

LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEGÍTIMA
DEFENSA SEGÚN LA PERSPECTIVA DEL
FUNCIONALISMO RADICAL:
ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS OBJECIONES
FORMULADAS POR OMAR PALERMO AL
ENFOQUE DE GÜNTHER JAKOBS*

*THE SYSTEMATIC LOCATION OF SELF-DEFENSE
ACCORDING TO THE PERSPECTIVE OF RADICAL FUNCTIONALISM:
CRITICAL ANALYSIS OF THE OBJECTIONS FORMULATED BY OMAR
PALERMO TO THE APPROACH OF GÜNTHER JAKOBS*

*María Florencia Caminos Garay***

Resumen: En el funcionalismo radical, Günther Jakobs presenta a la legítima defensa como una causa de justificación, considerando que la acción defensiva es típica pero no antijurídica. Omar Palermo, tomando sus razonamientos, lo critica y afirma que debió concluir que es una causa de atipicidad. Este trabajo expone las dos posiciones y los motivos que avalan sostener que la acción defensiva crea un riesgo típico y que su lesión no debe ser imputable objetivamente al ámbito de organización del agresor-víctima. La agresión ilegítima y la acción defensiva, deben ser valoradas jurídicamente en sus respectivas esferas de competencia. En tal sentido, aunque es cierta la omisión del deber de salvamento por parte del agresor, éste deja de ser garante ante la reacción defensiva y se abre paso al deber de tolerancia.

Palabras-clave: Funcionalismo radical - Agresión ilegítima - Legítima defensa - Imputación objetiva.

Abstract: In radical functionalism, Günther Jakobs presents self-defense as a cause of justification, considering that defensive action is

* Trabajo recibido el 8 de mayo de 2020 y aprobado para su publicación el 1 de junio del mismo año.

** Abogada (UNC), Especialista en Derecho Penal (UNC), Adscripta en Derecho Penal II y Derecho Procesal Penal (UNC), Auxiliar del Poder Judicial de Córdoba (Cámara de Acusación) (contacto: mfcaminosgaray@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7226-9768).

typical but not unlawful. Omar Palermo, taking his reasoning, criticizes him and affirms that he must have concluded that it is a cause of atypicality. This work exposes the two positions and the motives that guarantee that the defensive action creates a typical risk and that your injury should not be objectively attributable to the scope of the aggressor-victim. Illegitimate aggression and defensive action must be legally assessed in their respective fields of competence. In this sense, although the omission of the duty of rescue by the aggressor is true, it ceases to be guarantor in the face of the defensive reaction and opens the way to the duty of tolerance.

Keywords: Radical functionalism - Illegitimate aggression - Legitimate defense - Objective imputation.

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones preliminares: A. Concepción del funcionalismo radical. B. Posición de garante por conducta precedente o injerencia. C. Autolesión y heterolesión. D. Causa de atipicidad y causa de justificación. E. Dominio de decisión. III. Estado de la discusión: A. Posición de Jakobs. 1. A favor. a) Permite instaurar límites (bienes del agresor y medio menos lesivo). 2. En contra. a) Críticas sobre la naturaleza de la intervención del agredido. b) Implica entrar en el primer escalón de la teoría del delito (diferentes entidades de valor). B. Posición de Palermo. 1. A favor. a) En determinados supuestos deviene inaplicable el instituto (y su previsión legal aparece como innecesaria). b) La atipicidad es una calificación de la defensa más favorable para el agredido (y se exponen contradicciones valorativas). 2. En contra. a) La legítima defensa no podría estar sujeta a límites normativos. b) Análisis diferenciado sobre la conducta del agredido. c) Si al agresor se lo reconoce como un ciudadano libre: ¿hasta qué punto se respeta esa libertad? IV. Toma de posición. A. La lesión de la acción defensiva no es imputable al agresor. B. La acción defensiva no constituye la respuesta normativa de la agresión. C. Tanto la atipicidad como la causa de justificación suponen una situación que debe ser justificada. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El reconocido autor del funcionalismo radical, Günther Jakobs, define a la legítima defensa como “necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica”¹, considerando que dicha acción es típica pero no antijurídica.

(1) JAKOBS, G. *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 2.ª edición corregida, 1997, p. 457.

Por su parte, Omar Palermo realizó una interesante crítica a su labor, encaminada a evidenciar ciertas inconsistencias en la postura de aquel autor, al sostener que debió arribar a la conclusión de que la conducta del agredido -quien emprende la acción defensiva- no es siquiera objetivamente típica.

Es sabido que, en su mayoría, la doctrina reconoce en este instituto una causa de justificación y de allí se fundamenta la no punibilidad. Sin embargo, situados en la dogmática jurídico-penal de la que parte el autor cuestionado, es tarea del intérprete realizar una evaluación de acuerdo al texto legal y los juicios normativos, para así adoptar una toma de posición. Dentro de este ámbito de imputación objetiva, aparecen estas dos posturas. Una propugnando la causa de justificación y otra que, por un mismo camino, defiende una causa de atipicidad. Si bien en términos prácticos el agredido no será penado por su reacción defensiva, optar por uno de estos criterios altera la inteligencia de su estudio y los efectos en la teoría del delito.

En el presente trabajo realizaré un análisis, con el fin de identificar los puntos débiles y fuertes de ambas alternativas, para luego elaborar una reflexión acerca de cómo debería zanjarse el asunto². En esa dirección, pretendo superar el debate a través de un examen integral que trae a colación criterios y razonamientos con ayuda de otros autores de la doctrina.

En un primer momento, me avocaré a precisar cuestiones que son necesarias para entrar en tema y estar ubicado en el marco teórico apropiado. Luego, abriré paso al estado de la discusión, exponiendo cada enfoque con sus aspectos a favor y en contra. Finalmente, daré a conocer los motivos que me llevan a afirmar que debe prevalecer la postura de Jakobs pese a las observaciones de Palermo. En definitiva, concluiré que en esta tendencia es correcto entender a la legítima defensa como una causa de justificación.

II. Cuestiones preliminares

Sin perjuicio de que las posturas de Jakobs y Palermo difieren acerca de qué efectos jurídicos recaen sobre quien lleva a cabo una legítima defensa y cómo ello se refleja en el modelo del delito, se puede decir que parten de igual base. Palermo sólo toma distancia de la solución de Jakobs, al afirmar que, con sus propios argumentos, debió llegar a otra conclusión. Por tal motivo, es necesario explicar previamente conceptos y consideraciones que provienen de esta orientación funcionalista.

(2) En esta oportunidad, toda vez que no resulta necesario para los fines propuestos, el trabajo dejará al margen los casos de legítima defensa de terceros.

A. *Concepción del funcionalismo radical*

En la dogmática penal, la tendencia funcionalista buscó abrir un nuevo camino, alejado del modelo de base ontológica (finalismo) y naturalista (causalismo)³. Jakobs, como uno de sus principales precursores, razona que no se puede desgajar al derecho penal de la sociedad y que se debe restablecer la vigencia perturbada de la norma, en el plano de la comunicación⁴.

Bajo este entendimiento, la *conducta humana* es la toma de posición de un sujeto respecto a la vigencia de la norma; el *delito*, una comunicación defectuosa que realiza aquél como agente social, en tanto se haya tratado de un comportamiento individualmente evitable; y la *pena*, la consecuencia de esto último, que ejerce a los ciudadanos en la confianza y fidelidad frente al derecho (prevención general positiva)⁵.

En el plano del tipo objetivo, se presenta como una fundamentación monista que refiere que la conducta típica tiene su razón de ser en el quebrantamiento de un rol, habiéndose creado y realizado un riesgo jurídicamente desaprobado⁶. La causalidad es incapaz de explicar *per se* un significado social⁷.

Hay cuatro instituciones dogmáticas que considerar: riesgo permitido (“no forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión de otro”)⁸, principio de confianza (“cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo”)⁹, prohibición de regreso (“quien asume un vínculo estereotipado-inocuo con otro ser humano, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incluya el vínculo en una organización no permitida”)¹⁰ y acciones a propio riesgo (“puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio”)¹¹.

(3) LASCANO, C. “Tendencias actuales de la dogmática jurídico-penal”, AROCENA – BALCARCE – CESANO (Dir.) *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Hammurabi, 2013, p. 69.

(4) LASCANO, C. “Tendencias actuales...”, cit., p. 73.

(5) Ibidem, p. 74.

(6) LÓPEZ DÍAZ, C. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 96.

(7) LASCANO, C. “Tendencias actuales...”, cit., p. 75.

(8) JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal*, Argentina, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 32.

(9) JAKOBS, G. Ibidem, p. 34.

(10) JAKOBS, G. Ibidem, cit., p. 36.

(11) JAKOBS, G. Ibidem, cit., p. 38.

Para que se configure el tipo subjetivo, debe haber imputabilidad, conocimiento (dolo) o al menos cognoscibilidad (imprudencia) de la realización del comportamiento y exigibilidad de la observancia de la norma. Todos estos como elementos que en conjunto constituyen el indicio necesario de un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico¹².

La evitabilidad está vinculada al dolo o la imprudencia de la propia conducta. No solo contiene el conocimiento o la cognoscibilidad de las condiciones de la obtención de un resultado, sino además la propia posibilidad de influir en el suceso¹³. No obstante, teniendo en cuenta que la tentativa es punible, lo que requiere el injusto es al menos el desvalor de evitabilidad (producción evitable) y la objetivación (al menos un movimiento corporal), por lo que queda claro que el resultado no es un elemento imprescindible en este razonamiento¹⁴.

