legítima defensa, el empleado podría ser responsable como cómplice de la conducta del autor, y en caso de no haber causado ninguna lesión, el propietario sería condenado por una tentativa de homicidio o de lesiones (muerte o lesiones del supuesto agresor).

En Estados Unidos, Fletcher distingue al menos tres distintos enfoques al problema de la legítima defensa putativa en particular y al de la justificación putativa en general:

“Un (primer) enfoque asimila las causas de justificación putativas a las reales; alternativamente, (un segundo enfoque) sostiene que el error sobre los requisitos de la justificante niega el dolo requerido para la comisión del delito; y finalmente un tercer enfoque de la justificación putativa se centra más en eximir de responsabilidad que en justificar el uso de la fuerza”.³²

Sólo en un número muy reducido de casos sucede que una discrepancia que es, al menos en principio, puramente doctrinal, pueda tener tantas consecuencias prácticas, particularmente si nos centramos en los derechos del defensor putativo. Supongamos, por ejemplo, que el error del defensor putativo fue evitable porque podría haberse percatado de su falsa representación si hubiese puesto más diligencia en intentar identificar al supuesto agresor. Según la teoría de los elementos negativos del tipo, esta clase de error debería conducir, en la mayoría de los casos a la condena del defensor putativo por un delito culposo. Contrariamente, conforme a la teoría de la culpabilidad, los errores evitables deberían llevar a la responsabilidad del defensor putativo por la comisión de un homicidio doloso o por lesiones, no obstante tales errores pueden fundar una atenuación discrecional de la pena.

En favor de la última tesis se puede señalar que, desde una perspectiva normativa, un error sobre un elemento objetivo de la justificación (por ejemplo, la ilegitimidad de la agresión) difiere de un error de tipo en relación con algunos elementos objetivos del delito. Como Hans Welzel señaló alguna vez, no es lo

³² Véase Fletcher, *Basic Concepts*, supra nota 3, 88-89.

mismo matar a un ser humano en legítima defensa que matar a una mosca.³³ En supuestos de legítima defensa putativa, el error sobre un elemento fáctico –la existencia de una agresión ilegítima, por ejemplo- lleva a confundir a un pacífico ciudadano con un agresor peligroso. De esta forma, el que erróneamente cree estar defendiéndose de un ataque, sabe y quiere (p.e., “tiene la intención de”) matar a otra persona –el supuesto agresor- aunque piensa que su conducta está justificada.

Los supuestos de error sobre los hechos son diferentes. Tomemos, por ejemplo, el caso de un cazador que cree que está matando a un animal cuando en realidad está matando a otro cazador. Si su error era evitable, parece apropiado condenarlo por homicidio culposo, porque realmente el sujeto no sabía que estaba matando a un ser humano, ni tampoco lo quería (p.e., él no “tuvo la intención de” matar a un ser humano). Contrariamente, el defensor putativo que mata al supuesto agresor porque creyó irrazonablemente que estaba siendo atacado, debería ser condenado por homicidio doloso consumado, ya que sabía que estaba matando a un ser humano, y quería hacerlo.

Además, aunque los errores inevitables sobre los elementos objetivos de la causa de justificación eximen al autor de responsabilidad penal, sea conforme la teoría de la culpabilidad como la de los elementos negativos del tipo, la exclusión de responsabilidad no posee el mismo significado cuando es considerada como un error de tipo (teoría de los elementos negativos del tipo) que cuando es tratada como una causa de exculpación (teoría de la culpabilidad). Los errores de tipo inevitables conducen a una absolución porque niegan el elemento subjetivo requerido para la comisión del delito. De ahí que estos errores permiten la solución del conflicto en el primer nivel de análisis de la teoría del delito: la definición de la conducta prohibida (siempre que se considere que dolo y culpa son elementos subjetivos del tipo). Contrariamente, aunque la exculpación también genera una absolución, la razón de la exención de responsabilidad se funda en el hecho de que al autor no se le puede reprochar, de manera justa, por la realización de la conducta antijurídica. Así, la exculpación conduce a la no punición, a pesar de que la conducta del autor realiza tanto los elementos objetivos como los subjetivos contenidos en la definición o tipo de delito.

