

# LA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. Su aplicación al caso

por *María Nazarena Castelluccio*<sup>1</sup>.

**SUMARIO:** *I. Abstract. II. Desarrollo. Discusión dogmática. II.a. El criterio “ex post”. II.a.1. Algunas advertencias a la postura “ex post”. II.a.1.1. Del valor/disvalor de acción y del valor/disvalor del resultado. El Injusto personal. II.a.1.2. De la objetivación de los elementos que por su estructura gramatical lógica requieren de la voluntad. La idoneidad de la conducta para producir el resultado valioso. II.a.1.2.1. De la limitación in malam partem del precepto permisivo. II.a.1.2.2 De la incompatibilidad con las causas de justificación mutiladas de varios actos. II. b. El criterio “ex ante”. II.b.1. Algunas advertencias a la postura “ex ante”. II.b.1.1. De la convertibilidad de lo subjetivo en objetivo por la teoría de la ficción jurídica. Del valor incompleto. II.b.1.2. De la defensa de la verdadera víctima. II.b.1.3. De la convertibilidad de la omisión impropia en propia y su imposibilidad como agresión ilegítima. II.b.1.4. De la confusión entre lo lícito e ilícito, entre el injusto y la culpabilidad. II.b.1.5. De la accesoriedad del partícipe. III. Toma de postura. El criterio “mixto”. III.a. En el estado de necesidad justificante. III.b. En el consentimiento presunto. III.c. En la legítima defensa. IV. Un caso de legítima defensa. IV.a. Consecuencias jurídicas para el caso si*

*aplicáramos el criterio “ex post”. IV.b. Consecuencias jurídicas para el caso si aplicáramos el criterio “ex ante”. IV.c. Consecuencias jurídicas para el caso si aplicáramos el criterio mixto. V. Conclusión. VI. Bibliografía.*

**Palabras Claves:** causas de justificación, elementos objetivos, criterio ex post, criterio ex ante, criterio mixto, legítima defensa.

## I. ABSTRACT.

Mediante el presente trabajo analizaremos la problemática existente en la dogmática penal acerca de, ¿cómo debe verificarse la presencia o ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación? Determinar si los mismos están compuestos por lo que efectivamente ocurrió o lo que vivenció, conforme sus sentidos, quien se hallaba en situación de actuar. A fin de evidenciar las consecuencias prácticas de cada uno de los criterios elaborados al respecto, e intentar optar por el más adecuado conforme la literalidad normativa del Código Penal argentino, con base en la teoría personal del injusto sustentada tanto en el disvalor de acción como en el de resultado.

Si bien, el mayor desarrollo de esta temática se ha confeccionado sobre la legítima defensa, la misma es extensible a toda causa de justificación<sup>ii</sup> y a todos los elementos por los cuales se compone la faz objetiva de las mismas. Por ello, en cierto trayecto, de este ensayo, se hablará en forma general y, en otro, en particular de cada causa de justificación.

## II. Desarrollo. Discusión dogmática.

En doctrina se han distinguido dos criterios elementales para la determinación de la problemática a tratar, los cuales serán desarrollados a continuación.

### II.a. El criterio “ex post”<sup>iii</sup>.

Según esta postura, la existencia de todos los elementos objetivos de una causa de justificación debe verificarse en la realidad<sup>iv</sup>, con posterioridad a que los mismos hayan tenido lugar en el plano mundano.

Luego del hecho, un tercero observador -objetivo e imparcial, el juez- debe verificar si realmente concurrieron los elementos exigidos, en el texto de la ley, para que proceda la justificación<sup>v</sup>. De modo que, si se comprueba operará el permiso<sup>vi</sup>. Caso contrario, aun cuando quien estuviese inmerso en una causa de justificación putativa hubiese obrado con la mayor diligencia que es esperable en el caso concreto y con la mayor voluntad de salvaguardar un bien jurídico, no se configurará el permiso y su conducta será, cuanto menos, antijurídica.

Los autores tratados, respecto de esta primera perspectiva, comparten la premisa de que sólo es necesario el requisito objetivo para que se configuren las causas de justificación<sup>vii</sup>, negando en base a diversos postulados -tema que excede el marco del presente trabajo- la existencia del elemento subjetivo en la procedencia de los permisos<sup>viii</sup>. Consecuentemente, toda circunstancia expresada por la ley, en cuanto contempla la regulación de una causa de justificación, debe estar compuesta por una estructura objetiva con contenido, cuanto menos, objetivable.

## **II.a.1. Algunas advertencias a la postura “ex post”.**

### **II.a.1.1. Del valor/disvalor de acción y del valor/disvalor del resultado.**

#### **El Injusto personal.**

Lo primero que vale advertir sobre esta posición es que, si bien sus partidarios sostienen un criterio personal del injusto dual, el cual necesariamente se constituye por el disvalor de acción y el disvalor de resultado, a nivel de la

antijuridicidad hacen ilusoria la simetría que ésta debería tener con el tipo prohibitivo, como constitutivos del injusto<sup>ix</sup>. Pues, le amputan a la causa de justificación la ponderación del necesario valor de acción, como conocimiento y voluntad de actuar justificadamente, de actuar de forma valiosa. Esta amputación del valor – disvalor de la acción, entendemos, conduce a la propia negación del valor de resultado toda vez que, no existe un valor de resultado si no se puede imputar a un valor de acción, sin un valor de acción tenemos únicamente un resultado fortuito<sup>x</sup>.

#### **II.a.1.2. De la objetivación de los elementos que por su estructura gramatical lógica requieren de la voluntad. La idoneidad de la conducta para producir el resultado valioso.**

Objetivizan los elementos que por su estructura gramatical lógica requieren de la voluntad, exigiendo un nuevo requisito no contemplado por la ley, la idoneidad de la conducta para producir el resultado valioso.

Ello para no contraponerse con la literalidad de la norma que regula la procedencia de las diversas causas de justificación. Estos elementos son descriptos por la ley mediante las expresiones “por” / “para”. De modo que en lugar de exigir la voluntad del sujeto –cual elemento subjetivo-, exigen la idoneidad de la conducta para lograr el resultado justificante, como elemento objetivo de procedencia del permiso.<sup>xi</sup>

Esta nueva exigencia genera la limitación in malam partem del precepto permisivo y su incompatibilidad con las causas de justificación mutiladas de varios actos.

Veámoslo a continuación.

##### **II.a.1.2.1. De la limitación in malam partem del precepto permisivo.**

Mediante la convertibilidad de los elementos con contenido subjetivo en objetivo, se limita el precepto normativo “in malam partem”, exigiendo que concurra un elemento no requerido legalmente, cual el éxito de la conducta desplegada para que proceda el permiso. Así, v.gr.: evitar un mal, o repeler o impedir una agresión. Ninguna de las causas de justificación exige, en su literalidad, para ser aplicable que la persona efectivamente logre “salvar el bien mayor”, “logre evitar un mal”, “logre impedir la agresión”, o “logre repeler la agresión”<sup>xii</sup>, sino que la conducta esté orientada volitivamente a ello<sup>xiii</sup>.