B. Posición de garante por conducta precedente o injerencia

Jakobs manifiesta que “los límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad” y que “no todos responden de cualquier consecuencia dañina que estén en condiciones de evitar, sino que sólo se halla obligado a ello quien es titular de una posición de garante”¹⁵. Es por eso que es momento de señalar que los deberes de responder pueden surgir por responsabilidad institucional o a raíz de una responsabilidad por organización.

Existe una responsabilidad institucional cuando una persona participa de instituciones preestablecidas que constituyen a la sociedad y se encuentra con que le es impuesto un mundo ya configurado. Alguien puede ser titular de una posición de garante, aunque no haya sido el encargado de organizar el peligro del bien jurídico objeto de su deber de protección. El padre y la madre aparecen como garantes de los hijos o el Estado como garante de la seguridad interior y exterior, entre otros ejemplos que el precursor brinda¹⁶.

La responsabilidad es por organización cuando la persona tiene una libertad de actuación tolerada por la sociedad democrática, por lo que puede organizar libremente el mundo y configurarlo. Sólo responde -a diferencia del caso anterior- si supera el límite de esa libertad, que es no invadir las esferas de los demás creando

(12) JAKOBS, G. “El lado subjetivo del hecho”, *Derecho Penal en la Red*, p. 1. Disponible en: http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs_el_lado_subjetivo_del_hecho.pdf [Enlace verificado el día 21/06/2019].

(13) “Tanto el dolo como la imprudencia son formas de la evitabilidad; ambos están determinados por la cognoscibilidad de la realización del tipo; en el dolo, la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la imprudencia no.”, JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., pp. 175 y 382.

(14) *Ibidem*, pp. 204-205.

(15) JAKOBS, G. “*La imputación...*”, cit., pp. 30-31.

(16) *Ibidem*.

el peligro para los bienes jurídicos¹⁷. Un ejemplo sería que una persona chocare conduciendo su automóvil a un transeúnte, por haber excedido los límites del riesgo permitido (velocidad autorizada). Entonces, como se externalizó el peligro (invadiendo la esfera ajena), el conductor tendría el deber de salvamento con respecto al bien jurídico amenazado (vida del transeúnte).

Esta última clase es también llamada “competencia en virtud de organización”¹⁸. En ella aparece la determinación de la posición de garante por injerencia que hará que el sujeto portador responda por las consecuencias derivadas de una fuente de peligro que haya creado, tras haber introducido un curso causal dañoso en una organización ajena, quebrantando una expectativa normativa¹⁹. En otras palabras, la injerencia fundamenta un deber en una relación negativa basada en la organización previa²⁰, lo que significa que la responsabilidad de una persona emerge de un acto anterior concluido (se trate de una acción o de una omisión), a través del cual dejó de respetar el mantener las esferas separadas²¹.

No es un *status* especial del agresor lo que obliga a tolerar la acción defensiva, sino su comportamiento previo (el estado de su organización), en base a un *status* general²², por el cual se lo puede considerar responsable de las consecuencias: quien se arroga una libertad ajena debe revocar esa arrogación (deber de salvamento) y, de no hacerlo, tiene que soportar los costes (deber de tolerancia)²³. A su vez, rige el principio del *neminem laede*²⁴, el cual tiene una doble perspectiva, esto es, el deber negativo de no lesionar a otro en su autonomía personal (se presenta en forma de prohibición) y el aspecto positivo de reconocer a otro como sujeto de derecho (un mandato de acción que deriva de aquella prohibición)²⁵.

(17) LÓPEZ DÍAZ, C. “Introducción...”, cit., pp. 87-88.

(18) Ibidem, p. 89.

(19) Ibidem, pp. 88 y 90.

(20) “Se habla de una relación negativa de las personas; no existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino solo la expectativa de que no se perturbarán”, JAKOBS, G. “Teoría y praxis de la injerencia”, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.) *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 49.

(21) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 973.

(22) No quiere decir que no haya vínculo con la institución, pero se trata de la institución más general posible: el rol común de cualquier ciudadano es comportarse como una persona dentro del derecho y respetar la esfera ajena.

(23) PALERMO, O. *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 256-257.

(24) “No causar daño a nadie”, Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico*. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/neminem-laedere> [Enlace verificado el día 22/06/2019].

(25) PALERMO, O. “La legítima defensa...”, cit., pp. 242-243.

C. Autolesión y heterolesión²⁶

A primera vista, un lego reconocería de los prefijos *hetero* (“otro”, “desigual”, “diferente”²⁷) y *auto* (“de o por sí mismo”)²⁸, la misma solución que confiere una concepción naturalística. Se examina un suceso según la secuencia físico-temporal, identificando a quién efectúa el daño material, lo cual coincide con la persona que actúa en último lugar. Una víctima sufrirá una heterolesión cuando esa persona es un tercero, y una autolesión, cuando es ella quien se lesiona de propia mano. A modo de ejemplo, si A pide a B que le dispare, B es autor de una heterolesión sufrida por A. Ahora, si A pide a B que se dispare, B llevaría a cabo su autolesión.

En cambio, la concepción que este funcionalismo adopta está determinada con arreglo a criterios de imputación objetiva, en consideración de la posición de garante en cuanto a la evitación de la lesión. Se hace hincapié en quién se ha arrogado el ámbito de organización y cuál ha sido la importancia de la aportación.

Hay heterolesión si la víctima no es responsable de su daño, en tanto no ha tenido la incumbencia de tener que evitarlo. O sea, rige la consigna de que es otro (*hetero*) el que produce la lesión, pero no por el sentido material o por el haber actuado en último lugar, sino porque es un tercero el que adquirió competencia de impedirlo. En la autolesión, también persiste la idea de que es uno mismo (*auto*) el que provoca su daño, aunque por el hecho de haber actuado a propio riesgo. Por eso, no se individualiza una perspectiva fáctica ni temporal, más bien se contempla que la víctima tiene la idoneidad de imposibilitarlo, por su incumbencia frente a la evitación.

Una comparación con la concepción fenomenológica desarrollada al comienzo, sirve para advertir la distinción mediante ejemplos similares. Si A obliga a B que le dispare, A es autor y víctima de una autolesión (no una heterolesión). Si A obliga a B que se dispare, A efectúa una heterolesión que sufrirá B como víctima (no habrá una autolesión).

Por consiguiente, el injusto es propio “no sólo cuando concurre una realización de propia mano -esto sería un error naturalista-, sino cuando exista una razón para imputar lo sucedido como propio”²⁹.

(26) *Ibidem*, pp. 360-369.

(27) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=KGbVXDq> [Enlace verificado el día 10/03/2019].

(28) Real Academia Española, *Diccionario panhispánico de dudas*. Disponible en: <http://lema.rae.es/dpd/?key=auto> [Enlace verificado el día 10/03/2019].

(29) JAKOBS, G. “*La imputación...*”, cit., p. 80.

D. Causa de atipicidad y causa de justificación

La realidad demuestra que los bienes jurídicos se encuentran expuestos a riesgos en todo momento y la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a una sociedad concreta³⁰. Que una acción sea o no jurídicamente relevante proviene de lo que el derecho defina de acuerdo a las categorías sociales, debiéndose establecer si el ciudadano se comportó dentro del ámbito de competencia que le proporciona su *status*³¹. Los riesgos permitidos no suponen defraudación de expectativas porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad de contacto social. Por lo tanto, la concreción de cuáles son éstos debe entablarse *ex ante*, dado que su aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de obrar³² y, además, por respeto al principio de legalidad³³ y por seguridad jurídica³⁴.

Luego, la prohibición de un comportamiento sirve a la evitación de lesiones o puestas en peligro. Es así como se descartan conductas del círculo de lo que posiblemente se tolera, a pesar de que el riesgo de consecuencia lesiva sea socialmente normal³⁵. Aun en supuestos de riesgo insignificante, si aquéllas están descartadas por la ley, no están permitidas.

Una acción u omisión conforme al rol será considerada socialmente soportable y constituirá un riesgo permitido, lo cual implica que no realiza tipo alguno. Por ser aceptado de modo general, su obrar no tiene por qué estar inscrito en determinado contexto para ser tolerado. Distinto es lo que acontece si se crea un riesgo no permitido al ejecutar una conducta en sí prohibida, pues aquélla no estará admitida como soportable desde la perspectiva social. No obstante, este comportamiento en sí perturbador, podrá ser aceptado en función del entorno en que se encuentra especialmente³⁶.

Por lo expuesto, resulta posible diferenciar una causa de atipicidad y una causa de justificación. Se deben tener en cuenta las valoraciones de la sociedad que hacen que el derecho prohíba un comportamiento por su peligrosidad concreta o abstracta, e incluso que lo permita en particulares circunstancias. Cuando es atípico, es socialmente entendido como adecuado, como ocurre, por ejemplo, si alguien

(30) JAKOBS, G. "La imputación...", cit., p. 22.

(31) LÓPEZ DÍAZ, C. "Introducción...", cit., pp. 86- 92.

(32) JAKOBS, G. "Derecho Penal...", cit., p. 250.

(33) "El uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado sólo es posible si se da la determinación previa de lo punible", JAKOBS, G. "Derecho Penal...", cit., p. 79.