Por lo tanto, las justificaciones putativas en general y la legítima defensa putativa en particular, no pueden ser tratadas de la misma manera que las causas de justificación reales, que están basadas en una representación fáctica objetivamente correcta. En el primer caso (justificación putativa), un error inevitable conduce a la exención de pena porque niega la culpabilidad del autor, una categoría que permite resolver el problema sin negar el hecho que la conducta del autor comprobó los requisitos del tipo o que fue antijurídica. En el segundo caso (justificación real), la exención de pena se deduce simplemente de que la acción realizada por el autor es conforme a derecho, con lo cual deja de ser antijurídica porque se dan tanto

³³ Véase Hans Welzel, *supra* nota 30, 81. Un argumento similar se puede encontrar en Fletcher, *Basic Concepts*, *supra* nota 3.

elementos objetivos como el subjetivo de una causa de justificación.

V. LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL ESPAÑOLA

La jurisprudencia española parte de la postura descrita mas arriba, ya que usualmente trata las causas de justificación putativa del mismo modo que trata los reales casos de justificación, siempre que el error sobre los elementos objetivos de la justificante sea racional y bien fundado (p.e., “inevitable” o “razonable”). Este es en particular el caso en el contexto de la legítima defensa putativa. Si el error es evitable o irrazonable, no obstante, los jueces usualmente declaran la responsabilidad del autor por un delito culposo.

Dejando a un lado la última postura (de condenar al autor por un delito culposo cuando su error fue evitable, lo cual coincide con la teoría de los elementos negativos del tipo que antes criticamos), dirijamos la atención al enfoque anterior que sostiene que las causas de justificación putativa deben ser equiparadas con reales causas de justificación, siempre y cuando el error del autor en la existencia de los elementos fácticos de la justificante sea racional y bien fundado. Como el jurista español Juan Córdoba Roda señaló alguna vez, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, “la creencia bien fundada en la existencia de una agresión ilegítima llevará a comprobar el requisito del ataque, como si realmente hubiera sucedido”.³⁴

Existen varios argumentos subyacentes en este enfoque jurisprudencial. Por un lado, hay argumentos de prueba que requieren que los jueces centren su atención en aquellos hechos o criterios que puedan objetivarse y agregar credibilidad a las alegaciones hechas por los acusados en relación con sus motivaciones y creencias. Los elementos subjetivos son notoriamente difíciles de probar durante el proceso penal, ya que los encargados de investigar y juzgar sólo pueden inferirlos y no observarlos directamente. Esta inferencia debe estar basada en hechos o criterios (indicadores) que puedan ser corroborados empíricamente y que tengan aptitud para demostrar de la manera mas confiable posible el elemento subjetivo que se intenta probar.³⁵

En casos de legítima defensa, los indicadores objetivos de la agresión ilegítima han sido elaborados detenidamente a través de la jurisprudencia. Así, en el fallo del Tribunal Supremo español del 11 de marzo de 1972, se estableció:

[C]uando se trata de evaluar casos de legítima defensa putativa que son consecuencia de errores evitables e inevitables, el juez debe proceder con

³⁴ En *I Comentarios al Código Penal*, 260 (Juan Córdoba Roda & Gonzalo Rodríguez Mourullo eds., 1972).

³⁵ Véase Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1980, 170 (traducción al español de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, *Fundamentos de Derecho Penal*, 1984, 277).

extremo cuidado. [El] debe requerir un panorama claro, bien fundado y objetivo de la suposición falsa hecha por el agente, que tome en cuenta sus atributos subjetivos y la realidad de las circunstancias que rodearon la ejecución del acto.... En suma, las [circunstancias que dieron lugar] al error deben ser demostradas por el tribunal mediante referencia a los hechos.

Como consecuencia de ello, los pocos casos en que la jurisprudencia ha considerado que la legítima defensa putativa exime de responsabilidad penal, se vincularon a supuestos en donde las experiencias previas del autor (él o su familia habían sufrido ataques similares en el pasado) o las circunstancias que rodearon al presunto ataque (p.e., sitio oscuro y desolado, zona de elevada ocurrencia de delitos, avanzadas horas de la noche, la actitud de los supuestos agresores) hicieron posible concluir en que el autor tuvo relativamente sólidas razones para creer que una agresión ilegítima era inminente.

Así, a la luz de la existencia de estos hechos probados, el Tribunal Supremo español ha juzgado en ocasiones que existió legítima defensa, no obstante no haberse podido corroborar la existencia de una agresión ilegítima, real e inminente. Sin embargo, para poder considerar estos casos como auténticos casos de legítima defensa, el Tribunal ha requerido que “la creencia errónea sea enteramente racional y bien fundada”.³⁶

VI. EL ESTANDAR DE LA PERSONA RAZONABLE

Esta postura jurisprudencial del Tribunal Supremo español no es objetable siempre que la naturaleza “racional y bien fundada” de la creencia sea utilizada como un criterio objetivo con el que juzgar la reacción defensiva que tuvo lugar y no como un estándar subjetivo que permita al autor crear hechos que no tienen nada que ver con lo que realmente ocurrió.