Para dar mayor claridad, pasemos a ejemplificar con un caso de legítima defensa: imaginemos que Juan, quien tiene una gran contextura física, luego de haber agredido verbalmente a Roberto, se dispone a atacarlo con una barra de madera. Ante la inminencia de tal ataque, Roberto intenta repeler la agresión mediante un empujón hacia Juan, motivo por el cual éste cae al suelo, produciéndose excoriaciones varias. No obstante, el agresor se reincorpora de inmediato y consigue golpear con la barra de madera a Roberto, causándole un daño en el cuerpo. De este modo, aplicando la teoría desarrollada, no concurriría una legítima defensa por parte de Roberto, respecto las lesiones leves causadas a Juan, pudiéndoselo imputar por las mismas, puesto que el medio empleado por Roberto no fue idóneo para impedir la agresión de Juan.

Veamos otro claro ejemplo, con un caso de estado de necesidad y consentimiento presunto: Juan observa que la casa de su vecino Alfredo se está incendiando. Ante dicha circunstancia, y a efectos de socorrer a Alfredo, que se hallaba dentro, rompe con patadas la puerta de ingreso. Al llegar a la habitación de Alfredo se encuentra con éste, quien antes de poder egresar de la vivienda fallece por asfixia. En tal supuesto, y siguiendo la misma teoría, el daño de Juan a la puerta no estaría justificado, pues su accionar no logró salvar el bien mayor, no fue idóneo, tampoco la violación al domicilio de Alfredo lo estaría. Tampoco

podría presumirse que su conducta estaría consentida por Alfredo, cuando no se logró su salvación.

Se pone de manifiesto, mediante estos casos, no sólo el absurdo de impedir a la persona que intente defenderse o salvar bienes jurídicos a excepción de cuando tenga la certeza de que ello ocurrirá ex post, sino que se convierte en un elemento desalentador de conductas salvadoras.

#### **II.a.1.2.2. De la incompatibilidad con las causas de justificación mutiladas de varios actos.**

La segunda consecuencia, que tiene la exigencia de la idoneidad de la conducta para producir el resultado valioso, es su incompatibilidad con las causas de justificación mutiladas de varios actos.

Toda vez que, en dichas causas de justificación, no es posible determinar lo justo o injusto de una acción con un parámetro objetivo posterior a su realización, sino teniendo en cuenta la voluntad del sujeto al realizar la conducta.

En este tipo de permisos, el acto preparatorio constituye ya un acto típico y, por lo tanto, el acto típico que constituye una tentativa de justificación queda justificado en tanto exista, al momento de su realización, la voluntad de un resultado valioso.

Pasemos a ejemplificar: si un bombero conduce a exceso de velocidad y, de este modo, produce lesiones leves a un transeúnte, tendrá abarcada su conducta por una causa de justificación si realizó el acto típico - supongamos lesiones leves culposas – con la intención de acudir a sofocar un incendio en una casa cuyos moradores corrían riesgo vital. Empero, por el contrario, no estará justificada su conducta si la voluntad de éste era llegar rápido a su casa para descansar. La justificación o no de la conducta dependerá del fin que perseguía el sujeto al momento de desarrollarla, sin que sea posible efectuar un

análisis ex post de verificación de dicho elemento, pues la justificación de ese tramo de la conducta se produce independiente de la consecución del posterior resultado valioso.

## II. b. El criterio “ex ante”<sup>xiv</sup>.

Postula que la determinación de los elementos objetivos de toda causa de justificación debe efectuarse al momento en que se toma la decisión de actuar, ponderando lo que era razonable suponer, conforme las circunstancias concretas de modo, tiempo y lugar en que ello ocurre, y, conforme la evaluación que haría un tercero observador -objetivo e imparcial, el juez- al momento del hecho.<sup>xv</sup>

Así, se sostiene que para determinar si v.gr.: se ha configurado o no una agresión ilegítima, se deben meritar las circunstancias concretas ante las que se encontraba el sujeto en el momento, que sufrió la presunta agresión<sup>xvi</sup>.

Basta, para considerar configurado el elemento objetivo, que la persona hubiese creído que éste existía de forma plenamente racional y fundada; no pudiéndose exigir que, en las extremas circunstancias en que se halla, compruebe pausada y tranquilamente todos los datos objetivos que avalan esa creencia antes de proceder a defenderse<sup>xvii</sup>.

Hay acuerdo, de la mayoría, en sostener que el criterio reseñado es un criterio objetivo estándar, compuesto por elementos equivalente a la previsibilidad del resultado exigida en los tipos culposos<sup>xviii</sup>.

Su consecuencia más ostensible es la convertibilidad de una causa de justificación putativa en una causa de justificación plena.

Si la persona cree que está sufriendo v.gr.: una agresión ilegítima, por un error sobre los presupuestos fácticos u objetivos de la causa de justificación con

carácter de inevitable o invencible, se convertiría dicha situación inexistente en el plano mundano, a través del criterio de “objetivación” judicial, en una realidad jurídica. Como si efectivamente hubiere ocurrido en la realidad una agresión ilegítima.

### **II.b.1. Algunas advertencias a la postura “ex ante”.**

#### **II.b.1.1. De la convertibilidad de lo subjetivo en objetivo por la teoría de la ficción jurídica. Del valor incompleto.**

Más allá de la pretendida justicia social que se busca hallar en esta formulación, no podemos dejar de advertir que ciertamente este elemento denominado elemento objetivo “ex ante”, no deja de ser un elemento subjetivo para cuya determinación debe preguntarse por lo que el sujeto creyó, conoció y quiso al momento de actuar. Pero para cuya medición se emplea un parámetro “medio objetivo”, no dejando de ser el intento objetivador más que una teoría de la ficción jurídica.

El derecho no está habilitado a crear lo que en el mundo no existe. La constatación real de un acontecimiento exigido por la ley no puede ser suplida por la voluntad o creencia de una persona, sea que su configuración se encuadre en el parámetro de un hombre medio y prudente o de un súper hombre con conocimientos especiales.

Es cierto que v.gr. la palabra “agresión ilegítima” es un concepto jurídico, cuyo contenido se lo debe dar el derecho penal, pero seleccionando los datos que la componen de la realidad, no se puede desconocer que ese contenido debe respetar datos fácticos y no inventar lo que en el mundo no existe.

Consecuentemente, en un primer acercamiento, vale la misma crítica efectuada a quienes sostenían un criterio extremo “ex post” de constatación de los elementos objetivos de toda causa de justificación, contradecir en esencia la

concepción dualista propia del injusto personal<sup>xix</sup> compuesto por el disvalor de la acción y del resultado, por ausencia del valor de resultado sobre el cual pueda reposar el valor de acción, evidenciando la incongruencia simétrica entre el contenido del tipo prohibitivo y permisivo.

### **II.b.1.2. De la defensa de la verdadera víctima.**

Una de las consecuencias prácticas a las que puede llevar la aplicación de este criterio es, en la legítima defensa, la imposibilidad de justificar la conducta de la verdadera víctima, mediante la convertibilidad de una víctima en agresor y del agresor real en víctima<sup>xx</sup>.

