

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**

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>Excurso</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

I. 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
I. 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

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