(34) Es beneficioso para las personas con capacidad de culpabilidad conocer de antemano qué riesgos están permitidos y cuáles no, para así conocer cuándo han de ser responsables.

(35) JAKOBS, G. "Derecho Penal...", cit., p. 248.

(36) JAKOBS, G. "La imputación...", cit., pp. 51-52; JAKOBS, G. "DERECHO PENAL...", CIT., PP. 419-420.

conduce su vehículo a velocidad permitida y lesiona al peatón que trastabilla en la vereda, cayendo de repente sobre su curso. Ahora, cuando la conducta es típica pero justificada, por lo general, es considerada socialmente inadecuada, pese a que el ordenamiento jurídico la tolere en el caso concreto, ante las específicas características que emanan de la situación de contexto³⁷.

Jakobs razona que la legítima defensa, analizada en forma aislada, es socialmente inadecuada, sin perjuicio de que en un determinado marco estará justificada, de acuerdo a las exigencias que el ordenamiento legal le establece. Más adelante veremos que para Palermo la acción defensiva no supera el “filtro” de imputación objetiva, por lo que, a su modo de ver, la legítima defensa debería ser considerada una causa de atipicidad de la conducta, puesto que “el comportamiento del agresor excluye la realización del tipo objetivo por parte del agredido”³⁸.

E. Dominio de decisión

El siguiente concepto normativo, más allá de que no es usado por las partes en la discusión que aquí se analiza, es traído al sólo efecto de rescatar y proponer una manera de establecer hasta dónde llega la responsabilidad de quien adquiere una posición de garante, según tenga o no la calidad jurídica que permite evitar un suceso.

Por un lado, el criterio de dominio ha sido empleado por Jakobs a efectos de resolver problemas de la teoría de la participación en los llamados “delitos de dominio”, que son aquéllos donde la responsabilidad nace de un acto organizativo en detrimento del ámbito de organización ajeno³⁹. Al respecto, señala que lo importante no es que un autor domine el hecho fácticamente, pero sí que éste tenga la competencia organizativa que hace a la atribución de un comportamiento en su ámbito de responsabilidad. Esto es, “no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho”⁴⁰, entrando en consideración el sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias. Tiene dominio para decidir acerca de la producción o no del tipo, quien siendo competente ha organizado una libertad general de comportamiento, debiendo responder de sus consecuencias⁴¹.

Dentro de las distintas teorías trabajadas en la dogmática, esta posición se sitúa en la “teoría del dominio del hecho”, la cual, para este funcionalista, permite su-

(37) PALERMO, O. “Problemas de imputación objetiva en el ámbito de la justificación penal”, *Reflexiones sobre la Cuestión Criminal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano*, Córdoba, Lerner, 2011, p. 344.

(38) PALERMO, O. “La legítima defensa...”, cit., p. 358.

(39) JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, cit., p. 730.

(40) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 742.

(41) JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.), *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 90-92.

perar las dificultades propias de las demás. En ese orden, reconoce el dominio de ejecución del hecho, el dominio de decisión y el dominio de configuración: “Junto al dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva (*dominio del hecho formal*, es decir, vinculado al tipo), están presentes el dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho (*dominio del hecho material como dominio de la decisión*) y el dominio del hecho a través de la configuración del hecho (*dominio del hecho material como dominio de la configuración*)”⁴². Diferentes en sus contenidos, conservan homogeneidad en que son “los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad”⁴³.

Al explicar la coautoría, pone énfasis en la decisión común del hecho para que pueda haber responsabilidad de un sujeto partícipe, en concepto de autor, por todo lo ocurrido⁴⁴. Y sobre la autoría mediata, expone que lo característico es la “responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión”⁴⁵, mostrando una superioridad determinada normativamente por el rango de la intervención, con la consecuencia de que a la persona tomada como instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo, quedando el hecho como propio del autor mediato⁴⁶.

De otro costado, al trabajar sobre la pena y lo que ésta quiere decir, en cuanto a que el autor organizó su libertad incorrectamente y que lo determinante sigue siendo la vigencia de la norma, explica que un comportamiento comunica su posición “en la medida en que la persona domina o puede dominar su comportamiento”. Entonces, a quien actúa de determinado modo y conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que con su conducta comunicó que, teniendo la posibilidad, “en ese momento no le importó la evitación predominantemente”. A esto lo llama responsabilidad por la propia motivación⁴⁷.

Así es como surge el concepto normativo de dominio de decisión que hace al control material del hecho en lo que atañe a la evitabilidad, sin que se trate de un asunto de naturaleza fáctica. Si bien no hay una definición expresa, ésta se deja

(42) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 741.

(43) Ibidem, p. 742.

(44) Considera que es más correcto, en lugar de una “decisión común del hecho”, en el sentido de un acuerdo siempre recíproco, conformarse con una “decisión de ajustarse”; Eventualmente, si se ve reducido el dominio de decisión, compensa la fundamentación “a través de la configuración o al menos configuración conjunta”; JAKOBS, G. Ibidem, pp. 745-751.

(45) JAKOBS, G. Ibidem, p. 763.

(46) “Al igual que el autor se puede servir de instrumentos mecánicos, también puede emplear otras personas como instrumentos suyos. No se trata de la utilización de éstas como objetos inertes (el autor empuja violentamente a un transeúnte sobre la luna de un escaparate, que queda destruida; supuesto de comisión por uno mismo), sino del empleo de acciones de otras personas”, Este conserva la condición de autor “por lo general mediante dominio de la acción, y casi siempre también mediante dominio de la configuración”, JAKOBS, G. Ibidem, p. 764.

(47) JAKOBS, G. Ibidem, p. 13.

entrevé de los razonamientos con los que Jakobs ha desarrollado la coautoría y la autoría mediata, como casos en los que existe más de un interviniente en el suceso, o porque un comportamiento humano no significa únicamente un suceso que surte efecto en el mundo exterior, sino el poder de dominio por parte del sujeto.

En síntesis, dominio de la decisión puede definirse como la capacidad normativa que el sujeto imputable dispone (al menos en forma predominante) para evitar materialmente el peligro del tipo previsto en una norma (porque depende de su posición de garante), mientras se mantiene en su propio ámbito de organización (pues si ya estuviera fuera, no tendría el deber). Quiere decir que la capacidad es considerada bajo un aspecto normativo, en función de la competencia concerniente, mientras que la evitación, controlada por este dominio, se evidencia en lo externo. El rol hace al control material, no por una cuestión naturalística propia, sino porque el rol domina la posibilidad de su realización fáctica.

III. Estado de la discusión

El dilema sobre quién debe cargar con las consecuencias lesivas de la acción defensiva permite analizar qué clase de acción constituye: si es atípica o típica pero justificada. Cada autor asigna una posición distinta al agresor y al agredido, según cómo interpretan la organización y arrogación de los ámbitos de responsabilidad, junto con el deber de incumbencia, respecto a sus conductas.

A. Posición de Jakobs

El destacado doctrinario considera al sujeto agredido como aquél a quien le incumbe el resultado lesivo de su acción defensiva, la cual es entendida como una conducta típica pero justificada.

Una agresión antijurídica actual y culpable habilita una legítima defensa⁴⁸. El ataque debe tratarse de un comportamiento que sea individualmente evitable, porque ésta es la única manera de reconocer un delito como comunicación defectuosa. En virtud del principio de responsabilidad, el agresor queda definido jurídicamente como responsable de un “comportamiento evitablemente (dolosa o imprudentemente) arriesgado de modo no permitido” y con la “imputabilidad como culpable”⁴⁹. Por su parte, la repulsión a la agresión es comprendida con el fin de proteger los bienes⁵⁰, como una acción que emerge de la esfera de organización del agredido y que debe llevarse a cabo utilizando el medio necesario disponible menos lesivo, es decir, respetando el límite dado por lo que se llama solidaridad mínima⁵¹.

(48) Se trata de presupuestos o requisitos objetivos y estructurales en el instituto.

(49) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 466.

(50) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 467.

(51) JAKOBS, G. *Ibidem*, pp. 472-476.

La agresión y la acción defensiva se ubican en los ámbitos de responsabilidad del agresor y el agredido, respectivamente. Si bien el agresor debe soportar la acción defensiva como un “coste” de la organización culpable de su ataque⁵², el daño causado ha sido organizado por el agredido y se evidencia que la lesión sufrida por el primero es producto de una heterolesión. Entonces, las conductas son estudiadas como independientes y atribuibles a personas físicas distintas, cada una actuando desde su propia esfera. Por un lado, el agresor es sujeto activo de la conducta dirigida al agredido y sujeto pasivo de la respuesta de aquél, por otro, el agredido es sujeto pasivo del ataque direccionado en su contra por el agresor y sujeto activo de la legítima defensa.

