



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES

Tesis Doctoral

Titulo: "La legítima defensa y el estado de necesidad como causales de justificación del daño en el ordenamiento jurídico positivo argentino"

Tutor: Prof. Dr. Marcelo J. LÓPEZ MESA

Autor: Mario Luis VIVAS

2009

INDICE

Introducción	1
Capítulo I. La tipicidad en el Derecho penal. Analogías con el Derecho civil.	4
1. Tipo del Derecho penal. Comparación con el ilícito en Derecho Civil.	4
1.1. Tipo penal	4
1.2. Comparación con el ilícito civil	11
1.3. Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Comparación con el sistema de responsabilidad civil extracontractual	24
1.3.1. El tipo objetivo del delito doloso en Derecho penal. comparación con el Derecho civil.	25
1.3.1.1. El sujeto autor del tipo penal y el civilmente responsable	25
1.3.1.2. La acción del derecho penal y la conducta en la responsabilidad civil	27
1.3.1.3. El objeto de agresión en el Derecho penal y el daño causado en el derecho civil	37
1.3.1.4. La imputación del resultado típico penal y la relación de causalidad en Derecho civil	41
1.3.2. El tipo subjetivo del delito penal. Su comparación con el Derecho civil	59
1.3.2.1. El dolo en el delito penal	59
1.3.2.2. El dolo en el delito civil	65
1.3.3. El tipo subjetivo del delito imprudente	70
1.3.3.1. La culpa en el delito penal	70

1. Alcances del concepto	166
2. Efectos de la ausencia de antijuridicidad	183
3. Unidad de las causas de justificación en el ordenamiento jurídico	190
4. La sistematización de las causas de justificación	196
5. Diversas cuestiones que se plantean en las causas de justificación	204
5.1. Cuestiones de error en las causas de justificación	204
5.2. Elementos de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras	214
5.3. “Acto illicita in causa” y provocación en las causas de justificación	218
5.4. Exceso en las causas de justificación	232
6. Los elementos subjetivos de justificación	248
7. Causas de justificación y causas de inculpabilidad	257
Conclusiones parciales	271

Capítulo IV. La legítima defensa como causa de justificación de la responsabilidad civil extracontractual	276
1. Antecedentes. Concepto	276
2. Los fundamentos de la legítima defensa	281
3. Derechos tutelados por la legítima defensa	298
4. Requisitos para la configuración de la legítima defensa	303
4.1. Agresión ilegítima	303
4.2. La racionalidad de la defensa legítima	319
4.3. La falta de provocación suficiente	342
4.4. El problema de la defensa de terceros y de los daños a terceros	345
5. La legítima defensa en el Derecho civil	349
5.1. La justicia personal o autoayuda	354
5.2. Los efectos de la legítima defensa del Derecho penal sobre las reglas de la responsabilidad civil extracontractual	365
Conclusiones Parciales	366

Capítulo V. El estado de necesidad como causa de justificación de la responsabilidad civil extracontractual	368
1. Antecedentes	369
2. Concepto	374
2.1. Situaciones de necesidad	376
2.2. Naturaleza jurídica	378
2.3. Diferencias entre legítima defensa y estado de necesidad	382
3. El estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante	384
3.1. Diferenciación	384
3.2. El estado de necesidad como causa de justificación (o estado de Necesidad justificante)	387
3.2.1. En el estado de necesidad ofensivo y defensivo	387
3.2.2. El estado de necesidad por colisión de bienes o de intereses y de deberes	397
3.2.3. El elemento subjetivo de la justificación	432
3.3. El estado de necesidad como causa de exculpación (o estado de necesidad disculpante)	435
4. El estado de necesidad en el Derecho civil	448
5. La cuestión del traslado de la figura del estado de necesidad de un ámbito jurídico a otro	457
5.1. Daño legítimo provocado en estado de necesidad	470
Conclusiones Parciales	476
Conclusiones Finales	480
Bibliografía	484
Otras Fuentes de Información	493

Firma del alumno.

Aclaración del alumno.

Firma del Director de Tesis.

Aclaración del Director de Tesis.

Firma autoridades de UCES

Firma autoridades de UCES

INTRODUCCION

La doctrina se inclina mayoritariamente en afirmar que son cuatro los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: daño causado, relación causal, antijuridicidad y factores de atribución (subjetivos y objetivos).

Puede señalarse que a cada presupuesto de la responsabilidad le corresponde su correlato eximente. Así podemos mencionar que al daño causado, se contrapone la figura de la inexistencia de daño causado; a la relación causal se opone el caso fortuito y la fuerza mayor, el hecho del damnificado o el de un tercero extraño; a los factores de atribución, la ininmputabilidad y la no culpa, para algunos.

Con relación a la antijuridicidad, es del caso señalar que parte de la doctrina española e italiana (y a la que ha adherido cierto sector de la vernácula), ha propuesto su aniquilamiento liso y llano, razón por la cual ha de ser objeto de particular atención en el presente estudio.

En materia de delitos, tanto en el territorio civil como en el penal, la antijuridicidad está enlazada necesariamente con la tipicidad.