En esta clase de casos, la total congruencia entre la realidad objetiva y la percepción subjetiva es prácticamente imposible. Siempre hay circunstancias que son incorrecta o incompletamente percibidas y hechos que los individuos malinterpretan. Como expresa el dicho español, “de noche, todos los gatos son pardos”. Incluso Sancho Panza, quien no compartía ni remotamente las alucinaciones de Don Quijote, interpretó como voces de monstruos terribles y gigantes, los ruidos de los molinos de viento en una noche por lo demás silenciosa.

Sería absurdo que a una persona que necesita actuar con rapidez frente a la inminencia de algo que objetivamente parece una agresión, se le exija que corrobore calmada y serenamente todos los criterios objetivos que justifican sus creencias antes de proceder a defenderse. No se puede esperar de todos la frialdad

³⁶ Tómese, por ejemplo, los fallos del Tribunal Supremo Español del 26 de mayo de 1987, o del 21 de mayo de 2003.

de carácter y serenidad que son necesarias para efectuar tal corroboración. Mas aún, si la persona pierde demasiado tiempo tratando de corroborar los hechos, la respuesta defensiva puede perder eficacia en razón de llegar demasiado tarde.

En vista de estas consideraciones, la jurisprudencia española nunca ha exigido que la agresión sea consumada por medio de actos que lesionen intereses personales del autor. En cambio, sólo se exige la inminencia de un ataque, asociado con la demostración de la seriedad de la amenaza de una agresión y la racional y bien fundada creencia en la existencia de esa amenaza.

Una vez más, como en muchos casos en donde se trata de establecer un estándar objetivo con el cual comparar la conducta de una persona, se recurre a un criterio objetivable de lo “racional”, o más propiamente dicho, como los anglo-americanos típicamente suelen decir, de lo “razonable” (reasonable), esto es, aquello que una persona promedio hubiera hecho si hubiera tenido que enfrentarse a las mismas circunstancias.

Este estándar es frecuentemente empleado en otros contextos, como cuando se examina la “razonable previsibilidad” de una lesión como un modo de analizar si la conducta del autor fue la causa próxima de un resultado dado. También es utilizado para determinar si la conducta del autor fue negligente o imprudente debido a un incumplimiento del deber de cuidado³⁷, así como para distinguir entre tentativas “inidóneas” no-punibles y tentativas “inidóneas” punibles.³⁸ Asimismo el recurso a la razonabilidad es central para eximir de responsabilidad en los casos de empleo legítimo de violencia por parte de las fuerzas de seguridad: El uso de fuerza mortal por agentes de policía está justificado si razonablemente creyeron que era necesaria para prevenir la comisión de un delito que amenazaba la vida o la integridad física de terceras personas. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló en el caso *Garner* que el empleo de fuerza mortal por un funcionario policial es lícito si “tiene motivos suficientes para creer que el sospechoso planteó una amenaza significativa de muerte o de serias lesiones físicas hacia el funcionario policial u otros, y esa fuerza era necesaria para arrestarlo o prevenir su huida”.³⁹

Igualmente el concepto de razonabilidad influye en lo que se ha

³⁷ En el contexto de la “imprudencia temeraria” o del “dolo eventual” (*recklessness*), el Código Penal Modelo en su Sección 2.02 utiliza la expresión “persona respetuosa de la ley” (*law abiding person*): “El descuido implica una burda desviación del estándar de conducta que una *persona respetuosa de la ley* observaría en la situación del autor”.

³⁸ Véase Muñoz Conde, *Universalizing*, supra nota 8, 946 (“Una tentativa sólo puede existir si el ‘hombre razonable promedio en la situación del acusado’ podría haber creído que los hechos fueron como el acusado se representó”).