Así, si se considera justificada la conducta de quien se defiende de una agresión que sólo existió en su mente, se veda la posibilidad al presunto agresor, real víctima, de ejercer legítima defensa. Siendo que respecto de él concurrirían tanto los presupuestos objetivos como subjetivos del permiso, pero por la ficción jurídica la agresión que sufre se convierte en legítima, en términos jurídicos objetivos “ex ante” no puede ser considerada ilegítima<sup>xxi</sup>.

A más de haber expuesto la crítica dominante, advertimos que, si la postura es lógicamente analizada desde su sistema de aplicación, la misma no hallaría impedimento para sostener que víctima (presunto agresor) pueda, también, defenderse legítimamente por considerar que el defensor putativo no está legitimado para efectuar la agresión.

Empero, esto llevaría a la habilitación de una cadena interminable de posibles conductas justificadas restando valor limitador a la decisión legislativa en cuanto a los elementos que se exigen para su procedencia.

La ley pierde valor en cuanto a su fin regulador de conductas y el cumplimiento de ésta se halla a merced de la buena interpretación individual.

Ello implicaría echar por tierra el principio de legalidad, toda vez que, el Código Penal Argentino establece taxativamente los elementos que deben estar presentes para que operen las diversas causas de justificación. A modo de ejemplo el 34 inc. 6.a. "...siempre que concurren las siguientes circunstancias (...) agresión ilegítima...".

### **II.b.1.3. De la convertibilidad de la omisión impropia en propia y su imposibilidad como agresión ilegítima.**

Otra consecuencia práctica desfavorable en la que incurre la aplicación del criterio "ex ante" es la que acarrea en los supuestos de agresiones por omisiones impropias y la derivada posición de garante del defensor putativo.

Se sabe que, una de las fuentes de la posición de garante es la acción precedente del sujeto, la cual debe ser mínimamente antijurídica. Dicho esto, supongamos que "A" cree con motivo suficiente que "B" -quien está esperando el colectivo- lo quiere agredir y, consecuentemente, lo ataca para evitar una agresión que en realidad no existía, provocando una grave afectación con riesgo hacia la vida de "B". Al considerar, esta tesis, que "A" actuó bajo una causa de justificación, eliminaría la antijuridicidad de su conducta y, consecuentemente, no podría ser punible más que por omisión de auxilios (art. 108 CP), y no así como garante por haberlo colocado en la situación de peligro (art. 106 CP) lo cual a nuestro criterio es una solución, a claras luces, no querida por el legislador.

Supongamos, siguiendo el mismo ejemplo, que "B" estaba con sus amigos y los mismos quisieron obligar a que "A" traslade, en su vehículo, hacia el hospital a "B". En este supuesto, los amigos de "B" no se hallarían justificados en su conducta –por legítima defensa- pues, siguiendo el criterio mayoritario, la misma concurre sólo ante agresiones por omisiones impropias<sup>xxii</sup>.

#### **II.b.1.4. De la confusión entre lo lícito e ilícito, entre el injusto y la culpabilidad<sup>xxiii</sup>.**

Otra de las consecuencias estructurales que genera la aplicación de los postulados de la tesis “ex ante” y su convertibilidad de una causa de justificación putativa en causa de justificación real, empleando como parámetro el caso del error inevitable, es que se veda la distinción entre la conducta que es ilícita pero sobre la cual opera un error de la que es lícita, es decir entre el injusto y la culpabilidad<sup>xxiv</sup>. De modo que, la licitud de la conducta deja de depender de límites objetivos dados por la ley y pasa a la subjetividad razonable y prudente de la persona que obra, cubriendo la temática de una gran inseguridad jurídica.

Asimismo, otra derivación, que colisiona con el análisis del ordenamiento jurídico, sería que en estos casos las personas afectadas, v.gr.: presunto agresor y real víctima, por una causa de justificación putativa convertida en real por el criterio “ex ante”, no tendría derecho a reclamo por responsabilidad civil (arts. 1716 y 1717 del C.C.C.N.).

#### **II.b.1.5. De la accesoriedad del partícipe.**

Hay que tener presente que, toda teoría del delito debe propender a una armonía, orden y lógica sistemática, pues las decisiones que uno tome en cierto instituto tendrán repercusión directa en otros. Así, entendemos que la toma de postura por una u otra teoría traerá consecuencias en el grado de accesoriedad en que se merita la participación –siempre que se aplique una teoría accesoria del injusto del partícipe como dependiente del injusto del autor-.

Si partimos de una teoría de la accesoriedad limitada<sup>xxv</sup>, dependencia cualitativa limitada de la participación, entendemos la empleada por el Código Penal Argentino<sup>xxvi</sup>, para que haya participación jurídica penalmente reprochable, sea en la forma de complicidad o de instigación, se requiere un injusto penal en

el cual apoyarse, participar en un injusto penal ajena –acción, típica y antijurídica-.

De modo que, si se excluye la antijuridicidad de la acción del autor, por imperio de la accesoriedad limitada, se excluye también la punibilidad del partícipe. Aun cuando, el mismo supiese que no se da en el plano de la realidad v.gr.: una agresión ilegítima. En cambio, si procediese una causa de exculpación por haber recaído un error inevitable, subsistiría la punibilidad del partícipe que obrare sin error<sup>xxvii</sup>.

### III. Toma de postura. El criterio “mixto”<sup>xxviii</sup>.

Con sustento en las advertencias realizadas en los acápites que anteceden, a las posturas extremas, es que entendemos correcto partir de un criterio de análisis objetivo “ex post”, de modo que las circunstancias objetivas exigidas por la ley deben concurrir realmente para que la conducta se halle justificada<sup>xxix</sup>. Bajo esa directriz, continuamos el análisis reconociendo que hay ciertas condiciones, que regula la ley, que no son exigencias estrictamente objetivas sino subjetivas meritorias a partir de un procedimiento objetivador jurídico, cual el criterio del tercero observador –objetivo e imparcial, el juez- que determine si la conducta realizada era la esperable, conforme las reglas de la prudencia, llevar a cabo en las circunstancias concretas<sup>xxx</sup>, el ya desarrollado criterio “ex ante”.

Esta distinción entre los elementos que deben ser ponderados “ex post” y los que deben ser ponderados “ex ante”, es equivalente a la distinción entre los elementos esenciales y no esenciales de las causas de justificación.

A nuestro entender, los elementos que pueden ser determinados por el criterio “ex ante” son aquellos que en esencia se componen de contenido graduable, como ser, de peligrosidad, necesidad<sup>xxxi</sup> y racionalidad<sup>xxxii</sup>. Son

circunstancias que por excelencia dependen de la ponderación cualificable de quien las observe y, como criterios graduables, su existencia objetiva no puede escindirse de la subjetividad del ente que debe determinar, según las circunstancias de modo tiempo y lugar, si son procedentes.

El propio Código Penal, compuesto por un entramado de normas codependientes, nos hace las veces de especificador del significado de aquellos términos que emplea y, en lo que nos ocupa, podemos ver cómo en diversas figuras expone a la peligrosidad como un parámetro a determinar por la persona humana, no exclusivamente de forma objetiva sino, a lo menos, deducible de elementos objetivables, verbigracia, en los arts. 41, 44, 53 del C.P. En igual sentido, es el propio art. 35 del C.P. el cual se encarga de regular el exceso en la necesidad, elemento esencialmente graduable.