En ese sentido, sólo lo que es típico es antijurídico, aún cuando no son conceptos identificables y tienen diferente extensión en cada uno de los campos. Como aclaración sustancial, cabe dejar sentado que en la parcela delictual, las nociones de antijuridicidad y tipicidad no son equiparables, sino que ambas categorías guardan entre sí una relación de proximidad y parcial yuxtaposición. Todo lo antijurídico es típico, pero no todo lo típico es antijurídico, pues un hecho típico, cuando concurre una causal de justificación queda desprovisto de toda antijuridicidad.

Una de las diferencias más importantes reside en que en Derecho penal no hay cuasidelitos, como sí existen en el ámbito de la responsabilidad civil.

Una concordancia trascendente entre ambas tipicidades –civil y penal- consiste en que las normas que establecen tipos delictivos tanto de delitos civiles –y aún de cuasidelitos civiles- como de delitos penales ambas están formulados a la manera de mandatos imperativos de tipo positivo, es decir ni en materia penal ni en el ámbito civil se prohíbe matar, lesionar, atentar contra el pudor, sino que se establece directamente cuáles son las consecuencias de actuar de esa manera. Por ello agudos penalistas han comprobado desde antaño que los delincuentes no vulneran las normas sino que las cumplen cabalmente, al quedar su conducta perfectamente subsumida dentro del tipo respectivo.

En consecuencia, de lo postulado precedentemente, siendo la antijuridicidad lo contrario a Derecho, y teniendo en cuenta que un hecho sólo en el Derecho puede encontrar justificación, hemos de considerar a sus eximentes (en sentido genérico) como “causas de justificación”.

Conceptualmente, las causas de justificación son causales que excluyen la antijuridicidad por vía de excepción, que permiten intervenir en los bienes jurídicos ajenos, sin merecer -por consiguiente- un juicio de desaprobación.

En lo que hace a la responsabilidad civil, tales “causas de justificación” se encuentran previstas en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural.

Ello no es el caso del ordenamiento positivo argentino, ya que no se encuentran contempladas expresa y taxativamente en el Código Civil, lo que sí sucede con algunas de ellas en el ordenamiento jurídico penal.

Resulta de interés a los fines de nuestro estudio la posible aplicación de las normas de justificación del Derecho penal en la parcela de la responsabilidad civil extracontractual, ya que no son pocos los autores que dan por supuesto que tales causas de justificación resultan ser eximentes indiscutidos de la

responsabilidad civil, susceptibles de ser trasladadas de un campo al otro sin mayor análisis de sus razones¹.

De esas normas se ha escogido para el presente estudio la legítima defensa y el estado de necesidad, por ser las más difíciles y más importantes en la práctica, y teniendo en cuenta que la peligrosidad e intensidad de la agresión o el valor del bien atacado.

A partir de ello, es objetivo de investigación de esta tesis el realizar un estudio sobre la legítima defensa y el estado de necesidad, como causas justificantes de la responsabilidad civil extracontractual.

La hipótesis de la presente investigación se orienta a sostener que la legítima defensa y el estado de necesidad son causales de justificación de la responsabilidad civil extracontractual que excluyen la antijuridicidad del acto dañoso y, en el ordenamiento civil argentino, eximen de la obligación de reparar el perjuicio causado.

Se plantean dos objetivos particulares. En primer lugar, deben analizarse las legislaciones de países vinculados con nuestro entorno cultural a los fines de determinar si en todos los casos, las causales justificantes de responsabilidad civil extracontractual producen siempre las mismas consecuencias jurídicas.

En efecto, en nuestro país, como en España, carecen de una regulación legal específica en el ámbito del Derecho Civil, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno cultural: Alemania (BGB, art. 226 y ss), Italia (Cód. Civil italiano, arts. 2044 y 2045), Portugal (Cód. Civil portugués de 1966, arts. 335 a 340), Suiza (Cód. Suizo de las Obligaciones, art. 52). No obstante, en España, los arts. 20, inc. 5 y 118 del Código Penal hacen una clara referencia a la responsabilidad civil extracontractual en estado de necesidad.

Sentado ello, como segundo objetivo particular, debe analizarse cuáles son los efectos jurídicos que la legítima defensa y el estado de necesidad, como causales

¹ Ver MORELLO, Augusto. Responsabilidad Contractual. Ed. Lexis Nexis. Bs.As. 2004. p.238.

eximentes de responsabilidad civil, producen en el ordenamiento jurídico positivo argentino.

Un sector de la doctrina, tanto en el Derecho comparado, como en el local, sostienen la sinonimia entre los conceptos de daño y antijuridicidad, partiendo de la base de que todo daño es injusto y merece un resarcimiento. Trasladado ello al campo de las causales justificantes mencionadas, podría deducirse que pese a esa cualidad, acarrearían consecuencias resarcitorias.

¿Son, la legítima defensa y el estado de necesidad, causales de justificación de la responsabilidad civil extracontractual? ¿Eximen, estas causales, de la obligación de reparar el daño ocasionado? ¿Cuáles son sus consecuencias jurídicas en el Derecho comparado vinculado a nuestro entorno cultural y cuáles son en el Derecho argentino? Procurar responder estas preguntas constituyen el problema de estudio de esta investigación.