³⁹ Véase *Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1 (1985), y el comentario de Dressler, supra nota 3, 302-04. Ése fue el tema que se planteó en el caso “*Rodney King*”; véase Fletcher, *With Justice for Some*, 1995, 57 (traducción al español de Juan José Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunió, *Las víctimas ante el Jurado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997).

denominado el “concepto comunicativo de acción”.⁴⁰ Esta teoría sostiene que la conducta humana es una forma de expresión o comunicación significativa entre seres humanos. De acuerdo a esta teoría, los juicios de razonabilidad son contextuales. Piénsese, por ejemplo, si debiéramos reconocer como razonable la creencia de que alguien está actuando en legítima defensa cuando el supuesto agresor introduce su mano en el bolsillo, diciendo, al mismo tiempo, “voy a matarte”. La razonabilidad de esta creencia dependería del contexto circunstancial del acto y del conocimiento que la persona amenazada tiene acerca de la reputación y personalidad del presunto agresor. Quizás la persona amenazada sabe que el presunto agresor es un asesino a sueldo quien constantemente lleva un arma en su bolsillo, o tal vez que el supuesto agresor está mentalmente enfermo y que suele amenazar todo el tiempo a las personas con matarlas sin realmente querer lesionarlas.⁴¹

No hay nada que objetar a este estándar, siempre y cuando se parta de la base que establece un examen objetivo que no intenta substituir hechos reales con percepciones subjetivas del autor, aún cuando permite la consideración de las circunstancias que rodearon su conducta. Esta objetivización de la percepción subjetiva es perfectamente apropiada y permanece dentro de los límites de la objetividad que es necesaria para evaluar la presencia de elementos fácticos de la justificante en el caso concreto. No obstante, a los fines de evaluar la razonabilidad de la representación subjetiva del autor, este estándar permite un cierto margen de discreción que, al mismo tiempo, introduce la posibilidad de arbitrariedad, difícil de controlar para el juzgador del hecho. Desde el punto de vista jurídico, actuar razonablemente no es lo mismo que actuar correctamente. Los juristas americanos, influidos fuertemente por las nociones de “lo razonable” introducidas por Coke y Blackstone, afirman que frente a un problema legal puede haber más de una respuesta razonable. Para los americanos, como George Fletcher ha señalado, la expresión “razonable” se ha transformado en el espíritu de tolerancia, desde el que “las personas pueden actuar equivocadamente, pero sus motivos pueden aún

⁴⁰ Basándose en la filosofía analítica de Wittgenstein, George Fletcher (*I Grammar of Criminal Law, American, Comparative, International*, 2007, 281-83; traducción al español de Francisco Muñoz Conde, *Gramática del Derecho Penal*, 2008) y el jurista español Tomás Vives Antón (*Fundamentos del sistema penal*, 1996) han desarrollado este concepto “comunicativo” de acción. Para una exploración de este criterio y sus consecuencias para la teoría del delito, véase Francisco Muñoz Conde & Luis Ernesto Chiesa, *The Act Requirement as a Basic Concept of Criminal Law*, 28 *Cardozo L. Rev.*, 2461. Kyron Huigens critica esta teoría en su Introduction, 28 *Cardozo L. Rev.* 2408; pero Meir Dan-Cohen, *Thinking Criminal Law*, 28 *Cardozo L. Rev.* 2425, coincide con la “teoría de la acción comunicativa” de Fletcher: “en la interpretación de una acción... debemos eventualmente alcanzar un juicio unitario en que los factores semántico, pragmático y contextual estén combinados”. En España, la teoría comunicativa de la acción de Vives es defendida por Carlos Martínez-Buján Pérez, “*La Concepción significativa de la acción*” de T.S. Vives, en I Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (Luis Arroyo Zapatero & Ignacio Berdugo Gómez de la Torre coords., 2001); Muñoz Conde & García Arán, *Derecho penal*, supra nota 8, 213-15; Paulo César Busato, *Derecho penal y acción significativa*, 2007; José Antonio Ramos Vazquez, *Concepción significativa de la acción y teoría del delito*, 2008.

⁴¹ Véase Muñoz Conde & Chiesa, supra nota 40, 2469.

permanecer en la esfera de las alternativas razonables”.⁴²

En este sentido, el Código Penal de Nueva York⁴³ requiere, para que la legítima defensa prospere, que el autor “razonablemente crea” que está a punto de ser víctima de un robo o de un homicidio. Este requisito es bastante similar al de la jurisprudencia española en tanto que, para juzgar la validez de la legítima defensa, requiere que el autor crea que la inminencia de la agresión es “racional y bien fundada”. Nótese que en ambos casos la conducta es considerada justificada siempre que caiga dentro de la esfera de las alternativas razonables disponibles. Una representación perfecta (p.e., no errónea) de las circunstancias relativas al uso de la fuerza, no es requerida.