Para su procedencia basta que la conducta realizada fuera la esperable, conforme las reglas de la prudencia, llevar a cabo en las circunstancias de hecho concretas, bajo la perspectiva de un tercero observador -objetivo e imparcial, el juez-.

Podemos reconocer los siguientes elementos, cuyo análisis debe efectuarse por un criterio “ex ante”, a saber:

### **III.a. En el estado de necesidad justificante.**

La ponderación entre males –los males deben existir en la realidad bajo el criterio “ex post”-, la inminencia del mal y la necesidad de la conducta salvadora sólo pueden determinarse teniendo presente las particulares circunstancias en que se llevaron a cabo.

### **III.b. En el consentimiento presunto.**

En esencia el mismo debe medirse “ex ante”, conforme lo que una persona media hubiese decidido salvaguardar y sacrificar, salvo que al momento de efectuarse la conducta hubiese indicios ciertos o conocimientos previos de que la persona no hubiese consentido el accionar. Se trabaja sobre lo que la persona presumiblemente hubiese decidido<sup>xxxiii</sup>.

### III.c. En la legítima defensa.

La entidad de la agresión<sup>xxxiv</sup> -la agresión debe existir realmente ex post, aquí se merita sobre la intensidad o gravedad de ella-, la necesidad racional del medio<sup>xxxv</sup>, y la provocación suficiente conforme las circunstancias y las impresiones subjetivas.

Veamos la diferencia entre uno y otro elemento con dos casos,

-Caso 1: José se traslada por la calle con un arma de juguete en su mano, alrededor de las 22:00 horas, Lucas, quien se trasladaba en la acera con sentido contrario, teme que José lo ataque con el arma –la cual no sabía era de juguete- por lo cual lo empuja y se da a la fuga corriendo, al caer José sufre escoriaciones en diversas partes del cuerpo.

-Caso 2: José ingresa a una tienda exhibiendo un arma de juguete y exigiendo al cajero la entrega de la recaudación dineraria diaria, ante ello el cajero –sin saber que el arma era de juguete- saca un arma de fuego del mostrador y dispara contra José provocando riesgo para su vida.

En el primer supuesto no procedería legítima defensa porque no existió una real agresión de parte de José, él solo caminaba por la calle con un arma de juguete, sin haber intentado agredir a Lucas quien sin embargo así lo creyó.

En el segundo supuesto es procedente la legítima defensa pues no obstante ser el arma utilizada de juguete, hubo una agresión mediante su

empleo pues se halló abarcada por la exigencia dineraria, que el arma fuera de juguete hará a la graduación de la gravedad de la agresión y ella debe medirse al momento en que la misma se sufría, pero no a su existencia.

#### **IV. Un caso de legítima defensa.**

Una persona A viaja en tren, en un vagón que tiene pequeños habitáculos. Junto con él también viaja otra persona (B) con fuerte aliento etílico. A, entonces, abre la ventana, en un día de invierno muy frío. B, se enoja y le exige que cierre la ventanilla. A no hace caso. B se levanta con intención de pegarle. A, ve que B tiene un cuchillo en la cintura. Entonces, A dispara con un arma de fuego en contra de B y le mata.<sup>xxxvi</sup>

##### **IV.a. Consecuencias jurídicas para el caso si aplicáramos el criterio “ex post”.**

No concurriría una legítima defensa por parte de “A”, pues analizada la conducta “ex post” no se constata la racionalidad del medio empleado, toda vez que la existencia del cuchillo en poder de “B” no forma parte de la magnitud de la agresión, el mismo no se dispuso a emplearlo.

Tampoco concurriría un exceso en la legítima defensa (art. 35 C.P.). Según los postulantes de la teoría “ex post” para hablar de exceso en la legítima defensa primero deber estar configurada la concurrencia de todos los elementos de ésta, para luego excederlos, y en el caso no concurriría el elemento necesidad racional del medio empleado, de modo que la conducta del “B” desde un comienzo es antijurídica<sup>xxxvii</sup>. Sea que a la conducta se la quiera analizar desde una teoría del exceso culposo, del error de prohibición, de la antijuridicidad disminuida, de la exculpación o de la disminución de la culpabilidad<sup>xxxviii</sup>.

Restaría analizar a nivel de culpabilidad si se configura algún error sobre las circunstancias fácticas de la causa de justificación que disminuya -vencible- o

elimine la pena -invencible-, como error de prohibición indirecto, entendemos para estas teorías el error sobre los elementos objetivos de la causa de justificación son ponderable partiendo de una teoría estricta de la culpabilidad<sup>xxxix</sup>.

#### **IV.b. Consecuencias jurídicas para el caso si aplicáramos el criterio “ex ante”.**

Si hacemos un análisis efectivamente fiel de los postulados de esta teoría podríamos decir que se genera un monstruo lógico, toda vez que tanto “A” como “B” podrían estar abarcados por una legítima defensa. Pues, “B” podría entender conforme, las circunstancias concretas de caso, el día de invierno muy frío, y las pequeñas dimensiones del habitáculo que la apertura de la ventana y la omisión de cerrarla fue una agresión ilegítima de “A”, y también “A” podría ampararse - conforme se desarrolla a lo largo del presente ensayo- en una legítima defensa.

#### **IV.c. Consecuencias jurídicas para el caso si aplicáramos el criterio mixto.**

la conducta de “A” se encontraría abarcada por una legítima defensa propia, cuya regulación normativa se halla en el art. 34, inc. 6° del Código Penal:

*“No son punibles... El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende...”*

Pasaremos a analizarlo.

##### **IV.c.1. Aspecto objetivo de la legítima defensa:**

El aspecto objetivo de la legítima defensa se configura cuando concurren tanto los elementos objetivos esenciales de la legítima defensa, que requieren

un análisis “ex post” de verificación, como los elementos objetivos no esenciales ponderables y que requieren un análisis “ex ante” de verificación.

Una aclaración que nos resulta interesante hacer, cuando se comprueba la concurrencia de los elementos esenciales -meritables “ex post”- de la legítima defensa, pero no así la concurrencia de los no esenciales -meritables “ex ante”- la conducta encuadra en un exceso en la legítima defensa -art.35 CP- (siempre que también se halle cubierto el aspecto subjetivo). Por otro lado, cuando se evidencia la ausencia de algún elemento esencial -meritable “ex post”- de la legítima defensa (siempre que también se halle cubierto el aspecto subjetivo), sólo nos quedará preguntarnos a nivel de culpabilidad si la persona incurrió en un error sobre esos presupuestos fácticos y si, en su caso, el mismo era vencible o no.<sup>xi</sup>

En el caso se han reunido los elementos esenciales de la legítima defensa<sup>xii</sup>, a saber, agresión ilegítima<sup>xiii</sup>, que se presenta indubitadamente como actual<sup>xiii</sup> e inminente<sup>xiv</sup>: “*B se levanta con intención de pegarle*” y sumado a ello cuenta con la disponibilidad de empleo de un cuchillo “*B tiene un cuchillo en la cintura*”, y la necesidad de la defensa de “A” para evitar la agresión inminente: porque B ya se había levantado y tenía intención de pegarle, de modo que se dirigía a la consecución de ese fin, además dentro de su esfera de disponibilidad contaba con un cuchillo.