CAPITULO I

LA TIPICIDAD EN EL DERECHO PENAL. ANALOGIAS CON EL DERECHO CIVIL

En la estrategia capitular, el presente tiene por finalidad comparar los lineamientos generales de la estructura de la teoría del delito penal con la de la responsabilidad civil extracontractual.

Su hipótesis orientadora sostiene que los elementos de la teoría del delito penal y de la responsabilidad civil extracontractual son susceptibles de analogía, por contener rasgos comunes.

En la primera parte del presente Capítulo se trata “El tipo del Derecho penal y su comparación con el ilícito en el Derecho civil”; en la segunda parte, “La Antijuridicidad y tipicidad”; la tercera parte versa sobre “El sistema de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil argentino”, arribando finalmente a las conclusiones parciales.

Las técnicas de investigación y validación consistieron en el análisis bibliográfico, de contenidos y documental, y el análisis lógico.

1. Tipo del Derecho penal. Comparación con el ilícito en el Derecho civil

1.1. Tipo penal

Para poder aprehender el concepto de las causas de justificación en el Derecho penal es imprescindible dejar en claro en qué consiste el tipo penal.

La afirmación de que un hecho constituye un ilícito (la violación del orden jurídico) requiere la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada. La primera comprobación es la materia propia de

la “tipicidad”, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta, que es presupuesto de la pena, contenida en la ley².

Si un comportamiento es “típico” (ha violado la norma, coincide con el supuesto de hecho del delito) entonces surge el problema de su “antijuridicidad”, es decir de su eventual justificación. Se tratará de saber si el autor realizó el hecho típico autorizado por la ley o no. Si careció de tal autorización (por ejemplo, la legítima defensa) el hecho típico será, además, antijurídico³.

De modo que, en general, “tipo” es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal, por lo tanto, es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma⁴.

El concepto de tipo penal, entonces, se refiere sólo a las circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito. Su número tiene que ser la descripción de la acción prohibida. Así, para STRATENWERTH⁵, es la situación de hecho que hay que valorar jurídicamente, extremo que es usual en el proceso civil. Para el Derecho penal, en cambio, esta acepción está en un segundo plano. Aquí el concepto se refiere generalmente a los presupuestos jurídicos bajo los cuales una situación de hecho es jurídico penalmente significativa. Conforme a ello, el tipo consiste en la descripción (legal) de los factores de la situación de hecho que interesan para el Derecho penal.

Según su sentido más amplio, integran el tipo todos los presupuestos materiales de la punibilidad, por tanto, todas las circunstancias que fundamentan o excluyen el ilícito, la culpabilidad y la necesidad de una pena (a diferencia de los presupuestos meramente procesales, de los cuales depende solamente la

² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 219.

³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 220

⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 220

⁵ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.126

admisibilidad del proceso penal). En resumen, el tipo sólo tiene un significado específico si se lo restringe a la descripción de determinados requisitos de punibilidad, y sólo en este significado es objeto de la especial teoría del tipo⁶.

Si se parte del principio *nullum crimen sine lege*, el alcance del tipo estará determinado por la regulación legal de los presupuestos de punibilidad. Abarcará entonces la identificación legal de los elementos especiales que caracterizan una conducta como asesinato, violación, hurto, etc., las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad legalmente reguladas, como la legítima defensa o el estado de necesidad, las exigencias legales de las formas individuales de participación, como la autoría o la instigación, etc., brevemente: todas las exigencias establecidas legalmente por las cuales la conducta punible se distingue de la impune o se incide en la medida de la conminación penal. En ese sentido se habla de tipo garantía como aquella descripción de los elementos del delito por medio de la cual la ley penal cumple su función de garantía⁷.

Pero, a los fines de la dogmática del Derecho penal, aun es necesario otro concepto de tipo. Ya la enumeración de los presupuestos de la punibilidad abarcados por el tipo garantía revela que él comprende varios niveles de valoración. En esa medida es decisiva, justamente, la regulación legal; y la ley, al identificar la conducta conminada con pena, puede destacar circunstancias de carácter completamente diferente. Así, resulta evidente, ya antes de cualquier delimitación precisa entre ilícito y culpabilidad, que, por ejemplo, en un homicidio doloso cometido a petición de la víctima, el contenido de ilícito es menor que cuando es quebrantada la voluntad del afectado de seguir viviendo, mientras que, en los casos de interrupción del embarazo por la propia mujer en una situación conflictiva, no puede estar disminuido el ilícito, sino solamente la culpabilidad. El tipo garantía pasa por alto tales diferencias. Pero la sistemática

⁶Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As.2000. p.126

⁷ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As. 2000. p.127

de la estructura del delito exige precisamente la separación de los diversos niveles de valoración, y por ello, un concepto de tipo que se le adapte. Tendrá que ser, por un lado, más restringido que el concepto de tipo garantía, pues entre los presupuestos legalmente regulados de la punibilidad, habrá que hacer una selección regida por puntos de vista materiales, y por otro lado más amplio, pues deberá dar cabida a elementos no escritos. En este sentido entiende STRATENWERTH que debe hablarse de tipo (el tipo en “sentido estricto”)⁸.

El tipo en sentido estricto consiste en la descripción de la conducta contraria a la prohibición o al mandato, a la que se refiere la conminación penal⁹.