VII. ¿RAZONABLE PARA QUIEN?

Joshua Dressler ha descrito las dificultades que aparecen cuando se aplica el “estándar de persona razonable” a casos de legítima defensa, del siguiente modo:

“El derecho a la legítima defensa representa un compromiso. (El derecho de legítima defensa) no está basado en una realidad objetiva (si el presunto agresor representa una amenaza real para la vida del autor) pero tampoco está basado exclusivamente en la representación subjetiva del autor: una persona sólo puede defenderse a sí misma en caso de que crea subjetivamente que la fuerza mortal es necesaria a esos fines y una persona razonable también creería que es apropiado en esas circunstancias. El quid de la cuestión, al menos según la jurisprudencia lo aprecia, es: ¿quién es la persona “razonable” con la que el autor es comparado? O, ligeramente diferente, ¿con qué alcance deben los jueces permitir que el jurado, como juzgador de los hechos, pueda introducir en el estándar de la “persona razonable” las características del autor o su experiencia personal?⁴⁴

Este “estándar de persona razonable” plantea, pues, el siguiente interrogante: ¿A la razón de quién debemos recurrir para aplicar el estándar de “razonabilidad”?

Un enfoque subjetivo llevaría a considerar que cualquier percepción del autor, siempre que sea una creencia honesta, debería ser juzgada razonable. Este enfoque subjetiviza tanto el concepto que la evaluación de razonabilidad queda supeditada a la valoración del autor: si la conducta le pareció razonable al autor. Tan alto nivel de subjetividad perjudicaría la eficacia objetiva de las normas legales, reduciéndolas a letra muerta. Además, llevaría a resultados intolerables ya que cualquiera que crea honestamente que va a ser atacado, tendría licencia para matar

⁴² Fletcher, *The Right and the Reasonable*, supra nota 3; Fletcher, supra nota 10, 40.

⁴³ Citado por Fletcher, supra nota 10, 9, 35.

⁴⁴ Dressler, supra nota 3, 253.

a su presunto agresor, sin importar la racionalidad de su creencia.

Por consiguiente, parece preferible adoptar un enfoque objetivo de la razonabilidad que justifique la conducta sólo cuando es compatible con la hipotética conducta que una persona normal y razonable hubiera observado en las circunstancias del autor. Sin embargo, este enfoque objetivo no puede ser llevado al extremo de no permitir la consideración de cualquier representación subjetiva del autor. Esto implicaría substituir a la “persona normal” por una “persona hipotética y estandarizada” que nunca ha existido. A su vez, cuando se evalúa objetivamente si la respuesta defensiva del autor fue razonable, es difícil no tomar en cuenta el conocimiento que éste tenía acerca de actos pasados de violencia provenientes del supuesto agresor o acerca de su naturaleza violenta. Esto fue precisamente lo que hizo el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en el caso Miller.⁴⁵

Un enfoque similar fue adoptado por el fiscal en el caso Goetz, en el que al construir su caso contra el famoso “vengador del metro” (“subway avenger”), entendió que la solución requería dos niveles de análisis: (1) una evaluación de si el autor honestamente creyó que el uso de la fuerza era necesario para repeler un ataque, y, en ese caso, (2) un examen acerca de si esa creencia era compatible con lo que una persona razonable hubiera creído en las mismas circunstancias.⁴⁶ Este análisis, así como la postura del Tribunal Supremo español, es correcto siempre que la evaluación de la representación subjetiva del autor sea empleada como medio para establecer la razonabilidad objetiva de la conducta, pero no como factor que excluya una evaluación objetiva de la misma. Como observa Rodríguez Mourullo, “la cuestión concerniente a si debe evaluarse la racionalidad de la conducta recurriendo a la racionalidad del autor como opuesta a la racionalidad del juez, ha sido expresamente decidida por la jurisprudencia española en favor de la segunda solución.”⁴⁷ En apoyo de esta opinión, Rodríguez Mourullo cita el fallo del Tribunal Supremo español del 14 de febrero de 1966, en donde se estableció que la proporcionalidad entre la respuesta defensiva y la agresión ilegítima impedida “debe ser evaluada de acuerdo con el juicio que la razón dictaría a un observador imparcial, en este caso, el juez, y no según el juicio subjetivo de la persona que se comprometió en el acto defensivo.”