Asimismo, se reunieron los elementos no esenciales graduables, a saber, la falta de provocación suficiente por parte de “A” hacia “B”, si bien es cierto que “A” “*abre la ventana, en un día de invierno muy frío*”, lo que causó la molestia de “B”, no es objetivamente razonable que cause una agresión física<sup>xv</sup>, porque en el análisis de su constitución hay que traer otro tramo del relato de imprescindible relación “*Junto con él también viaja otra persona (B) con fuerte aliento etílico*”, fue el fuerte aliento etílico de “B” lo que provocó la apertura de la ventana por

“A”, de este modo, le es atribuible al propio “B” la apertura de la ventana que culmina provocando el intento de agresión física, como una consecuencia necesaria de su aliento étílico. La entidad o intensidad de la agresión ilegítima que constituye la necesidad<sup>xlvi</sup> racional<sup>xlvii</sup> del medio empleado.

Veamos la entidad o intensidad de la agresión ilegítima, es cierto que, si analizamos con posterioridad el caso, esto es desde la perspectiva “ex post” podemos decir que el cuchillo no integraba la agresión, al menos, no surge del caso su utilización por “B”, ni su intención de empleo. Pero aquí está la clave, el por qué ese elemento no debe ser analizado “ex post”, sino “ex ante”. “A” percibió claramente que el cuchillo formaba parte, aun condicional, de la agresión, de su magnitud, y su respuesta lo fue tanto por la inminencia de la agresión física como por la inminencia de un acometimiento con el cuchillo.

Lo contrario sería exigirle a “A” superpoderes psíquicos para saber, en ese mismo momento en que estaba a instantes de ser agredido físicamente, lo que le pasaba por la cabeza a “B”, que supiese que no lo iba a agredir con el cuchillo, le estaríamos exigiendo algo que -para que tomemos consciencia de su indeterminación- ni siquiera nosotros podemos saber, si “B” lo hubiese agredido con el cuchillo porque no se desprende del caso. Lo que se presenta claro es que la posibilidad de empleo del cuchillo por “B” era real.

Al englobar la agresión física con la peligrosidad representada por el posible empleo del cuchillo, porque si bien “B” no lo empleó ni lo esgrimió, el mismo es un elemento apto para el ataque<sup>xlviii</sup>, no podemos pretender que “A” esperase a la voluntad exteriorizada de “B” en un contexto en el cual ya se encontraba ante la inminencia del ataque corporal llevado a cabo por éste. En ese marco de actuación, exigirle a “A” esperar que “B” blandiera el elemento o lo emplease contra su humanidad, implicaría exigirle tolerar un riesgo mayor de lesión contra sus bienes jurídicos, y asimétricamente asumir una menor

posibilidad de realizar la acción salvadora con éxito. Es tanto como obligarlo a tolerar lo injusto, a poner en riesgo su vida por el juego azaroso de la voluntad de otra persona, a poner su vida a merced de la voluntad de “B”. Nadie tiene porqué esperar a sufrir la agresión o ponerse en una situación de peligro tal que le impida la salvaguarda posterior de sus bienes jurídicos cuando está siendo agredido injustamente. El derecho no debe ceder ante lo injusto.<sup>xlix</sup>

Establecida la entidad o intensidad de la agresión ilegítima, estamos habilitados para analizar la necesidad racional del medio empleado que se halla directamente condicionada por ésta, nos dará el marco delimitante para saber si la respuesta defensiva se colige como necesaria y proporcional porque, justamente, debe ser proporcional a la agresión sufrida.<sup>l</sup>

En cuanto a la necesidad del medio, del relato no surge la existencia de otro menos lesivo en poder de “A”, como tampoco surge una descripción física del atacante y de quien se defiende que pueda hacer presumir el éxito de emplear el propio cuerpo de “A” en la defensa sin riesgos para su persona. Sumado a ello ciertas condiciones espaciales “*pequeño habitáculo*” de un vagón de tren, entendemos, reducen el marco de acción defensiva posible. Tampoco se nos representa una posible huida, no exigida por la ley<sup>li</sup>. A este respecto vale la salvedad que no daremos relevancia al dato que surge del caso “(B) *con fuerte aliento etílico*”, toda vez que no surge del caso algún posible estado de ebriedad que modifique la esperable respuesta defensiva de “A”.

Además, en relación a la racionalidad de la necesidad del medio empleado, somos conscientes que las dimensiones del habitáculo también condicionan la posibilidad de una defensa menos lesiva, como ser si “A” disparó, supongamos, a una zona vital de “B”, que hubiese podido disparar a una parte no vital de su humanidad, sin embargo suponer que el disparo fue a una zona vital es un dato que no tenemos, y lo estaríamos deduciendo de que el impacto

le causó la muerte “*le mata*”, no obstante ello ¿cuánta cantidad hay de muertes ocasionadas por disparos aún a zonas no vitales?

Estos datos cubren la exigida necesidad racional del medio empleado a la luz de la agresión ilegítima compuesta por un inminente ataque corporal y posible empleo del cuchillo.

Al comprender de la forma en que lo hicimos la magnitud de la agresión ilegítima y, en consecuencia, la necesidad racional de la respuesta defensiva no se configura un exceso, porque en las concretas circunstancias en que acaecieron los hechos, esto es con el análisis “*ex ante*” de los elementos graduables, “A” se defendió con un medio racionalmente necesario contra la agresión ilegítima de “B”.

### III.a.2. Aspecto subjetivo de la legítima defensa:

Someramente habremos de comprobar que en el caso se encuentran cubiertos los requisitos subjetivos<sup>lii</sup> de la causa de justificación, pues aparece claro como “A” actuó con ánimo o voluntad de defensa.

Advertimos en el texto que partimos de una concepción del injusto personal que tanto exige un desvalor de acción como de resultado<sup>liii</sup>, y en las causas de justificación requiere para su procedencia tanto del valor de resultado como de acción.<sup>liiv</sup>

De la narrativa del caso se desprende que “A” actuó motivado en la necesidad de defensa, reconociendo que su conducta era necesaria para salvaguardar su integridad física. El mismo comprende la agresión antijurídica, su inminencia y los posibles alcances de ésta, y entonces se defiende, el texto dice es “entonces” cuando “*A dispara con un arma de fuego en contra de B*”.

## V. CONCLUSIÓN.

A lo largo del presente trabajo se ha delimitado cómo debe verificarse la presencia o ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación, asumiendo que la toma de postura por uno u otro criterio trae consecuencias prácticas de enorme entidad, tales como englobar al caso bajo examen en una causa de justificación o en un injusto penal reprochable a su autor. También pusimos de relieve que optar por un criterio no sólo tiene implicancia en la resolución particular de un caso, sino que hace depender el contenido de otros institutos penales.

Se ha justificado la elección de un criterio mixto, por ser el único capaz de mantener una estructura lógica dentro de la teoría del delito, adecuado conforme la literalidad normativa, los fundamentos de las causas de justificación, y con base en la teoría personal del injusto sustentada en el disvalor de acción tanto como en el de resultado.