A todas las prescripciones penales le subyacen normas de conducta, prohibiciones, mandatos, que limitan los ámbitos de libertad del individuo. Pero las prohibiciones y los mandatos están formulados en forma indirecta en el Derecho penal: por medio de la descripción de la trasgresión, de la conducta contraria a la prohibición o al mandato. La norma “no debes matar”, por ejemplo, se traduce en la versión de que será penado “quien mate a un hombre”. A la situación de hecho que configura la trasgresión se la denomina materia de la prohibición o del mandato. Identificar la totalidad de los elementos que la integran (“circunstancias de hecho”) es la función del tipo en sentido propio. Si una conducta realiza todos los requisitos de ese tipo, se dice que es “típica”¹⁰.

La tipicidad significa tan sólo que la conducta contradice la prohibición o el mandato asegurados penalmente. Eso es un juicio provisional desde distintos puntos de vista. No dice aun que la conducta sea (penalmente) antijurídica, sino sólo que ella podría serlo. Por cierto, de las innumerables formas de conducta humana, los tipos deben resaltar aquellas que se desvían gravemente del orden

⁸ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As.2000. p.127

⁹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As.2000. p.127.

¹⁰ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As.2000. p.128.

social regular; intentan captar el ilícito penalmente relevante, tipificándolo. Pero, para ello tienen que servirse de formulaciones tan generales que es necesario reservar excepciones. Incluso el homicidio doloso puede ser conforme a Derecho, en determinadas situaciones extremas. Para decirlo, por ello, con más precisión, si bien con la tipicidad se establece que determinada conducta exhibe todos los elementos que fundamentan el ilícito penalmente relevante, ese indicio de ilícito aun puede ser contrarrestado, cuando interviene una causa de justificación especial. Por lo demás, con mayor razón la tipicidad no decide sobre los restantes presupuestos de punibilidad, como, en particular, sobre la imputabilidad del autor: también un autor enfermo mental y, por ello, no culpable, puede cometer un asesinato¹¹.

La distinción entre antijuridicidad y tipicidad es particularmente problemática respecto de las circunstancias de las causas de justificación: al tipo penal del homicidio es ajeno, desde nuestro punto de vista, que la acción no haya sido realizada en una situación de legítima defensa. Nuestra concepción presupone que la relación existente entre tipicidad y la antijuridicidad se expresa en que la primera es sólo un indicio de la segunda. En otras palabras: la conducta típica sólo es “sospechosa” de ser antijurídica, y por lo tanto, requiere una comprobación expresa de si está justificada o no¹².

Contra esta opinión se alza la teoría de los elementos negativos del tipo. Según ella no debe admitirse una diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad: la conducta es típica si es antijurídica. El tipo penal no estaría compuesto solamente por elementos “positivos” (que deben concurrir), como por ejemplo en el homicidio, la acción de matar, la imputación objetiva y el resultado de la muerte, sino también por elementos “negativos” (que no deben concurrir), como por ejemplo: que la acción de matar no haya

¹¹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.128.

¹² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 221

sido la acción necesaria para defenderse de una agresión antijurídica actual o inminente¹³.

En lo esencial, actualmente no se discute que el tipo en sentido estricto sólo abarca aquellos elementos de la conducta que, desde el punto de vista de una estructura sistemática del delito, integran una misma unidad material, es decir, que en la contraposición entre ilícito y culpabilidad son sólo aquellos que se deben imputar al ilícito. En cambio, está controvertida la cuestión ulterior de si el tipo se extiende sólo a las circunstancias que fundamentan el ilícito también a aquellas que lo excluyen¹⁴.

Una gran parte de la doctrina le atribuye a la trasgresión a la norma asegurada penalmente una significación autónoma. El actuar típico, según dice este punto de vista, cae gravemente fuera del orden social normal. Si bien podrá estar amparada, en ciertas circunstancias, por un precepto permisivo especial, nunca será jurídicamente indiferente, valorativamente neutral, y en ese caso se distingue de las formas de conducta que de antemano no cumplen un tipo penal. Matar a un hombre, aun cuando esté justificado por la legítima defensa, tiene una significación jurídica distinta que el matar a una mosca.

Para tomar en cuenta en el sistema del delito este papel autónomo de la trasgresión a la norma de conducta regular, el tipo es circunscrito a aquellas circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito, que separan de él la cuestión de la justificación de la conducta típica por un precepto permisivo correspondiente. La tipicidad obtiene el rango de un nivel valorativo especial. La consecuencia es una estructura del delito de tres niveles: los niveles de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹⁵.

¹³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 221

¹⁴ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.128.

¹⁵ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.129

La opinión contraria niega que a la contrariedad a la norma como tal le corresponda un peso material. Las normas de mandatos y prohibiciones y los preceptos permisivos, separados desde el punto de vista de su formulación, son vistos como unidad: según ello, la conducta “en sí” prohibida, pero permitida en el caso particular (por ejemplo, el homicidio en legítima defensa), aparece tan no prohibida como una conducta que no contradice ninguna norma. Sigue siendo indiscutida, por cierto, la prioridad lógica de la cuestión de si una acción atañe de algún modo a normas penales, frente a la otra de si interviene un precepto permisivo especial. Pero todas las circunstancias de hecho determinantes para el ilícito, tanto aquellas que lo fundamentan, como aquellas que lo excluyen, son reunidas como elementos del tipo positivos y negativos en un concepto concebido de una manera correspondientemente más amplia. De esta manera resulta una estructura del delito de dos niveles, dividido sólo en los elementos del tipo del ilícito y de la culpabilidad¹⁶.