1, A favor

a) Permite instaurar límites (bienes del agresor y medio menos lesivo)

Que la acción entablada por el agredido deba considerarse típica pero justificada, es reconocer que aquél mismo ha organizado una conducta socialmente insoportable (típica) aunque tolerable en virtud de la consideración del contexto social en el que se halla (no antijurídica). De esta manera, se pueden instaurar los límites que tienen que ver con el bien que ha de ser dañado con la repulsión del ataque (que debe pertenecer al agresor) y con el medio a utilizar a dicho efecto (aquél disponible que genere la menor pérdida),

Jakobs sólo justifica el rechazo a la agresión “mediante la intervención en bienes del atacante, pero no de terceros no partícipes”, siendo que tampoco se puede perturbar la seguridad pública o el orden público⁵³. El agredido no podría defenderse de un disparo en su contra utilizando a un tercero como escudo, ni podría, como ejemplifica el autor, repeler un ataque cometiendo una infracción a la ley de armas. Al mismo tiempo, el defensor debe elegir entre los medios apropiados para la defensa “el que comporta la pérdida mínima para el agresor”⁵⁴. Así, a pesar de que no se exija la proporcionalidad en la afectación a los bienes, la defensa permitida “depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a igualdad de agresión por lo demás”⁵⁵. Vale la referencia a una situación por él planteada: “Contra un ataque con los puños, el defensor que dispone de un cuchillo sólo está autorizado a emplear el arma para amenazar (en caso de que haya expectativa de éxito y no sean de temer la lucha cuerpo a cuerpo y la pérdida de la

(52) PALERMO, O. “Problemas de imputación objetiva...”, cit., p. 329.

(53) JAKOBS, G. “Derecho Penal...”, cit., p. 471.

(54) JAKOBS, G. Ibidem, p. 472.

(55) Ibidem.

posibilidad de defensa), pero contra un ataque con un arma de fuego quedará sólo la posibilidad de acuchillar inmediatamente”⁵⁶.

Adelantándome a lo que ulteriormente expondré, Palermo sostiene que la acción defensiva del agredido constituye el cumplimiento (llámese “en representación” o “por cuenta ajena”) del deber de evitación que le corresponde al agresor por su posición de garante y, en ese sentido, sólo reconoce tipicidad en casos de extralimitación de aquella tarea. Sin embargo, si la defensa fuera atípica como él entiende, no por inexistencia de riesgo o lesión, sino porque en su naturaleza u origen fuera imputable al agresor, la aptitud del agredido carecería de antemano de relevancia jurídica en su ámbito de responsabilidad, por lo que no debería estar limitado en los modos en que puede efectuar la repulsión del ataque. Ello habilita poder cargar contra cualquier bien (valorado socialmente y protegido por el ordenamiento) o el uso de medios lesivos en desmedro de otros disponibles de menor entidad.

La previsión de límites acota el uso de la defensa a los casos excepcionales, permitiendo una reacción de forma no proporcional y sin intervención de las autoridades oficiales. Si no se respetan, la conducta no se justifica.

2. *En contra*

a) Críticas sobre la naturaleza de la intervención del agredido

Dejando a salvo que la agresión antijurídica es una creación de peligro externalizada que ha superado los límites del riesgo permitido socialmente y que el agresor tiene un deber de salvamento con respecto al bien jurídico amenazado por su posición de garante, lo cierto es que este instituto tiene sentido en tanto el ataque es resistido por el agredido. Por ejemplo, si A agrede con una navaja a B para provocar su muerte, hay dos modos con los cuales ello se puede evitar: que lo haga A suspendiendo los cortes, o que lo haga B resistiendo a golpes con una silla, provocando finalmente la muerte del atacante, como recurso necesario para que deje de lastimarlo. A es quien debe impedir, una vez iniciada la agresión de la cual es competente, que se produzca el resultado aludido, sin embargo, es B el sujeto que lo realiza.

De conformidad con ello, la situación de necesidad creada es evitada materialmente por el agredido a pesar de que, por una cuestión de responsabilidad formal, el agresor haya tenido esta obligación. Así es como se generan críticas acerca de cuál sería la naturaleza de la intervención del agredido, según los modos de interpretar los razonamientos que pregona Jakobs sobre los deberes de injerencia.

En una posición minoritaria, Palermo sostiene a la evitación del agredido como una “tarea” en representación de la posición del agresor, por lo que el accionar

(56) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 473.

defensivo equivaldría, desde lo formal, al impedimento que debió hacer aquél como obligado. Al comportamiento del agredido lo considera desarrollado dentro del ámbito de responsabilidad del agresor y éste sería víctima de autolesión. Por otro costado, también desde este enfoque funcionalista, la mayoría reconoce que la evitación es concebida como un accionar normativamente independiente, cuya naturaleza no es el cumplimiento del deber correspondiente al agresor, aunque sí la permisión concedida por el ordenamiento jurídico al agredido. Con esta mirada que encabeza Jakobs, el comportamiento del agredido pertenece a su propio ámbito de responsabilidad y el agresor es víctima de heterolesión.

b) Implica entrar en el primer escalón de la teoría del delito (diferentes entidades de valor)

Siguiendo la conformación escalonada de la estructura del delito, la calificación de “no imputable”, a raíz de una conducta atípica, aparece como un privilegio en comparación con la calificación “justificado” de un comportamiento típico que esté permitido. La tipicidad es el primer eslabón para valorar jurídicamente una acción u omisión, por ello, la atipicidad significa una menor entidad de acuerdo a los parámetros que el derecho ha delimitado en función de su sociedad. Resulta claro, en cuanto a efectos, que es preferible y está mejor posicionada la conducta que de por sí no requiere ser analizada, que aquella que merece ser evaluada jurídicamente, al menos, a partir de la inicial categoría del modelo del delito⁵⁷.

B. Posición de Palermo

Este doctrinario define a la acción defensiva como una conducta atípica y atribuye las consecuencias al sujeto que llevó a cabo el comportamiento previo, es decir, la agresión ilegítima. Excluye a la tipicidad de la defensa por cómo razona la posición de garante del agresor e interpreta al accionar del agredido como adecuado socialmente, pese a la existencia de un riesgo o lesión.

Desde comienzo entiende que el ataque agresor se corresponde con una responsabilidad de igual arsenal teórico que la originada por injerencia: el agresor es tratado como un ciudadano libre facultado para configurar a elección su comportamiento, pero a la vez, es considerado responsable de sus consecuencias⁵⁸. El quebrantamiento de la norma que obliga a toda persona a no dañar a otra, genera en el agresor el deber de interrumpir la agresión o, si esto no es suficiente, el de ayudar al agredido para que deje de sufrir los efectos lesivos de la agresión⁵⁹.

(57) La perspectiva de lo que puede resultar más beneficioso, puede ser entendida en forma relativa. La “atipicidad” que propugna Palermo sobre la acción defensiva implica trasladar su relevancia jurídica en cabeza del agresor.

(58) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 358.

(59) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 256.

Por lo dicho, el ataque antijurídico conforma una “actuación a propio riesgo” que merece reconocer una “autolesión bajo el régimen de división de tareas” en la que un sujeto se lesiona a sí mismo a través de la “tarea” emprendida por un tercero. Este último no se arroga el ámbito de organización del agresor y así es como se descarta la heterolesión. Aunque el agredido conserva plenamente su capacidad de culpabilidad, “trabaja por cuenta del agresor”, de modo que las consecuencias jurídicas de su comportamiento se producen por una co-organización en la esfera del atacante⁶⁰.

Para este criterio, la acción defensiva es en verdad una participación impune por dos razones. Primero, en tanto el agredido se adapta, en un aspecto normativo, a la organización impuesta por el agresor, lo que equivale a una contribución que no tiene sentido delictivo, sino que constituye una aportación al cumplimiento de una obligación ajena. Segundo, porque si la autolesión resulta impune para el agresor, también debe serlo para el agredido⁶¹. A la sazón, por más que el agredido sea quien “cause” -en un sentido fáctico- el daño, se da un supuesto de “imputación a la víctima” (v.g. el agresor) que obsta que recaiga sobre aquél la imputación objetiva⁶².

La legítima defensa adopta un significado normativo vinculado al deber que tiene el agresor de retrotraer su comportamiento previo que amenaza con lesionar intereses jurídicos del agredido. La actualidad de la agresión pone en evidencia que la expectativa normativa que tiene toda persona de no ser dañada no se respetará. Por ello, lo específico de esta situación es que el agredido gestiona y cumple materialmente con esa obligación que pesa sobre el agresor, pero este último sigue siendo el garante de revocar su comportamiento lesivo⁶³.

(60) Por la posición de garante adquirida por el agresor, entiende que la evitación siempre implicará una autolesión: “o bien el agresor decide cumplir él mismo con su deber de retirar la agresión y, en consecuencia, la lesión que se causa a sí mismo en cumplimiento de esa obligación debe ser considerada como una autolesión de propia mano; o bien el agresor co-organiza el cumplimiento de su deber con el agredido y la lesión que este último le causa al agresor mediante la acción defensiva debe ser tratada normativamente como cooperación en una autolesión organizada en forma de división de tareas”, PALERMO, O. *Ibidem*, p. 367.

(61) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 368.

(62) “El agresor, como la víctima de autolesión, es enteramente responsable de la situación de necesidad y sólo a él deben imputársele las lesiones que el agredido le ocasionó en legítima defensa. El agredido, como el tercero que materialmente causa la autolesión, no realiza tipo penal alguno, pues el comportamiento de la víctima (el agresor) excluye la imputación objetiva de su comportamiento”. PALERMO, O. “Problemas de imputación objetiva...” cit., p. 346.

(63) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 359.