## BIBLIOGRAFÍA:

- Cerezo Mir, José; Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1, 3ª edición; editorial Tecnos; Madrid, España; 1985.
- Cerezo Mir, José; La Posición de la Justificación y de la Exculpación en la Teoría del Delito desde la Perspectiva Española. En: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal; AD-HOC; Buenos Aires, Argentina; 1998.
- Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2013.
- Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Teoría General del Delito; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2013.
- Gil Gil, Alicia; La Ausencia del Elemento Subjetivo de Justificación; RUBINZAL-CULZONI Editores; Buenos Aires, Argentina; 2006.
- Jakobs, Günther; Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación; traducido por Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis; Segunda Edición, Corregida; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid; 1997.
- Luzón Peña, Diego Manuel; Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa; 2da. Edición; editorial B de F Ltda.; Montevideo – Buenos Aires; 2002.

- Molina Fernández, Fernando; Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito; J.M. BOSCH EDITOR, S.A.; España; 2001.
- Muñoz Conde, Francisco; ¿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 EDITOR, S.A.; España; 1995.
- Muñoz Conde, Francisco; El error en Derecho Penal; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2005.
- Nino, Carlos Santiago; La Legítima Defensa; Astrea; Buenos Aires, Argentina; 2002.
- Nuñez, Ricardo C.; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II; Marcos Lerner Editora Córdoba; Córdoba; 1988.
- Pessoa, Nelson R.; Legítima Defensa; mave Editor; Buenos Aires, Argentina; 2001.
- Robles Planas, Ricardo; La Participación en el delito: fundamento y límites; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid; 2003.
- Roxin, Claus; Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito; Traducción de la 2º edición alemana y notas Diego Manuel, Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier De Vicente Remesal; CIVITAS S.A; Madrid; 1997.
- Rusconi, Maximiliano; El funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y lo subjetivo de las normas permisivas; AD-HOC; Buenos Aires, Argentina; 2008.

- Rusconi, Maximiliano Adolfo; Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el ámbito de la justificación. En: Nueva Doctrina Penal –NDP–; Editores del Puerto; Buenos Aires, Argentina; 2000.
- Sancinetti, Marcelo A.; Teoría del Delito y Disvalor de Acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal del ilícito circunscripto al disvalor de la acción.; HAMMURABI; Buenos Aires, Argentina; 1991.
- Sanz Morán, Ángel José; Teoría General de la Justificación. En: Revista Penal N° 5; Praxis; Argentina; 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl -Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro; Derecho Penal, Parte General; Ediar; Buenos Aires, Argentina; 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl -Alagia, Alejandro– Slokar, Alejandro; Manual de Derecho Penal, Parte General; segunda edición; Ediar; Buenos Aires, Argentina; 2006.

<sup>i</sup> Abogada de la FCJyS de la UNLP, Especialista en Derecho Penal de la FD de la UBA, Docente a cargo de Seminario de grado “De la Teoría a la realidad, ¿cómo resolver un caso penal?”, Docente a cargo del Preevaluativo de la Cátedra II de Derecho Penal 1 y Adscripta Docente de la Cátedra II de Derecho Penal 1, todos de la FCJyS de la UNLP. Auxiliar Letrada del Tribunal Criminal N° 3 de La Plata.

<sup>ii</sup> Incluimos aquí al estado de necesidad justificante y al consentimiento presunto.

<sup>iii</sup> Podemos distinguir en doctrina posturas extremas, por citar algunas: Zaffaroni, Alagia y Slokar; Nino y Rusconi bogan por el estricto criterio de determinación de todos los elementos de las causas de justificación desde un criterio “ex post”. Asimismo, son contestes en negar la existencia de un aspecto subjetivo de las causas de justificación. Sanz Morán también reconoce la necesidad de constatación ex post. Zaffaroni, Eugenio Raúl -Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro; Derecho Penal, Parte General; Ediar; Buenos Aires, Argentina; 2000. Rusconi, Maximiliano; El funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y lo subjetivo de las normas permisivas; AD-HOC; Buenos Aires, Argentina; 2008. Nino, Carlos Santiago; La Legítima Defensa; Astrea; Buenos Aires, Argentina; 2002. Sanz Morán, Ángel José; Teoría General de la Justificación. En: Revista Penal N° 5; Praxis; Argentina; 2000.

<sup>iv</sup> “... los requisitos objetivos de la justificación tienen que darse realmente en el momento del hecho...” Sanz Morán, A. J.; ob. Cit.; p. 84.

<sup>v</sup> “... cuando ex post no existe en absoluto la situación objetiva de justificación, aunque ex antes estuviesen dadas las condiciones para que nadie pudiera haber supuesto otra cosa, la causa de justificación queda excluida...” Zaffaroni, E. R – Alagia, A. – Slokar, A.; ob. Cit.; p. 707.

<sup>vi</sup> “... ya la presencia objetiva del permiso anule cualquier posibilidad de afirmar lo ilícito.” Rusconi, M.; ob. Cit; p. 303.

<sup>vii</sup> Véase Zaffaroni, E. R. -Alagia, A. – Slokar, A.; ob. cit.; ps. 560 y ss. Rusconi, M.; ob. cit. Nino, Carlos Santiago; ob. cit.; 126. Sanz Morán, Á. J.; ob. cit.

<sup>viii</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar parten de negar el aspecto subjetivo por cuanto las causas de justificación son derechos que no deben ser conocidos para ser ejercidos, por considerar que de lo contrario se castigaría la mera intención cayendo en un derecho penal de autor, asimismo se penaría un delito imaginario pues la conducta estaría permitida por el ordenamiento jurídico, se afectaría el principio de legalidad por exigir elementos que las propias causas de justificación no exigen en su literalidad. Véase Zaffaroni, E. R – Alagia, A. – Slokar, A.; ob. Cit.; ps. 560 y ss.

<sup>ix</sup> “Del mismo modo que no basta con que el desvalor de la acción siga la producción de un resultado para que quede constituido lo injusto de los delitos dolosos o culposos, sino que es preciso que entre ellos exista una relación interna. El desvalor del resultado no puede fundamentarse o quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de acción...” Cerezo Mir, José; Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1, 3ª edición; editorial Tecnos; Madrid, España; 1985; p. 411.

<sup>x</sup> Acerca de su análisis, siguiendo a Schmidhäuser, Gil Gil, Alicia; La Ausencia del Elemento Subjetivo de Justificación; RUBINZAL-CULZONI Editores; Buenos Aires, Argentina; 2006; p. 179.

<sup>xi</sup> Para un análisis detallado de la objetivación del elemento subjetivo trascendente y sus consecuencias, véase: Gil Gil, A.; ob.cit.; p. 48 y ss.

<sup>xii</sup> Se evidencia una simetría con aquellos tipos prohibitivos que exigen un elemento volitivo trascendente distinto del dolo, piénsese por ejemplo en los contemplados por el art. 80 inc. 7º C.P.: “Al que matare a otro para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”; o, en el art. 170 C.P.: “Al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito...”.

<sup>xiii</sup> Acerca del aspecto subjetivo de las causas de justificación ver: Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2013; ps. 66 y ss. Cerezo Mir, José; Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1; cit.; ps. 335 y ss. Gil Gil, A.; ob. cit.; ps. 78 y ss. Pessoa, Nelson R.; Legítima Defensa; nave Editor; Buenos Aires, Argentina; 2001; ps. 150 y ss.