Ambas concepciones se pueden sostener sin contradicciones lógicas internas, aun cuando esto haya sido discutido una y otra vez. Para la estructura del delito en sí misma, la discusión no tiene significación práctica: también en la segunda doctrina, como se dijo, los elementos positivos tienen que ser antepuestos a los negativos. La sucesión de ellos, por tanto, sigue siendo siempre la misma. Entonces, es recomendable seguir, al menos terminológicamente, la estructura del delito de tres niveles y contar en el tipo sólo las circunstancias de hecho (positivas) que fundamentan el ilícito. Sólo así se puede distinguir la conducta que de antemano carece de significación para el Derecho penal de aquella que si bien es típica, no es antijurídica¹⁷.

En lo sustancial, en contra de la apariencia externa, no se trata de una alternativa real. Es indiscutible que el hecho de que se cumpla un tipo penal

¹⁶ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2000. p.130.

¹⁷ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2000. p.130.

hace aparecer la conducta, en general, como irregular, como acontecer que se halla fuera del orden normal. El tipo legal debe captar, en lo posible sólo aquellas formas de conducta que sean características como ilícito, y por ello se dice muchas veces que la tipicidad es indicio de la antijuridicidad. Las acciones típicas, sin duda, no son valorativamente neutras. Por otro lado las normas prohibitivas y los preceptos permisivos se hallan materialmente unidos, en la medida que ambos afectan al ilícito. La conducta que si bien es típica, está cubierta por una causa de justificación, no es menos conforme a Derecho, en lo más mínimo, que aquella que no es típica en absoluto. Tanto una doctrina como la otra de las que se hallan en pugna tienen, por tanto, un núcleo correcto.Cuál de ellas merece prioridad no se puede decidir por vía de una discusión abstracta sobre el número de niveles de la estructura del delito. Pues la verdadera razón de la discusión reside en la teoría del error: tratar la suposición errónea de una situación de hecho justificante como (mero) error de prohibición es más plausible, si es que allí no está en juego un elemento negativo del tipo¹⁸.

1.2. Comparación con el ilícito en el Derecho civil

La antijuridicidad y la culpabilidad son elementos generales del ilícito civil y del ilícito penal.

En el ámbito del Derecho penal, por imposición del principio de legalidad y las exigencias de la seguridad jurídica, las formas específicas de comportamiento merecedoras de pena se encuentran descritas de forma expresa en las normas, son los denominados tipos penales como se ha visto precedentemente.

De tal manera que las conductas punibles harán de tener expresión, caso por caso, en el tipo de la correspondiente clase de delito o falta.

Sin embargo, la conformidad del hecho realizado con un tipo no significa, por este solo hecho, que la conducta sea contraria a Derecho – antijurídica- puesto

¹⁸ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As.2000. p.131.

que puede concurrir una de las denominadas causas de exclusión de la antijuridicidad apta para eliminar este elemento del ilícito penal¹⁹.

La rigidez de la tipicidad penal tiene una explicación coherente y entendible: la ley penal puede –y debe- prever todos los ataques al orden social que por su gravedad merezcan represión penal y en derecho penal lo que no está punido expresamente no puede ser objeto de persecución, no siendo admisibles ni los tipos penales abiertos en exceso ni, menos, las normas penales en blanco, que delegan en el juez completar la manda en el caso concreto. La legislación en materia de responsabilidad civil, por el contrario, se encuentra en la imposibilidad de prever todos los actos dañosos o perjudiciales respecto de los particulares, y de determinar por adelantado, a los efectos de adecuar a ellos la reparación consiguiente, el daño que de ellos eventualmente emergerá²⁰.

Es de interés señalar que de acuerdo al pensamiento de VON THUR, el Derecho privado no carece completamente de elementos penales. Ciertas normas descansan en la idea de que la conducta contraria al deber, debe castigarse con un perjuicio patrimonial, por ejemplo, la privación de la legítima o la indignidad para suceder.

La identidad sustancial de ambas entidades jurídicas no obsta a su diversa configuración, ya que la finalidad específica de cada ordenamiento parcial del Derecho impone un desigual tratamiento de lo ilícito.

Luego de lo expuesto cabe preguntarse si el concepto de antijuridicidad es el mismo o, al menos, si es relativamente equivalente en materia civil y penal. Para algunos la respuesta es afirmativa: ambas ramas del Derecho en orden a la antijuridicidad, comparten el concepto básico sobre que ella implica una contradicción con una norma jurídica. La antijuridicidad, como característica del hecho punible o delito penal, no presenta ninguna condición que la

¹⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 199; FORNASARI, Gabriela. I principi del Diritto penale tedesco. CEDAM. Padova, 1993. p.242.

²⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 814.

diferencie de la antijuridicidad propia del hecho ilícito civil. Si bien, la antijuridicidad es una característica que diferencia el hecho típico punible del hecho ilícito civil. Ambos hechos están en contraste con el Derecho y lo están por la misma razón fundamental de ser desaprobados por una norma jurídica, la cual no se estructura ni funciona en forma distinta para el campo de la responsabilidad penal y para el de la civil.

Sin embargo, es cierto también que ambos campos adoptan diferentes configuraciones del acto antijurídico, a saber: a) una contravención o violación normativa típica en materia penal; y b) una contradicción genérica en el campo civil.

En el terreno penal, la noción de antijuridicidad está esencialmente ligada a los conceptos de legalidad y tipicidad. La acción es antijurídica y puede ser punible, si ha sido tipificada como tal en una norma concreta y además, si lo ha sido con anterioridad a la acción (principio de *nullum crimen, sine lege* previa). En otras palabras, en materia penal “es punible sólo el que actúa típicamente. Todo hecho punible es, por consiguiente, injusto típico”.

En el marco del Derecho penal para que una conducta antijurídica constituya delito es preciso que sea penalmente típica, es decir, que se ajuste a algunas de las figuras de delito previstas. Por ello, es que puede decirse que existen delitos, pero no el delito, es decir, existen una multitud de tipos delictivos particulares, pero no una noción abstracta de acto antijurídico, pues si no existe encuadramiento en una figura penal típica no existe antijuridicidad penal²¹.

En el ámbito de los delitos civiles y en orden a la tipicidad o atipicidad de los mismos se aprecian sustanciales diferencias entre los distintos ordenamientos comparados; si bien parece apreciarse en todos ellos una tendencia hacia posiciones tibias o templadas que atemperan el rigor de los sistemas típicos y reducen la posibilidad de una discrecionalidad exagerada en los típicos. En los

²¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 812/813, cfr. MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General, Ed. DIN, Bs.As. 1989, p.141. nª 30.

²¹ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 148.

primeros, haciendo empleo de nociones y conceptos amplios que, alargando las mallas de la tipicidad, los aproximan a los sistemas de cláusulas generales. En los segundos, frecuentemente, detrás de las cláusulas generales se ocultan, con mayor o menor profundidad, técnicas de tipificación de los concretos eventos dañosos injustos y esto fundamentalmente porque las cláusulas generales no pueden ser entendidas, y de hecho no lo son, en el sentido de que todo hecho dañoso es antijurídico²².

El ilícito civil se distingue del ilícito penal –delito o falta – porque éste se configura como acción u omisión a la que el ordenamiento jurídico une el efecto sancionatorio de una pena criminal (Por ejemplo: art. 10 Cód. Penal español) en cuanto productor de un evento contrario a un interés tutelado por la norma penal – bien jurídico protegido – (y por ello es delito o falta sólo aquello que la ley penal expresamente prevé y castiga).

De esta forma, el ilícito puramente civil viene a presentarse, siempre desde el punto de punto de vista formal, como un comportamiento dañoso no tipificado por la ley penal. De allí que algunos autores como ALBALADEJO sostienen que la única diferencia entre uno y otro es que aquellos supuestos dañosos que constituyan delito o falta se someterán a la regulación contenida en el Código Penal, siéndoles aplicable sólo con carácter supletorio *ex art. 4.3. Cód. Civil español* la regulación establecida en el Cód. Civil, puesto que las normas contenidas en el Cód. Penal español, pese a ser de naturaleza civil, constituyen Derecho excepcional y las demás, por lo menos son de Derecho especial²³.

Por lo tanto, desde esa perspectiva formal, el encaje de un determinado supuesto en la órbita del ilícito penal “es un producto de una circunstancial opción de política legislativa, pues depende de la ideología y convicciones dominante en cada momento”.

²² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.200.

²³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 254. .ALBALADEJO GARCIA , Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Ed. Bosch. Barcelona .Tª II, vol. 2. 1994. 9ª. edición. p. 461.

En esta tesis subyace la idea expuesta por VON LISZT, conforme a la cual en el ilícito penal – en el delito – se protegen intereses de mayor relevancia o que la conciencia social reputa de un mayor valor, merecedores de una protección por el ordenamiento jurídico acorde con esta consideración de los mismos; por tanto, “el delito se distingue de lo injusto meramente relativo al Derecho civil, tan sólo por diferencias cuantitativas”²⁴.

La opinión tradicional se asienta en la idea que los bienes amparados por el ilícito penal son predominantemente públicos, mientras que en el ilícito civil, por el contrario, se lesiona cualquier derecho subjetivo o interés jurídicamente tutelado de un particular, originándose sólo la obligación del resarcimiento del daño ocasionado (por ejemplo: art. 1902 del Cód. Civil español) en aras del restablecimiento del equilibrio patrimonial truncado como consecuencia del evento dañoso antijurídico²⁵.

La distinción entre actos ilícitos penales y actos ilícitos civiles “deriva de la calidad de la sanción que castiga el mismo acto”, sostenía CARNELUTTI.

Según esta postura, hay ilicitud civil cuando el acto está castigado con sanciones diversas de la pena; viceversa, habrá ilicitud penal cuando también se aplica contra ella la pena. La sanción no puede ser índice idóneo para distinguir un ilícito de otro porque no es elemento estructural de ellos, sino efecto. Un acto no constituye ilícito penal por estar castigado con una pena, sino que se aplica ésta por presentar aquél carácter²⁶.