1. A favor

a) En determinados supuestos deviene inaplicable el instituto (y su previsión legal aparece como innecesaria)

A veces la agresión logra lesionar al agredido sin el alcance pretendido y/o a terceros⁶⁴, pero en determinados supuestos, tanto el sujeto que agrede como el agredido, quedarán exentos de ser responsables penalmente de sus comportamientos. Quien agrede, porque su conducta constituye una autolesión y puede que no afecte a terceros. Quien es agredido, porque su acción es normativamente neutra y está sustraída de la imputación objetiva, al estar comprendida en la esfera de organización del aquél otro. Entonces, aunque el agresor cargue con las consecuencias de su obrar previo y padezca la lesión como víctima, él mismo sería autor de su lesión y no el tercero agredido que se defendió.

Estos casos exponen como innecesaria la previsión legal de la legítima defensa. La acción defensiva es considerada, desde lo normativo, una conducta neutra comprendida en una cadena de efectos producidos por la agresión ilegítima, sin perjuicio de que -como se verá y en contra de lo que comparto- Palermo exige de esa calidad neutra al margen por el cual el agredido se haya extralimitado en el uso del medio racional empleado para emprender, en lugar del agresor, la evitación a la que aquél estaba obligado.

b) La atipicidad es una calificación de la defensa más favorable para el agredido (y se exponen contradicciones valorativas)

Teniendo presente que la atipicidad es una calificación más favorable que la justificación, Palermo apunta a “contradicciones valorativas” que reforzarían la imputación objetiva de la acción en legítima defensa al agresor. Un supuesto es cuando el conflicto se atribuye normativamente a la víctima, por ser ésta quien ha infringido sus deberes de autoprotección (por ejemplo, cuando un peatón cruza descuidadamente la calzada y es arrollado por un automovilista que circula dentro del ámbito del riesgo permitido) y otro es cuando aquélla está obligada a soportarlo, por ser el resultado de un infortunio (para quien ha perdido su cosecha de granos por una tormenta)⁶⁵.

Aunque ello no logra variar la ubicación sistemática del comportamiento del agredido, la posición de este autor demuestra que es fructífero cuestionar a Jakobs

(64) Por ejemplo, si un agresor hubiera querido dar muerte al agredido incendiando la casa donde éste se encuentra con su familia, pero sólo consigue lesionarlo levemente con quemaduras, ya que el agredido impidió el otro resultado dañándolo a golpes mientras aquél trababa el portón de salida.

(65) Por este motivo, sostiene que la diferencia entre los distintos supuestos señalados está en que el instituto versa en una “imputación objetiva en situaciones de contexto” y que sólo está justificado un tratamiento por separado a los fines didácticos o expositivos de la teoría; PALERMO, O. “La legítima defensa...”, cit., pp. 384-386.

el porqué de esta no imputación objetiva al agresor, como así también profundizar sobre los problemas sistemáticos⁶⁶. Consigue enriquecer el estudio de la legítima defensa y la responsabilidad del garante por un deber de injerencia, en conjunción con las acciones a propio riesgo.

2) *En contra*

a) *La legítima defensa no podría estar sujeta a límites normativos*

La legítima defensa no podría estar sujeta a límites normativos, ya que el argumento de esta postura significa imputar la lesión proveniente de la acción defensiva al agresor por su posición de garante. Si bien en este instituto no importa la proporcionalidad en la afectación (porque cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor⁶⁷), cualquier bien que se afecte (sin importar su titularidad) o cualquier modalidad empleada para evitar el ataque, sería una cuestión penalmente irrelevante en tanto la acción defensiva sea catalogada como atípica. Aquí me remito a lo alegado en favor de la postura de Jakobs: una conducta atípica no será abordada por la teoría del delito, ya que queda fuera del campo del derecho penal ahondar y juzgar sobre ella. Puesto que la defensa queda englobada en el ámbito de competencia del atacante que ha dado inicio al curso lesivo, podría tratarse de una acción que lesione bienes del agresor o de otra persona, sin que se requiera medir la racionalidad de la extensión o intensidad del daño.

Es cierto que Palermo aborda esto último como el caso de exceso en la legítima defensa, en la que tipificaría la extralimitación del agredido de conformidad con los criterios normativos de atribución que ofrece la teoría de la imputación objetiva. De todos modos, no resulta razonable su propuesta. Ésta consiste en un reparto de cargas de responsabilidad de una misma conducta, entre el agresor y agredido. Implicaría poder dividir, como por tramos temporales, la autoría y efectos de la acción, según la intensidad o extensión en la utilización de un medio, en vez de que ello recaiga en igual sujeto: dentro de los límites, como una justificación, y fuera de aquéllos, como una atenuación. Al mismo tiempo, no tendría sentido que se imponga un límite si el supuesto accionar del agredido es neutro y consecuentemente atípico (irrelevante jurídicamente). Recordemos que la extralimitación deriva de una conducta impuesta al agredido y que es atribuida al agresor. Siendo así, ¿cómo puede el agredido excederse sobre la base de un comportamiento que no domina porque

(66) La idea de Palermo es que, por coherencia con los demás supuestos en donde las consecuencias se atribuyen normativamente a la víctima, las consecuencias de la legítima defensa no deberían ser atribuibles al agredido, porque es el agresor quien inicia el curso riesgoso que lo perjudica.

(67) JAKOBS, G. "*Derecho Penal...*", cit., p. 472.

le fue impuesto? En todo caso, el agresor tendría competencia de evitar aquel plus, dado que el margen excedido formaría parte de su autolesión⁶⁸.

Entiendo contradictorio que este autor exprese que “no es legítima una defensa crasamente desproporcionada frente a una agresión irrelevante” y que “el derecho a un mínimo de solidaridad integra la personalidad del agresor”⁶⁹. Sostiene a la acción defensiva como un “aporte normativamente neutro a la autolesión del propio agresor”⁷⁰ (sin relevancia jurídica por estar sustraída de la imputación objetiva, siendo así atípica) aunque reconoce cuándo ha de ser una conducta “legítima” o “excedida”, asignándole un valor o graduación. El agredido debe cumplir los límites de la regulación o el mínimo de solidaridad cuando interviene organizando su libertad de manera impuesta por el agresor. Además, sugiere que quedaría excluida la imputación objetiva del ataque que fuera insignificante, pero que, si dicha exclusión no ocurriera, “el agredido está obligado a un mínimo de consideración con el agresor”⁷¹.

Aquel mínimo de consideración que alude Palermo, brinda la pauta de que, por más que se lo tenga al agresor como responsable de la acción defensiva, es al agredido a quien se lo sujeta en su comportamiento con un baremo de medición desde el inicio. Su actuar no es puramente causal y está lejos de ser neutral normativamente o de ubicarse en el ámbito de organización del agresor por una organización impuesta. Más bien, el derecho le demanda al agredido un mayor o menor reparo, según la entidad del ataque. La defensa no es neutra ni impuesta, en todo caso, es provocada.

b) Análisis diferenciado sobre la conducta del agredido

El expositor hace un análisis diferenciado del aspecto “representación” y de “arrogación”, toda vez que insiste en que la representación del agredido no va de la mano con arrogarse la esfera de organización ajena⁷². Explica que el agredido se adapta a la organización que le ha impuesto el agresor y que la acción de salvamento de sus bienes no debe ser analizada en forma aislada, sino en conexión con el deber del agresor⁷³. Con todo, este razonamiento denota una vez más la compleja interpretación que realiza sobre la defensa.

(68) El margen de “exceso” se vincula a los límites que estén previstos en un ordenamiento jurídico.

(69) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., pp. 440-441.

(70) PALERMO, O. “*Problemas de imputación objetiva...*” cit., p. 344.

(71) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., pp. 440-441; PALERMO, O. “*Problemas de imputación objetiva...*” cit., p. 344.

(72) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 361.

(73) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 368.

Por un lado, limita la intervención del agredido a una referencia física dentro de la secuencia temporal del suceso, al tomarlo como “causante” del cumplimiento material de la obligación del agresor (trabajo por cuenta ajena) y que por eso no se arroga el círculo de organización de éste⁷⁴. Es decir, lo sindicó como un medio organizativo⁷⁵ y con ello podría afirmarse que sólo realiza aportaciones instrumentales. Por otro, reconoce en quien se defiende una persona enteramente responsable, porque sólo así podría cobrar significado normativo la legítima defensa como derecho que le ha sido reconocido⁷⁶.

Palermo anticipa que se lo puede criticar por diluir la personalidad del agredido, al mismo tiempo que su capacidad de culpabilidad dejaría de ser un presupuesto para la relevancia jurídica de su acción defensiva. Sin embargo, rechaza la idea de que el resultado lesivo causado por dicha acción sea considerado como un supuesto de autolesión en autoría mediata, toda vez que, para él, el agredido debe “conservar” formal y materialmente su personalidad durante la reacción. En ese orden, señala que definir al agredido como un medio organizativo del agresor no quiere decir que este último utilice al primero como un instrumento para dañarse a sí mismo⁷⁷.

Por otra parte, aunque se muestra de acuerdo con que el agredido mantiene su libertad de organización y su capacidad plena de culpabilidad en su intervención en el suceso, su fundamento de una “co-organización” se desdibuja cuando sostiene que al agredido se le ha impuesto la organización por parte del agresor y que con esa libertad debió actuar por cuenta ajena. Se expone la contradicción con la referencia de un “medio organizativo”. La “co-organización” alude a una organización a la par y “medio organizativo” a la tarea de una sola conducta proveniente del agresor (como si se tratara de una sola organización). Asimismo, no se define bien el carácter de la imposición al agredido, en tanto éste teóricamente mantiene su libertad de organización (si le imponen una acción ¿está organizando su libertad?).