<sup>xiv</sup> En este sentido se han manifestado Sancinetti, Marcelo A.; Teoría del Delito y Disvalor de Acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal del ilícito circunscripto al disvalor de la acción; HAMMURABI; Buenos Aires, Argentina; 1991. Muñoz Conde, Francisco; ¿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 EDITOR, S.A.; España; 1995. Molina Fernández, Fernando; Antijuricidad Penal y Sistema del Delito; J.M. BOSCH EDITOR, S.A.; España; 2001.

<sup>xv</sup> “El juicio de requeribilidad se funda, por tanto, en una serie de prognosis que tienen que ser efectuadas ex antes, referidas al instante de la decisión... una vez pronunciado un juicio ex antes de exclusión del ilícito, o de antijuricidad, este juicio ha de permanecer invariado, cualquiera que sea, en definitiva, la verdadera situación.” Sancinetti, M. A.; ob. Cit.; ps. 533 y 535.

<sup>xvi</sup> “... una vez que el sujeto está siendo objeto de una agresión no se le puede pedir que actúe con la frialdad de quien examina el hecho ex post, sino que hay que atender a las circunstancias particulares en que se desenvuelve el hecho... este argumento se puede aplicar exactamente igual a la situación de quien cree ser objeto de agresión ilegítima.” Molina Fernández, M.; ob. Cit.; p. 400.

<sup>xvii</sup> Muñoz Conde, F.; ob. Cit.; p. 192.

<sup>xviii</sup> “Criterio estándar objetivo de lo razonable” Muñoz Conde, F.; ob cit; p. 194. “El deber de examen” Sancinetti, M. A.; ob. Cit.; p. 576 y ss. “Juicio de un tercero observador sensato.” Roxin, Claus; Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito; Traducción de la 2º

edición alemana y notas Diego Manuel, Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier De Vicente Remesal; CIVITAS S.A.; Madrid; 1997.; p. 631.

<sup>xix</sup> “...la frase que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente causales e inculpables de aquellos...” Roxín, C.; ob. cit.; Sección 3ª tipo, -§ 10, nm. 96. Exceptuamos a este respecto a Sancinetti, por cuanto propugna una teoría monista del injusto. Sancinetti, M. A.; ob. cit.

<sup>xx</sup> “Entendida así la creencia racional y fundada en la existencia de una agresión ilegítima, no veo inconveniente en admitir la defensa putativa como causa de justificación plena, ya que la creencia subjetiva queda objetivada y convertida, a través de un proceso de normativización judicial, en una realidad jurídica” Muñoz Conde, F.; ob. Cit.; p. 195/196.

<sup>xxi</sup> Cerezo Mir, José; La Posición de la Justificación y de la Exculpación en la Teoría del Delito desde la Perspectiva Española. En: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal; AD-HOC; Buenos Aires, Argentina; 1998; p. 97.

<sup>xxii</sup> “... la agresión ilegítima... en principio sólo debe darse mediante acción dolosa, o imprudente, y mediante omisión impropia dolosa o imprudente.” Donna, E. A.; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; ob. cit.; p. 200.

<sup>xxiii</sup> Para sus detalladas consecuencias véase Cerezo Mir, J.; La Posición de la Justificación y de la Exculpación en la Teoría del Delito desde la Perspectiva Española; cit.; p. 84 y ss.

<sup>xxiv</sup> Pessoa, N. R.; ob. Cit; p. 153.

<sup>xxv</sup> Teoría de la accesoriedad limitada, realizando un análisis del art. 47 del C.P. Zaffaroni, E.R. -Alagia, A. -Slokar, A.; Ob. Cit.; p. 626. Jakobs G.; Jescheck y Weigend; Baumann y Weber; Maurach, Gössel y Zipf; Cramer; en cita de Robles Planas, Ricardo; La Participación en el Delito: Fundamento y Límites; Marcial Pons; Madrid, Barcelona; 2003; p. 122.

<sup>xxvi</sup> Derivada de la interpretación sistemática de los arts. 47, 48 y la regulación de las causas de justificación, v.gr.: la no participación en la provocación del tercero a quien se defiende.

<sup>xxvii</sup> Si se siguiese una accesoriedad mínima se podría llegar a la punibilidad del partícipe que no actúa en error, empero entendemos que este criterio no es compatible con la regulación efectuada por el Código Penal A. al instituto de la participación.

<sup>xxviii</sup> Encontramos posturas que pregonan la determinación de los elementos objetivos de las causas de justificación prioritariamente mediante el criterio “ex post”, no obstante reconocer la necesaria tendencia subjetiva y constatación de procedencia conforme las particulares circunstancias en que se hallaba la persona bajo exámine; encuadrables bajo criterio mixto de determinación, v.gr.: Donna; Gil Gil; Roxin; Pessoa; Jakobs; Cerezo Mir. Donna, E. A.; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; ob. cit.; p. 201. Gil Gil, A.; ob. cit. Roxin, C.; ob. cit.; Sección 4ª Antijuridicidad, -§ 14, nm. 40. Pessoa, Nelson R.; ob. cit.; p. 145. Jakobs, Günther; Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación; traducido por Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis; Segunda Edición, Corregida; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid; 1997; ps. 424 y ss. Cerezo Mir, José; La Posición de la Justificación y de la Exculpación en la Teoría del Delito desde la Perspectiva Española. cit.; p. 415.

<sup>xxix</sup> Aquí hay que hacer una salvedad, según algunos autores, se parte de un criterio ex post de análisis de concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación, pero distinguen v.gr. en la legítima defensa, según que la situación de error por la cual la persona se cree agredida ilegítimamente sea o no provocada por el presunto agresor, haciendo valer el criterio de la concurrencia de culpa del agresor conforme el principio del ocasionamiento. Jakobs, G.; ob. Cit; p. 424 y ss.

<sup>xxx</sup> “Cuando el error es vencible... a la luz de un tercero, de un “tercero observador sensato”, era evitable, el acto defensivo no será necesario y racional, porque ello hubiese sido advertido por un observador imparcial sensato” Pessoa, N. R.; ob. Cit.; p. 156/157.

<sup>xxxi</sup> “La acción que se pretende justificar ha de ser como regla general necesaria ex ante para la protección del bien jurídico en conflicto” Roxin, C.; ob. cit.; Sección 4ª Antijuridicidad, -§ 14, nm. 40.

<sup>xxxii</sup> “De este modo la agresión ilegítima debe ser apreciada *ex post*, ya que es un dato objetivo. Decidida esta cuestión lo único que queda por analizar *ex ante* es la forma de encarar la defensa, ya que ello pertenece al ámbito del autor, este es, al medio elegido y en consecuencia a la racionalidad del medio elegido.” Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; p. 201. “...los elementos objetivos de una causa de justificación deben concurrir realmente, sin perjuicio de que, en algún caso, para constatar su presencia el juez deba realizar un juicio *ex ante* colocándose en la posición del autor, por ejemplo para determinar si el medio era o no racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión en la legítima defensa” Cerezo Mir, José; Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1; cit.; p. 415.

<sup>xxxiii</sup> Roxin, C.; ob. Cit.; Sección 4ª Antijuridicidad, -§ 14, nm. 39.