En el ordenamiento jurídico español, el concepto de ilícito civil surge de la interpretación e integración sistemática de los arts. 1089²⁷, 1887²⁸ y 1902²⁹ del

²⁴ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 254. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho penal (traducción de la 20ª edición alemana por L. Jiménez de Asúa). Ed. Reus. Madrid. 3ª. edición. Tª II. Pp. 454-455.;

²⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 254. ROGEL VIDE, Carlos La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial. Ed. Civitas. Madrid. 1977. 1ª. edición. p. 39.

²⁶ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tª IV. 2ª. Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 24.

²⁷ “Art. 1089: *Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”.

Cód. Civil español. Sin embargo, la noción de hecho ilícito enunciada en el art. 1902 del Cód. Civil español no abarca el completo ámbito de la responsabilidad extracontractual, delictual o no obligacional, dejando fuera: a) los casos de responsabilidad indirecta (arts. 1903 y ss. del Cód. Civil español) y, en concreto, la responsabilidad por los actos de aquellas personas de quienes se debe responder; b) los casos de responsabilidad objetiva. Se trata de supuestos que han de venir expresamente previstos en las normas para que generen responsabilidad, puesto que la responsabilidad subjetiva es el principio general que inspira el sistema.

Comúnmente se reconoce por la doctrina española que los elementos esenciales del ilícito civil son el daño, la antijuridicidad del hecho dañoso, el criterio de atribución (culpa, dolo, riesgo) y la relación de causalidad entre la acción y el daño.

En el ámbito del Derecho civil extracontractual en el área de la influencia jurídica francesa, el principio de resarcibilidad de todo daño cualificado como "ilícito" es una cláusula general.

Por otra parte, el ilícito penal, puede no comportar lesión de los derechos de los particulares (Por ejemplo: delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado, tráfico de armas, delitos contra la Hacienda Pública y otros delitos o contravenciones contra la seguridad pública); mientras que, por otro lado, puede suceder, como se verifica frecuentemente, que el ilícito civil, determinando sólo la lesión de un interés tutelado por una norma civil, y no de un interés penalmente protegido, no revista los extremos de un delito (por ejemplo: en el incumplimiento de una obligación o una lesión de la propiedad que no se configuren como delito).

²⁸ "Art. 1887: Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios , de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados.

²⁹ "Art. 1902: El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia , está obligado a reparar el daño causado".

PIROVANO señala que el ilícito penal se caracteriza frente al civil, en que en el primero precisaba de un reproche personal dirigido hacia el agente, fundado sobre una moral impregnada de ideas de solidaridad y respeto a la vida humana; mientras que el ilícito civil no suscita el mismo juicio de valor y a diario las personas son declaradas responsables de un ilícito civil sin que se les pueda reprochar nada. En el ilícito civil el pretexto y la finalidad de la indemnización de la víctima suprimen toda necesidad de análisis psicológico y moral del mismo³⁰.

Sin embargo, y pese a la neta distinción entre responsabilidad civil y penal, el ilícito penal comporta también el civil cuando aquél produzca un daño, surgiendo así a un tiempo la acción penal (ejercitada por el Ministerio Público de oficio cuando tenga noticia del delito, o bien mediante querrela o denuncia en su caso) y la acción civil (privada) ejercitada por el ofendido para el resarcimiento de daños³¹.

¿Significa la prohibición de una conducta en Derecho civil o público en todos los casos y circunstancias que esa conducta, si encaja simultáneamente en el tipo de una ley penal, también supone un injusto penal?

La pregunta no se puede responder, señala ROXIN³², pues ni es conceptualmente necesario, ni siquiera conveniente políticamente, castigar una actuación prohibida civil o administrativamente cuando simultáneamente encaja en un tipo. Es verdad que por regla general resultará que si una conducta es típicamente delictiva y al mismo tiempo infringe una prohibición expresa de otra rama del Derecho, también será preciso combatirla mediante el Derecho penal. Pero no necesariamente tiene que ser así, puesto que una prohibición procedente de otro campo del Derecho pretende

³⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 255.; PIROVANO, Antoine. Faute civile et faule pénale, Ed. LGDJ. París. 1996. n^o 198.pgs. 182-183.

³¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 255.

³² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 570.

primariamente originar consecuencias jurídicas específicas de ese campo jurídico y el Derecho penal no tiene que adherirse incondicionalmente a esto con sus sanciones más graves.

En palabras de WELZEL: “La antijuridicidad, como mera relación contradictoria entre el tipo realizado y las exigencias del Derecho, es una y la misma para todo el Derecho, existen en las distintas esferas jurídicas especies diferentes de hechos típicos (materia de prohibición). Por eso, hay un específico injusto jurídico-civil o un específico injusto jurídico-administrativo. Pero únicamente hay una sola antijuridicidad. Todas las materias reguladas como prohibidas en las diferentes ramas del Derecho son antijurídicas para el orden jurídico en general³³.