También lleva a cuestionar el desdoblamiento que encierra el accionar de este sujeto que se defiende, puesto que la concepción indica que “cumple con el deber del agresor al mismo tiempo que ejerce su derecho subjetivo”⁷⁸. Entonces, está el cumplimiento de un deber que le es ajeno y el ejercicio de una facultad que le es propia. Con tal reconocimiento, un mismo sujeto actuaría, simultáneamente, con dos calidades o como dos personas distintas.

(74) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 361.

(75) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 363.

(76) “Así, pues, sólo un sujeto de Derecho puede reconocer en el otro esa condición y, para ello, es necesario que no sólo el agresor, sino también el agredido, tenga plena capacidad de culpabilidad.”, PALERMO, O. *Ibidem*, p. 361.

(77) PALERMO, O. *Ibidem*, pp. 365-366.

(78) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 360.

c) *Si al agresor se lo reconoce como un ciudadano libre: ¿hasta qué punto se respeta esa libertad?*

En consonancia con lo precedente, teniendo en cuenta que al agresor se lo reconoce como un ciudadano libre que puede configurar su comportamiento, se da el siguiente interrogante: ¿hasta qué punto se respeta esa libertad? La crítica va dirigida al hecho de que Palermo dice reconocer esa libertad y más tarde entiende que el agredido actúa en su lugar, sin que dicho proceder haya sido elegido o decidido por el agresor.

El autor adelanta que esto puede cuestionarse, dado que el agresor no tendría voluntad de ser “representado” por el agredido o, dicho en otros términos, el agresor no quiere al agredido como “trabajador por cuenta suya”⁷⁹. No obstante, compara esta situación con otros supuestos de representación en que es indiferente la voluntad del representado o del trabajador por cuenta ajena⁸⁰. Recurre llamativamente a una explicación que parte de una perspectiva fenomenológica: expresa que el agresor actúa, desde un punto de vista material, con una voluntad irracional de individuo, y de inmediato profundiza que debe tomarse la voluntad de aquél de ser representado como persona socialmente construida (en el sentido de ser un ciudadano fiel a las normas), siendo ello una construcción normativa⁸¹.

Entonces, así como al agredido se le impone la organización de su libertad, vemos que al agresor se le impone ser representado por el agredido. Luego, entender que el agredido representa al agresor para cumplir su obligación de evitar, implica una organización que fácticamente perjudica a este último (pues sale lesionado), pero que formalmente lo beneficia (cumple su deber de salvamento).

IV. Toma de posición

Evidentemente, Palermo ha elaborado buenos argumentos en aras de reformular las interpretaciones de los postulados principales de Jakobs. Empero, ha dejado en el camino otros razonamientos que merecen ser tenidos en cuenta, en función de un análisis integral de este funcionalismo radical. En tal sentido, si bien advierte debilidades o asuntos que requieren mejor respaldo en la posición que critica, su tesis no resulta suficiente para determinar que no estén dados los fundamentos para que la legítima defensa sea una causa de justificación.

(79) “Ciertamente, si se tiene en cuenta su voluntad real, el agresor, lejos de querer lesionarse a sí mismo, lo que quiere con su comportamiento es lesionar la esfera de libertad del agredido”, PALERMO, O. *Ibidem*, p. 364.

(80) “Los hijos menores de edad, por ejemplo, pueden no querer ser representados por sus padres, pero, aun así, cuando los padres disponen del patrimonio del menor, lo hacen expresando su voluntad, aunque esto no se compeadzca con la realidad fáctica de la situación”, *Ibidem*.

(81) Explica que hay que sacar al agresor de su irracionalidad y volverlo a situar en la sociedad real. *Ibidem*.

Además de las deficiencias expuestas sobre su postura⁸², la discusión necesita recurrir a otros criterios y a la ayuda de trabajos de autores enmarcados en este paradigma.

A. La lesión de la acción defensiva no es imputable al agresor

El dominio de decisión aparece como factor normativo que serviría para explicar a qué ámbito de organización pertenece una conducta. Como se explicó al principio, quien tiene la posición de garante, tiene la capacidad normativa para controlar el suceso y, en consecuencia, evitarlo materialmente. Lo imputable es haber tenido esa posibilidad de evitar, pues se trata de haber conocido (dolo) o al menos haber conocido (imprudencia), los elementos de su comportamiento.

Así, pues, según *Claudia López Díaz*, para que cierto comportamiento sea imputable a la víctima y no al tercero, deberían reunirse como requisitos: a) que la víctima tenga bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa; b) que la víctima sea un sujeto responsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo, y que, además, el peligro sea conocido o cognoscible; y c) que el tercero no tenga una especial situación de protección frente al bien jurídico (esto es, que no tenga una posición de garante con respecto a la persona que se pone a sí misma en peligro)⁸³. Desde el plano de la víctima, aquí interesan los dos primeros.

La autora señala “aunque fácticamente el tercero actúe con posterioridad a la víctima, ésta tiene el dominio de la decisión, cuando después de la intervención del tercero está dentro de la órbita de su incumbencia (de la víctima) evitar el resultado y tiene la capacidad de hacerlo”⁸⁴. Aquél “sí” y “cómo” del control sobre un daño no queda sujeto a quién haya actuado en último lugar, sino en esta otra clase de control que repercute en la sucesión natural del hecho. Para una mejor comprensión propone el siguiente ejemplo: si dos personas, A y B, se ponen de acuerdo para ocasionarse la muerte quedándose encerradas en un vehículo con escape de gas y los vidrios cerrados, por más que A hubiera dado entrada al letal tóxico, B mantuvo un dominio de decisión al permanecer dentro. Dicho dominio continúa vigente hasta el final, pues puede evitar autolesionarse descendiendo del automóvil sin que la intervención de A lo limite⁸⁵.

Traspolado a la legítima defensa, se advierte que el agresor víctima no tiene bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la creación del riesgo del cual resulta su lesión. Aquella capacidad de evitar el resultado lesivo dirigido

(82) Ver apartado “2) *En contra*” del desarrollo de la posición de Palermo.

(83) LÓPEZ DÍAZ, C. *Introducción...*, cit., p. 151.

(84) LÓPEZ DÍAZ, C. *Ibidem*, p. 155.

(85) LÓPEZ DÍAZ, C. *Ibidem*, p. 156.

en su contra, no tiene que ver con una posibilidad fáctica (porque es innegable que quien ejecuta algo fenomenológicamente puede omitirlo), sino con la incumbencia que puede revelarse con el concepto normativo de dominio de decisión. Éste hace al control que le falta al agresor, situado en su ámbito de competencia, una vez que irrumpe el agredido para defenderse. En lo que a ello atañe, hay que diferenciar las clases de riesgo que entran en juego.

Por un lado, está la agresión antijurídica que hace nacer la posición de garante del agresor y que le exige a éste evitar el resultado lesivo al que apunta (A tenía la obligación de evitar el resultado muerte en B, por el ataque que dirigió en su contra). El dominio de decisión que tiene versa en controlar su ataque, en su esfera de organización, pudiendo interrumpir o modificar su ejecución antes de que afecte el bien jurídico protegido (como ser, desviando la puñalada), o bien, revirtiendo la situación de necesidad que ya se encuentre creada (llevando al agredido al hospital para que sea curado). Por otro, si el agredido obra en su defensa, crea un nuevo riesgo que sólo él puede controlar y culmina formalmente la inicial situación de peligro junto al control correspondiente del agresor.

El agredido no está alcanzado por la obligación que en lo formal le compete al agresor, en tanto está inmerso en otra situación de riesgo, y tampoco actúa realizando un “trabajo por cuenta de” o una “tarea en representación”. El resultado dañoso final depende sólo de una acción defensiva que no es normativamente neutra. Por ello, tampoco puede hablarse de una co-organización controlada e impuesta por el agresor. Así y todo, es inevitable que, en la apariencia externa del comportamiento defensivo, controlado por el agredido, se dé igual efecto que si dicho agresor hubiera cumplido la obligación que el derecho le exigía por su posición de garante (evitación del daño a B). De allí las comprensibles confusiones acerca de su naturaleza dogmática y comunicativa.

Por otra parte, en lo que refiere al segundo requisito planteado, entiendo que este agresor-víctima es un sujeto responsable a quien el desencadenamiento de una acción defensiva le puede resultar conocido o cognoscible, en base a criterios de la experiencia común de la sociedad que, incluso, son los que motivan la regulación jurídica de la legítima defensa⁸⁶. Jakobs considera a la agresión que habilita la legítima defensa como antijurídica⁸⁷ y a la imputabilidad del agresor como culpable, por lo que aquél evidencia falta de motivación jurídica por un comportamiento que tiene que ser evitable⁸⁸. Siguiendo estas características, en forma consciente, genera una primera situación de peligro que incide como marco para que se origine la defensa.

(86) Si bien la norma le puede ser exigida, se está frente a la situación de un instituto tenido en cuenta por el derecho porque puede suceder en casos excepcionales. Por ello se verá que no es posible calcular la dimensión del riesgo y que no puede la acción defensiva serle atribuida como su conducta.

(87) JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., p. 457.

(88) JAKOBS, G. *Ibidem*, p. 465.