<sup>xxxiv</sup> Pessoa, N. R.; ob. cit.; p. 154.

<sup>xxxv</sup> Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; p. 201. Cerezo Mir, José; Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1; cit.; p. 415.

<sup>xxxvi</sup> Caso 21, asignado como caso final a resolver en la Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>xxxvii</sup> Zaffaroni, E. R – Alagia, A. – Slokar, A.; ob. cit.; ps. 505 y 506.

<sup>xxxviii</sup> Véanse las diversas teorías acerca del fundamento del exceso en las causas de justificación en Donna, Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Teoría General del Delito; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2013; ps. 406 y ss.

<sup>xxxix</sup> En extenso para las diversas teorías acerca del análisis del error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación véase Donna, E. A.; Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Teoría General del Delito; ob. cit.; ps. 337 y ss. Sancinetti, M. A.; ob. cit.; p. 580 y ss. Roxin, C.; ob. cit.; Sección 4ª Antijuridicidad, -§ 14, nm. 51 y ss. También Muñoz Conde, Francisco; El error en Derecho Penal; Rubinzal – Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2005; ps. 21 y ss.

<sup>xl</sup> Será materia de análisis de un futuro trabajo.

<sup>xli</sup> Para un análisis distintivo entre elementos esenciales y no esenciales véase Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; ps. 171 y ss. También Luzón Peña, Diego Manuel; Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa; 2da. Edición; editorial B de F Ltda.; Montevideo – Buenos Aires; 2002; ps. 543 y ss.

<sup>xlii</sup> “... sólo habrá agresión ilegítima en los casos de acción u omisión humana, dominados por la voluntad de una persona... ‘agresión’... incluye toda amenaza de causación de un daño a un bien jurídico que provenga de un acto voluntario... contraria al deber... la agresión ilegítima debe ser real, existir fuera de la conciencia del sujeto, debe poner en riesgo el bien jurídico protegido, y en principio sólo debe darse mediante acción dolosa, o imprudente, y mediante omisión impropia dolosa o imprudente. El sujeto que se cree agredido no está en situación de legítima defensa.” Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; p. 173, p. 185, ps. 200 y 201.

<sup>xliii</sup> “En la agresión actual sólo se podrá incluir junto a la tentativa la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa... es donde encaja ‘el disponerse inmediatamente a la agresión’... El sujeto que se acerque a otro con ánimo de lesionarle blandiendo un arma contundente de modo amenazante, ya se le puede disparar en defensa a la pierna, por mucho que sólo haya tentativa de lesiones en el momento en que la víctima esté al alcance del agresor y este levante la mano para golpear”. Roxin, C.; ob. cit; Antijuridicidad, § 15, nm. 23.

<sup>xliv</sup> “... no alcanza con la idea de agresión o la mera voluntad pasiva, sino que ella debe manifestarse externamente. Esto no implica que el sujeto agredido debe esperar a ser atacado para defenderse, ya que la ley argentina permite la defensa no sólo frente a la agresión que ha comenzado sino que abarca la última etapa de la preparación, situación permitida por la ley al permitir la defensa tanto para “impedirla”, como para “repelerla” (art. 34, inc. 6º, Cód. Pen.).” Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; ps. 176 y 177.

<sup>xlv</sup> “No basta que el que se defiende haya provocado la agresión para que se excluya la legitimidad de su defensa. Es preciso que la haya provocado suficientemente, esto es, que su conducta, sin llegar a constituir

una agresión que legitime la agresión del provocado, represente un motivo suficiente para causarla” Nuñez, Ricardo C.; Manuela de Derecho Penal. Parte General; 4º Edición actualizada; Marcos Lerner Editora Córdoba; Argentina; 1999; p. 164.

<sup>xlvi</sup> “...necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño...” Roxin, C.; ob. cit.; p. 628.

<sup>xlvii</sup> “La idea de prevailecimiento del Derecho lleva a que se conceda la protección individual no sólo dentro del marco de la proporcionalidad sino con independencia de ella, de tal forma que el daño causado puede ser considerablemente mayor que el que se impide.” Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; p. 152.

<sup>xlviii</sup> “... la situación de legítima defensa comienza tan pronto como existe un peligro que amenaza al bien jurídico de carácter inmediato por medio de una agresión... la situación depende, entonces, de los medios que tiene a su mano el agresor... ‘Para ello lo que resulta decisivo es el pronóstico objetivo de un espectador experimentado colocado en la situación del agredido y no la representación subjetiva de éste. La mera intención de agredir que no ha sido accionada externamente no constituye todavía ataque alguno’”. Jescheck y Weigend, en cita de Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; p. 194.

<sup>xliv</sup> “La idea por la cual se fundamenta en la mayor parte de la doctrina la institución de la legítima defensa está dada por la expresión de que ‘el Derecho no debe ceder ante lo injusto’... es con el contrato social que el concepto de legítima defensa se consolida y toma el fuerte carácter individualista que tiene hasta el presente...” Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; p. 139.

<sup>i</sup> “solo es posible hablar de defensa necesaria, su alcance y sus límites, en tanto en cuanto pueda determinar qué es la agresión ilegítima.” Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; p. 172.

<sup>ii</sup> “... el agredido puede hacer todo lo necesario para protegerse; pero además, para afirmar la vigencia del Derecho en la sociedad, puede ejercer la legítima defensa incluso cuando no sería necesario para su protección (porque existe la posibilidad de esquivar o de pedir ayuda).” Roxin, C.; ob. cit.; Sección 4º Antijuridicidad, -§ 14, nm. 41. Entiendo que esta es la misma postura que encierra el art. 34 inc. 6º CP porque el mismo no exige evadir la agresión, sino impedir la o repelerla empleado un medio de defensa necesario y racional.

<sup>iii</sup> Acerca del aspecto subjetivo de las causas de justificación ver: Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; ps. 66 y ss. Cerezo Mir, José; Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1.; cit.; ps. 335 y ss. Gil Gil, A.; ob. cit.; ps. 78 y ss. Pessoa, Nelson R.; ob. cit.; ps. 150 y ss.

<sup>iiii</sup> “El desvalor del resultado no puede fundamentarse o quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de acción... dada la concepción del injusto que inspira nuestro Código, en la que se distingue un desvalor de la acción y un desvalor del resultado, es preciso considerar como esenciales los elementos subjetivos de las causas de justificación...” Cerezo Mir, José; Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1.; cit.; p. 411.

<sup>lv</sup> “... la mera causación física de una causa de justificación no debe ser imputada a favor del autor, del imputado, tal como no debe serle de igual manera imputado el hecho típico... el autor debe perseguir subjetivamente, esto es, tener la intención de realizar su conducta de conformidad con el Derecho, afirmándose en la norma de permiso, en este caso la defensa... se trata de un elemento final del acto libre de la conducta de justificación, que consiste en la decisión que tiene que tener relación tanto en su contenido como en su significación en la posibilidad de la atribución de la justificación... no se puede desligar el fin de defensa de la propia causa de justificación, sino que la empresa o realización de la justificante comprende la realización de la meta que está dentro de los elementos subjetivos de la justificante...” Donna, Eduardo Alberto; Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría General del Delito; cit.; ps. 95 y 96.