Así concebido, no me opongo a considerar que los casos de legítima defensa putativa donde haya una “creencia racional y bien fundada” acerca de la existencia de un ataque ilegítimo, deberían ser considerados como una verdadera causa de justificación, aún si posteriormente se comprobara que ninguna agresión

⁴⁵ Citado por Fletcher, supra nota 10, 49.

⁴⁶ Citado por Fletcher, id. nota 42.

⁴⁷ Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa real y putativa en la jurisprudencia del T.S.*, 1976, 68. Acerca de la jurisprudencia española, véase también María José Magaldi Paternostro, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, 1976; Diego Manuel Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978; Carmen Requejo Conde, *Legítima Defensa*, 1998; Miguel Angel Iglesias Rio, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999.

tuvo lugar. La creencia subjetiva del autor en la existencia de una agresión se objetiviza por medio del proceso judicial, de tal manera que la transforma en un hecho legal. Debemos, por tanto, considerar que estos casos constituyen auténticas instancias de justificación, con todas las consecuencias que ello implica. Hablar aquí de “legítima defensa putativa” no tiene sentido. Luego, desde este punto de vista, una broma o un ataque con un arma de juguete podrían considerarse agresiones ilegítimas, siempre y cuando sean capaces de generar en el defensor putativo una creencia objetiva, racional y bien fundada de que está a punto de ser atacado.

VIII. LA CREENCIA SUBJETIVA IRRAZONABLE DEL AUTOR COMO CAUSA DE EXCULPACION TOTAL O PARCIAL

La eximente por justificación sólo prevalecerá si la conducta del autor satisface el estándar objetivo tratado en la sección anterior. La representación subjetiva del autor de que está por ser atacado, entendiéndolo como posibilidad, no puede excluir la objetiva ilicitud de un acto si no es considerada “racional y bien fundada”. El autor asustadizo o paranoico que interpreta una amenaza verbal, un insulto, o un ligero contacto físico como una agresión inminente a su integridad física puede, desde su propio punto de vista subjetivo, estar actuando en legítima defensa. Sin embargo, esta afirmación es difícil de sostener si uno evalúa la situación desde un estándar objetivo. En estos casos, entramos de lleno en el dominio de la legítima defensa putativa, dado que la realidad de la agresión sólo existe en la mente del autor que cree estar defendiéndose a sí mismo, y un observador imparcial en las mismas circunstancias del autor no albergaría tal suposición. Por tanto, estos ejemplos representan auténticos casos de errores que implican discrepancias entre la realidad y las representaciones subjetivas que no pueden ser resueltos por medio de una evaluación objetiva de las circunstancias. Desde la perspectiva del autor, esta clase de errores puede ser inevitable, y así excusable, pero no pueden negar la objetiva ilicitud del acto.

En tales supuestos, la equiparación entre legítima defensa putativa y una verdadera causa de justificación nos llevaría a una subjetivización de la antijuridicidad incompatible con la naturaleza objetiva del concepto. Para establecer si un acto es antijurídico es indispensable una evaluación imparcial sobre si la conducta se adecua a estándares de conducta jurídicamente apropiados. No emprender este tipo de evaluación objetiva e imparcial de la conducta nos conduciría a una infortunada confusión de los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad, que forman en mi opinión⁴⁸ la piedra angular de las modernas teorías de la responsabilidad criminal.⁴⁹

Además, subjetivizar la antijuridicidad nos llevaría a consecuencias difíciles

⁴⁸ Véase Muñoz Conde & García Arán, *Derecho penal*, supra nota 8, 307, 350.

⁴⁹ Véase Eser & Fletcher, supra nota 2; Dressler, supra nota 3.

de conciliar con nuestras intuiciones, como negar la posibilidad de legítima defensa a la víctima de un ataque llevado adelante por el defensor putativo, o, lo que sería aún mas absurdo, a admitir la posibilidad de legítima defensa justificada contra legítima defensa justificada, una contradicción flagrante del principio en general aceptado de que la fuerza defensiva justificable sólo puede ser empleada contra una agresión ilegítima.