Pues bien, lo que no puede el agresor es calcular o dimensionar el riesgo proveniente de la acción defensiva. Al configurar su libertad organizando el ataque, no puede prever racionalmente la legítima defensa bajo un pronóstico objetivo, ya que versa en un instituto que de por sí es previsto legalmente frente a situaciones que son excepcionales. Es una cuestión vinculada al anterior postulado. Esta incapacidad en la víctima acompaña el no poder controlar el resultado lesivo que sufre, conduciéndonos nuevamente a la idea normativa de un dominio de decisión que escapa a su posición de garante y, en ese sentido, a su ámbito de organización. El peligro de agresión antijurídica abre paso a una reacción, pero cuando se da la defensa culmina la situación de necesidad de la cual el agresor era garante y encontramos la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado perteneciente al ámbito de competencia del agredido.

Manuel Cancio Meliá también ofrece pautas que permiten determinar que la lesión resultante del comportamiento del tercero que se defiende (agredido) no es imputable a la víctima (quien agredió antijurídicamente) y que la acción defensiva es un comportamiento típico. Cuando aborda la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, aclara que ello no estriba en la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material y que “opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (‘víctima’) emprende conjuntamente con otro (‘autor’) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico”⁸⁹.

Resulta fundamental analizar qué debe entenderse como la realización de una actividad conjunta, ya que una vez que se identifica, “el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima”⁹⁰. Para el autor, esto se debe a la libertad de organización que tiene cada sujeto: si es utilizada de modo arriesgado para sus propios bienes, como titular asume preferentemente los daños que puedan derivar. Lo contrario implicaría privarle dicha libertad e imponer a los demás –quienes no son titulares– un deber de tutela⁹¹.

El punto de partida es constatar una interacción entre autor y víctima. La organización conjunta “no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución”, pues ello no modifica la calidad de todo el suceso⁹². Entonces, al soslayarse el concreto reparto material de las tareas, el expositor se posiciona en una perspectiva normativa en la que el factor dominante es la conducta realizada por un sujeto que es responsable⁹³. Una actuación es conjunta en tanto suceda dentro de un mismo ámbito de responsabilidad.

(89) CANCIO MELLÁ, M. “Conducta de la víctima e imputación objetiva”, DONNA (Dir.), *Revista de Derecho Penal, Eximentes de la responsabilidad penal I*, 2006/2, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 61.

(90) CANCIO MELLÁ, M. *Ibidem*, p. 62.

(91) CANCIO MELLÁ, M. *Ibidem*, pp. 58-59.

(92) CANCIO MELLÁ, M. *Ibidem*, pp. 62-63.

(93) *Ibidem*.

Palermo cita a este autor para sostener, respecto al agresor y agredido, que “ambos emprenden conjuntamente una actividad peligrosa que culmina con una lesión de los bienes jurídicos de la víctima imputable a esta última”⁹⁴. A pesar de ello, la lectura que debe hacerse aquí es que existe, en vez de una actuación conjunta, la concurrencia de conductas que han creado riesgos distintos. Se han organizado comportamientos de modo independiente e importa tomar en cuenta, de nuevo, el dominio de decisión, ya que interesa el control normativo que se le reconoce a quien es competente, con relación a la generación de un daño y a la hora de configurar el mundo con libertad.

En resumen, advierto que la lesión resultante de la legítima defensa no deriva de una conducta que se emprenda *conjuntamente* por el agresor –víctima- y el agredido –autor. Sólo el agredido, al configurar su libertad, emprende en su círculo de responsabilidad la conducta que genera un riesgo no permitido que daña al agresor, por lo cual, es también el que posee el dominio de decisión en esa instancia⁹⁵.

De otro costado, existe un breve aporte doctrinario de *Fernando Córdoba* cuando se expide sobre el contenido comunicativo de los comportamientos típicos⁹⁶. Partiendo de la concepción de Jakobs, toma a la conducta individualmente evitable como aquélla que puede comunicar una postura con relación a la norma⁹⁷, realizando un abordaje vinculado al plano subjetivo en el cual es fundamental entender que “evitabilidad requiere previsibilidad”⁹⁸. Explica que conocimiento (forma calificada asociada al dolo) y previsibilidad (piso mínimo para la imputación jurídico-penal, con relación a la imprudencia) son las formas de evitabilidad. Que el sujeto, con sólo quererlo, ya está en condiciones de impedir un riesgo⁹⁹.

De este modo, si el dominio de decisión hace a la capacidad normativa de evitar que he venido desarrollando y que es propia del sujeto competente, resulta razonable

(94) “En la legítima defensa entre el agresor y el agredido existe esa organización conjunta que es un presupuesto para la imputación objetiva del suceso al agresor. En efecto, al arrogarse su ámbito de organización, el agresor ‘involucra’ normativamente al agredido en una organización conjunta arriesgada en la que el agresor está obligado a retirar el curso lesivo que ha iniciado.”, PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 380.

(95) Además, cuando Jakobs habla de organización conjunta, entra en el campo de la participación, donde intervinientes se dividen el trabajo para realizar una obra y refiere a una concertación previa que en este supuesto no aparecería. Cuando Palermo señala que hay una co-organización y una autolesión bajo el régimen de división de tareas, no se advierte una concertación previa entre el agresor y agredido. Pero a más de ello, ¿cuándo comenzaría la actividad conjunta de la que habla Palermo? ¿desde la agresión o desde la defensa?

(96) CORDOBA, F. “Dolo y evitabilidad individual”, *Pensar en derecho*, p. 216. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-y-evitabilidad-individual.pdf> [Enlace verificado el día 06/06/2019].

(97) *Ibidem*.

(98) CORDOBA, *Ibidem*, p. 220.

(99) *Ibidem*.

destacar a la previsibilidad como un elemento a valorar, conforme los conocimientos y capacidades intelectuales¹⁰⁰ del agente al momento de actuar. Esto nos conduce a reafirmar que el daño provocado por la acción defensiva sólo puede ser evitado por el agredido, toda vez que el agresor no tiene previsibilidad respecto a un riesgo jurídicamente desaprobado cuyo control le es ajeno, por pertenecer al agredido.

B. La acción defensiva no constituye la respuesta normativa de la agresión

Aprovecho aquí las propias palabras de Palermo: “en una situación de legítima defensa, sólo mediante la referencia a una norma es posible definir al atacante y al atacado en sus respectivas ‘posiciones jurídicas’ de agresor y agredido”¹⁰¹. Así, todavía se observa una respuesta favorable a categorizar la acción de defensa como típica pero justificada al entender cómo operan las relaciones de riesgo en virtud de las normas. Éstas desaprueban determinados riesgos según se ponga en peligro los bienes valorados por la sociedad y de allí que se generen expectativas de comportamiento, confiando en que los sujetos con capacidad de culpabilidad acataran tales regulaciones. La imputación de un resultado lesivo se corresponde con la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues, si es producto de un riesgo distinto, no puede serle atribuido al autor.

De acuerdo con ello, sirve reconocer concretamente que la lesión que provoca la acción defensiva no se condice con la expectativa quebrantada por el agresor, por lo que no le debe ser imputable a aquél. En palabras simples, por un lado está el deber que incumple el agresor al atacar la esfera ajena, basado en una relación negativa que sólo garantiza la expectativa de no dañar al agredido como un tercero, más no un daño propio¹⁰². Por otra parte, está la defensa del agredido cimentada en un permiso que excepcionalmente habilita, frente a determinadas circunstancias del contexto, que se invada esta esfera ajena (aquella del agresor) y se reaccione de “mano propia” (sustituyendo el accionar de las autoridades oficiales), mediante un “comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto”¹⁰³ (comportamiento que es en sí prohibido).

Lo antes dicho guarda total coherencia con lo expuesto por Jakobs al señalar que el agresor debe soportar los costes de haber defraudado una expectativa de comportamiento jurídicamente garantizada y que con la acción defensiva se protege al bien jurídico protegido y “nada más”. Es Palermo quien apunta a una supuesta

(100) Menciona la inteligencia, memoria, capacidad de combinación, velocidad de pensamiento, entre otras circunstancias internas y externas que pueden incidir sobre esas capacidades, tales como la falta de tiempo, estados de cansancio o excitación, etcétera; CÓRDOBA, F. “Dolo y evitabilidad...”, cit., p. 222.

(101) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., p. 435.

(102) Las relaciones negativas pueden configurarse como prohibiciones o como mandatos; JAKOBS, “*Teoría y praxis...*”, cit., p. 50.

(103) JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., p. 419.

contradicción sistemática al respecto, remarcando que de esta forma se trata a la defraudación de la expectativa normativa como si fuese cognitiva, lo cual implicaría tratar al agresor como un peligro y no como un sujeto responsable¹⁰⁴. Sin embargo, individualizando la obligación que pesa sobre el agresor y la autorización que recae en el agredido, lo cierto es que esta defraudación no es tratada cognitivamente como el crítico señala, sino en forma normativa a través de la sanción penal prevista por el quebranto del deber de no dañar al otro (como ocurriría, por ejemplo, con la pena que merecería el agresor, en caso de continuar vivo, por una lesión consumada o tentada). Igualmente, el reconocimiento del agresor como persona puede vislumbrarse en el principio de solidaridad, en tanto más allá de los límites la legítima defensa es inadmisibile.

No hay que tener a la conducta defensiva como la respuesta normativa que merece la defraudación de una expectativa también normativa, pues para eso, está la pena del deber infringido. Ello resulta conteste, incluso, con lo sostenido por Palermo en cuanto a que “el aspecto simbólico-comunicador no es el mismo en la pena que en la legítima defensa”¹⁰⁵. Como dice Jakobs: “La autorización para defenderse con arreglo a la medida de lo necesario para la protección del bien –y no en proporción a la gravedad delictiva del ataque- excluye la posibilidad de considerar a la legítima defensa como un castigo”¹⁰⁶. Si una agresión antijurídica da pie a una legítima defensa, el agresor la soporta tan sólo como un coste (deber de tolerancia), toda vez que corre por vía separada la sanción que, de poder ser aplicada, sí se ocupa de reafirmar la validez del ordenamiento jurídico. Es decir, la lesión que deriva de la acción defensiva no se encuentra atrapada en la responsabilidad del agresor por su posición de garante tras quebrantar éste una expectativa normativa.

Conforme lo explicado, está la norma que prevé una sanción para el agresor, cuyo fundamento está en haber violado un deber de organización. El resultado dañoso de la legítima defensa, en cambio, debe imputarse al agredido, puesto que aquél organiza el riesgo jurídicamente desaprobado en sí, sin perjuicio de la autorización que le confiere una norma permisiva, a raíz del peligro que corren sus bienes y de modo excepcional. Si se tuviera en cuenta la expectativa defraudada como fin, aparecería la pena como respuesta, y allí sí podría plantearse otra clase de inconsistencia, puesto que la pena debe ser proporcional y la legítima defensa no requiere serlo. Pensado de otra manera, si la legítima defensa fuese una pena, debiera ser proporcional o –como menciona el precursor funcionalista- no se entendería la exclusión de agresiones delictivas que el agredido advierte inidóneas¹⁰⁷.

(104) PALERMO, O. “*La legítima defensa...*”, cit., pp. 431-432.

(105) PALERMO, O. *Ibidem*, p. 357.

(106) JAKOBS, G. “*Derecho Penal...*”, cit., p. 467.

(107) En ese orden, tras indicar que en la legítima defensa se defiende el bien atacado “y nada más”, las palabras de Jakobs son de suma claridad: “Bien es verdad que si se tuviese en cuenta el ataque a la validez de la norma la legítima defensa ganaría en proporcionalidad, pero ello no es ne-

C. Tanto la atipicidad como la causa de justificación suponen una situación que debe ser justificada

José Milton Peralta ha hecho conocer su mirada respecto al “crecimiento de la capacidad del tipo de dar soluciones con la paralela reducción del ámbito de las causas de justificación”¹⁰⁸, revelando que la categoría de las causas de justificación, dentro de la teoría del delito, “se ha ido vaciando debido a que ciertos institutos, intuitivamente justificantes, ahora son comprendidos como excluyentes del tipo penal”¹⁰⁹. Considera que la razón de esta problemática está en cuestiones normativas y no en la estructura de las cosas¹¹⁰.

Asimismo, tuvo en cuenta que la tesis de Palermo¹¹¹ es una determinada manera de comprender a la legítima defensa como causal que excluye la tipicidad, ante una visión destinada a favorecer el libre desarrollo del individuo. Sin perjuicio de ello, y en consonancia con lo que expone sobre el consentimiento, razona que siempre estará presente una justificación, aunque sea en un sentido más débil. Entender que estos supuestos no constituyen una excepción a una situación normalmente injustificada, pero sí una razón para no considerar siquiera prohibida en general esa conducta, no impide que igualmente supongan “algo externo llamativo que permite preguntar *por qué se realiza*”¹¹².

Si bien el citado autor asume que se trata de una similitud estructural que no obstaculiza la diferencia normativa¹¹³, su perspectiva refuerza, a mi modo de ver, la importancia de mantener a la acción defensiva como un comportamiento típico. Las razones normativas del funcionalismo radical tendrían mayor aceptación con un mejor correlato en su apariencia externa. Esto interesa a los fines de cómo deberían ser percibidas las expectativas garantizadas por la sociedad, en función de los roles. Además, como infiere Peralta en una nota al pie, si la idea del riesgo permitido

cesario, dado que el Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto imputable aun a costa de bienes importantes. Por lo demás, si se parte de la vigencia del ordenamiento jurídico, así como del carácter punitivo de la legítima defensa, no se puede entender la exclusión de la legítima defensa en agresiones constitutivas de grave delito, pero advertidas por el agredido como agresiones inidóneas”. JAKOBS, G. *Ibidem*, pp. 464, 467 y 474.

(108) PERALTA, J.M. *Motivos reprochables - Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Argentina, Marcial Pons, 2012, p. 206.

(109) PERALTA, J.M. *Ibidem*, p. 205.

(110) PERALTA, J.M. *Ibidem*, p. 206.

(111) Lo invoca en su nota al pie número 30. Allí explica que hay razones para suponer que algunas causas de justificación, como la legítima defensa, están íntimamente emparentadas con el consentimiento. Toma a Palermo como ejemplo de autor que ha dicho que “la lesión en legítima defensa no es un hecho típico pero justificado, sino ya un hecho completamente irrelevante desde el punto de vista penal”. *Ibidem*.

(112) *Ibidem*.

(113) *Ibidem*.

absorbe como hechos atípicos cuestiones que antes eran justificantes, se vuelve a generar la necesidad de distinguir los motivos que fundamentan la tipicidad de aquellas que la excluyen, sólo que ahora dentro del tipo penal¹¹⁴.

V. Conclusión

En el funcionalismo radical, Günther Jakobs presenta a la legítima defensa como una causa de justificación, considerando que la acción defensiva es típica pero no antijurídica. Omar Palermo, tomando sus razonamientos, lo critica y afirma que debió concluir que es una causa de atipicidad.

En este trabajo se distingue lo que es la “causalidad”, como criterio naturalístico, de la “incumbencia” del autor por la organización, como criterio normativo que hace a la obligación de responder. El distanciamiento que un agente puede tener con respecto a la realización del tipo, está sujeto a que su obrar no haya estado abarcado por la posición de garante. En ese caso, la imputación podrá estar ubicada en el ámbito de incumbencia de otra persona que creó una nueva relación de riesgo.

Frente a las dos posiciones expuestas, he desarrollado cuáles son los motivos que avalan sostener que la acción defensiva crea un riesgo típico y que su lesión no debe ser imputable objetivamente al ámbito de organización del agresor-víctima. En tal sentido, hay aspectos que merecen especial atención para sostener que los argumentos de Palermo son insuficientes para alterar la ubicación sistemática que Jakobs otorga a la legítima defensa. Entre ellos: el dominio de decisión, el deslinde de dos riesgos en un solo contexto, la previsibilidad (como piso mínimo que hace a la evitabilidad), que el daño generado por la defensa no se corresponde con el quebrantamiento efectuado por el agresor de una expectativa jurídicamente garantizada y la necesidad de recurrir a una justificación frente a todo hecho externo que sea llamativo.

Entonces, aunque es cierta la omisión del *deber de salvamento* del agresor pese a su incumbencia, el agredido crea otro riesgo por el cual se le atribuye el resultado dañoso. El agresor dejó de ser garante ante la reacción defensiva y toma lugar el *deber de tolerancia*. Corresponde imputar objetivamente al agredido la lesión que provoque la legítima defensa, excluyendo su punibilidad a partir de una justificación (sujeta a condiciones), mientras que en el agresor (si de la defensa no resultara su muerte) podría subsistir una responsabilidad penal por consumación de alguna otra lesión o a título de tentativa. Esto último por cuanto, en algunos supuestos, el agresor ya habría dado inicio a la ejecución de actos tendientes a producir un delito, cuya posibilidad de desistir y, consecuentemente, evitar, pierde por causas ajenas a su voluntad (la defensa del agredido).

(114) Lo señala en su nota al pie número 29. *Ibidem*.

La agresión ilegítima y la acción defensiva, deben ser valoradas jurídicamente en sus respectivas esferas de competencia. Lo único que hace el agresor con su ataque es generar el marco del cual procede la realización de una defensa como conducta típica.

VI. Bibliografía

CANCIO MELLÁ, Manuel. "Conducta de la víctima e imputación objetiva", en DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal. Eximentes de la responsabilidad penal I*, 2006/2, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

CÓRDOBA, Fernando. "Dolo y evitabilidad individual", *Pensar en derecho*, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-y-evitabilidad-individual.pdf>. [Enlace verificado el día 06/06/2019].

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a edición corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- "El lado subjetivo del hecho", *Derecho Penal en la Red*, disponible en http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs_el_lado_subjetivo_del_hecho.pdf. [Enlace verificado el día 21/06/2019].

- "El ocaso del dominio del hecho", Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.), *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000.

- *La imputación objetiva en derecho penal*, Argentina, Universidad Externado de Colombia, 1998.

- "Teoría y praxis de la injerencia", Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Comp.), *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni, 2000.

LASCANO, Carlos Julio. "Tendencias actuales de la dogmática jurídico-penal", AROCE-NA Gustavo A. - BALCARCE, Fabián I. - CESANO, José D. (Dirs.) *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Hammurabi, 2013.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

PALERMO, Omar. *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

- "Problemas de imputación objetiva en el ámbito de la justificación penal", *Reflexiones sobre la Cuestión Criminal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano*, Córdoba, Lerner, 2011.

PERALTA, José Milton. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Argentina, Marcial Pons, 2012.