Los casos en que mujeres maltratadas matan a sus parejas en situaciones en donde no hay enfrentamiento para evitar ser sometidas a futuros maltratos, suscitan importantes interrogantes en relación a cómo determinar la razonabilidad de tales cursos de acción. Parece difícil justificar un homicidio en tales situaciones, sin confrontación, cuando no existe una amenaza inminente a la vida o integridad física de la mujer maltratada. Este es particularmente el caso cuando ella tuvo otras alternativas disponibles, como abandonar y denunciar a su pareja, buscar la ayuda de instituciones dedicadas a la asistencia de mujeres maltratadas, etc. Por supuesto, si el estado mental de la mujer en el momento en que mata a su compañero es anormal, debido, por ejemplo, al llamado “síndrome de la mujer maltratada”, es posible una exculpación total o parcial con fundamento en la demencia, la coacción, o la capacidad disminuida de culpabilidad. Además, como consecuencia de la diferencia entre justificación y exculpación, si el compañero durmiente fuera a despertarse inesperadamente, él estaría justificado en caso de emplear fuerza para repeler el ataque de la mujer que no pasaría de ser, todo lo más, exculpado⁵⁰.

Debe reconocerse, no obstante, que es muy difícil diferenciar las “creencias racionales y bien fundadas” de las “creencias puramente personales”. Sin embargo, es importante resaltar que la diferenciación puede y debe ser hecha, de la misma manera que uno puede y debe siempre tratar de distinguir los casos de justificación de los de exculpación. En los primeros (casos que involucran juicios de justificación), debemos comparar el acto ejecutado con el estándar objetivo de razonabilidad y examinar si la conducta ilícita se adecuó o no al estándar. En los últimos (casos que involucran juicios de culpabilidad), debemos ahondar mas a fondo en la subjetividad del individuo en un intento para determinar si, no obstante su fracaso para alcanzar los estándares objetivos de razonabilidad, sus circunstancias personales, de carácter, o su formación psicológica justifican la exculpación total o parcial, es decir, una exención o una atenuación de la pena.

En cambio, en los casos en que la agresión es inexistente ex post, pero ex ante⁵¹ se puede presumir su existencia racional, razonable y objetivamente,

⁵⁰ Véase Dressler, supra nota 3, 263-65; *State v. Norman*, 378 S.E. 2d 8, 21 (Caso Judith Norman) y comentario de Fletcher, supra nota 39, 132; Luis Ernesto Chiesa, *Mujeres maltratadas y legítima defensa*, en 20 Revista Penal, 2007, 50. Acerca de la situación de este problema en el derecho penal español, véase Iglesias Rio, supra nota 47, 421; Elena Larrauri Pijoan, *Violencia doméstica y legítima defensa*, 1995.

⁵¹ Esta evaluación “ex ante” es aceptada por la mayoría de los juristas alemanes. Véase, p.e., Claus Roxin, *Strafrecht*, supra nota 13, 659, quien admite un pleno derecho a la legítima defensa (*volles Notwehrrecht*) cuando alguien mata a otro que lo está amenazando con un arma de juguete y el que

debemos concluir que la respuesta defensiva del autor cae dentro de la esfera de cursos de acción jurídicamente aceptables. De este modo, la conducta no debe considerarse ilícita ni generar responsabilidad penal o civil cuando el autor se defiende a sí mismo como también cuando terceros vienen en su ayuda.

Sin embargo, en casos en que ex ante no se puede presumir razonablemente la existencia de una agresión, debemos concluir que la respuesta defensiva del autor no constituye un curso de acción jurídicamente permitido. Consecuentemente, aún cuando pudiera ser eximido total o parcialmente de responsabilidad en razón de sus circunstancias personales,⁵² su conducta continúa

se defiende ignora que el arma es de juguete. No obstante, Roxin, id. 662, no admite legítima defensa, sino estado de necesidad, cuando alguien, después de haber examinado cuidadosamente la situación, cree que está en peligro de un ataque inminente que en realidad no existe (véanse los casos descritos en la sección III de este artículo). En este caso, Roxin traslada el eje de la evaluación desde el riesgo que el autor tomó, a la invasión en la esfera de la víctima; pues sólo la víctima inocente y no el defensor “putativo” tiene derecho a la legítima defensa. De esa forma, Roxin evita la contradictoria conclusión de que ambas partes estén actuando en legítima defensa, aunque no niega que tanto una como la otra puedan estar justificadas (de la misma opinión es también Maria Conceicao Valdagua, supra nota 13). Sin embargo, el problema es que ambas partes están igualmente equivocadas, y así surge la cuestión de las justificaciones incompatibles. Vera Bergelson, *Rights, Wrongs and Comparative Justifications*, 28 *Cardozo Law Review*, 2007, 2503, señala: “En un conflicto entre dos justificaciones incompatibles, una parte puede estar más en lo correcto que la otra.” Pero ¿quién? Para Vera Bergelson, id., “en última instancia, la solución podría adscribirse al estado de necesidad, el cual, deliberadamente, puede implicar violación de los derechos de individuos inocentes”. El problema es que la víctima inocente no es siempre tan inocente, porque pudo haber provocado el error del defensor “putativo”, por ejemplo, mediante una broma. En tales casos no veo por qué razón su derecho tiene prioridad sobre el derecho del defensor “putativo”. En cualquier caso, la relación entre el estado de necesidad y la legítima defensa ha sido siempre problemática. Como Fletcher (*Basic Concepts*, supra nota 3, 145) ha dicho: “La frontera futura entre la legítima defensa y el estado de necesidad va a depender en gran parte de cuán importante se mantengan en nuestra conciencia legal las bases definidas de las dos eximentes. El argumento colectivo utilitario para equilibrar los intereses contrapuestos está bien afianzado en el pensamiento legal moderno, y por lo tanto podemos asumir que el estado de necesidad permanecerá como un argumento poderoso. El interrogante de si la legítima defensa prosperará como una eximente teóricamente definida dependerá en gran parte del futuro político del pensamiento liberal” (acerca de los diferentes enfoques en “teoría política” y su influencia en la teoría del derecho penal, véase también Fletcher, *Grammar*, supra nota 40, 81).

⁵² Esa es la postura de la llamada teoría de la culpabilidad (véase supra, nota 31), que considera a los errores “razonables” como causas de exculpación y no de justificación. Esta es también la postura de Fletcher, en *Basic Concepts*, supra nota 3, 162. El Código Penal Modelo Sección 3.09 (2), establece que en tales casos el acusado debe ser condenado por un delito imprudente o negligente, si su error se debió a imprudencia o negligencia. Esta es la postura de la “teoría de los elementos negativos del tipo” o de la “teoría restringida de la culpabilidad” (supra nota 31). Dressler (supra nota 3, 273) coincide también con este resultado. En mi opinión, esta solución confunde los errores de tipo con errores sobre los elementos fácticos de una causa de justificación. El Art. 14 del Código Penal español distingue entre (i) error sobre los elementos constitutivos del delito, y (ii) error sobre la antijuridicidad de la conducta. Esta distinción se corresponde con la distinción entre “*Tatbestands- und Vorbotsirrtum*” en las secciones 16 y 17 del Código Penal alemán. La primera clase de error (error de tipo) –sea razonable o irrazonable, evitable o inevitable– niega el dolo requerido para la configuración del delito, y en caso que el delito no admita la forma culposa, el error impide categóricamente la posibilidad de una condena. La segunda clase de error (error de prohibición) sólo niega la culpabilidad si es razonable (p.e., inevitable), pero si el error es evitable lleva a una

siendo antijurídica y por tanto puede ser responsable civilmente por los daños causados. Asimismo, los terceros que cooperen con el autor pueden ser responsables criminalmente.

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 convertirse 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.

Seguramente existen circunstancias particulares donde el recurso a la violencia para repeler una agresión estará más que justificado. Es el caso de grandes urbes como Medellín, Caracas, o Nueva York, las que no pueden equipararse con una tranquila ciudad provinciana de un cantón suizo. Sin embargo, los proceder al modo del antiguo oeste americano, de tomarse la justicia por su mano, o el vergonzoso intento de hacer justicia mediante linchamiento, así como la máxima “ojo por ojo, diente por diente”⁵³ deben ser superados si queremos evitar introducirnos en un espiral de violencia que terminará transformando nuestras calles en junglas de acero y asfalto, en donde la dialéctica de “los puños y las pistolas” tengan siempre la última palabra.

condena por el delito acusado con una atenuación obligatoria de la pena (en el Código Penal alemán la atenuación es discrecional). En mi opinión, la última solución (la de tratar los errores sobre los elementos fácticos de la justificación como errores de prohibición excusables) es el mejor modo de lidiar con errores irrazonables sobre los elementos fácticos de una causa de justificación que son el producto de coacción o de una perturbación emocional extrema provocada por miedo o terror (véase Muñoz Conde & García Arán, *Derecho penal*, supra nota 10, 385).

⁵³ No cabe duda que a veces la legítima defensa es una manera de buscar venganza. Sin embargo, la misión del moderno Estado democrático de Derecho es evitar los actos de venganza privada ofreciendo medios legales para solucionar el conflicto. Véase James Q. Whitman, *Between Self-Defense and Vengeance/Between Social Contract and Monopoly of the Violence*, 39 *Tulsa L. Rev.* 901.