Los caracteres básicos de la responsabilidad penal son: ella se basa en un reproche a la conducta del individuo; implica un castigo o una sanción, el principio de tipicidad es de estrictísimo cumplimiento y la entidad de la pena guarda relación directa con la magnitud de la sanción. En cambio, en el ámbito de la responsabilidad civil, la medida de la reparación no se determina en función de la culpabilidad del autor del daño, sino en la medida de éste, sin perjuicio de lo cual³⁴, cuando se tratare de daños inferidos dolosamente o en forma alevosa, pueda servir esta circunstancia para incrementar la indemnización³⁵.

Pero existe otra diferencia esencial entre ambas ramas: en Derecho penal, la antijuridicidad de la conducta es necesariamente por un acto personal. La persona que sufre la pena que se impone a un delito, la sufre en calidad de autor, partícipe, instigador o encubridor de ese delito, pues no cabe en derecho penal hablar de antijuridicidad refleja o por el hecho ajeno. En el ámbito de la

³³ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 49.

³⁴ Ver MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal. Parte general, 2ª edición, Revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.p. 321.

³⁵ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo, Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 12.

responsabilidad penal, por regla general, el autor del hecho ilícito y el responsable son el mismo individuo³⁶.

En el territorio de la responsabilidad civil, en cambio, no siempre el responsable u obligado a resarcir un hecho ilícito es su autor. Puede suceder, y de hecho sucede frecuentemente, que un individuo sea el autor del hecho ilícito y que otro u otros sean los responsables del mismo, es decir, que otros sean los que deban sufrir las consecuencias de la sanción que a ese delito le corresponde, de conformidad con una norma jurídica, lo que ocurre por ejemplo en diversos supuestos de responsabilidad refleja o por el hecho ajeno.

De lo visto hasta aquí, puede afirmarse que la diferencia más neta entre responsabilidad civil y penal la marca el hecho de que la responsabilidad civil puede recaer sobre personas diferentes de aquellas que han cometido el delito, mientras que en la responsabilidad penal, la imposición de una sanción requiere inexcusablemente haber participado, en algún grado, en la comisión del ilícito³⁷.

Pero además, existen otros importantes contrastes entre ambas responsabilidades:

1) Una diferencia esencial se relaciona con el principio de taxatividad. LE TOURNEAU & CADIET han expuesto que “las infracciones penales no existen más que en número limitado. El Código Penal comporta una lista de infracciones y sus correspondientes sanciones. Los magistrados deben atenerse a esta enumeración legal”³⁸. Como dijera FERRERES COMELLA, “las leyes penales deben ser precisas. Esta exigencia, que se conoce como “principio de taxatividad”, está vinculada a la seguridad jurídica y a la igualdad en la

³⁶ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo, Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 12.

³⁷ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acadenc.org.ar/doctrina/derecho-civil>). QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Las personas civilmente responsables, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – CAVANILLAS MÚGICA, Santiago – DE LA LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, Emilio, “La responsabilidad civil ex delicto”, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 145.

³⁸ LE TOURNEAU, Philippe – CADIET, Loic, Droit de la responsabilité, Edit. Dalloz, París, 1998, p. 32, N° 78.

aplicación de la ley”³⁹ e implica que la ley penal no puede contener remisiones en blanco, ni normas abiertas, ni cláusulas regias a las que el juez pueda asignar el alcance que le parezca más conveniente o atinado; a diferencia de ella, “la responsabilidad civil se caracteriza por su extrema generalidad”⁴⁰ surgiendo muchas veces de cláusulas generales o de normas bastante abiertas o, incluso, de interpretaciones judiciales bastante libres de normas abiertas; 2) La entidad de la responsabilidad penal depende, fundamentalmente, de la gravedad de la conducta reprochable, no de la del resultado lesivo; en cambio, la más ruin de las conductas puede no tener por correlato la imposición de una condena de responsabilidad civil, si no ha existido daño, por lo que puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa, pero no sin daño⁴¹. PANTALEÓN ilustra estas ideas diciendo que la responsabilidad civil extracontractual es “el reino de la buena o mala suerte”; si alguien que conducía su automóvil excediendo el límite reglamentario de velocidad, atropella a un peatón y éste pierde una pierna, puede tener “buena suerte” –que el peatón sea un jugador profesional de ajedrez- o “mala suerte”: que se tratara de un bailarín profesional; mientras que para el Derecho penal la profesión de la víctima es naturalmente irrelevante⁴²; 3) Puede haber responsabilidad penal sin que exista daño, si el delito típico ha sido configurado por la conducta del agente⁴³; por el contrario, en el campo civil, no existe responsabilidad sin perjuicio, aún

³⁹ FERRERES COMELLA, Víctor, El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una prospectiva constitucional), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 23 y ss.

⁴⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>.

⁴² Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>.

⁴³ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>. (CNCiv., Sala C, 3/4/86, “Cybuch, Onofre c. Siragusa Virsi. Eugenio”, LL 1986-C-20

mediando dolo⁴⁴; 4) La responsabilidad penal, en contraposición a la civil, es personalísima; no puede ser objeto de transacción; y es inasegurable; 5) En materia penal la responsabilidad de la víctima resulta jurídicamente irrelevante respecto de la culpa del procesado⁴⁵; el único supuesto en que la culpa de la víctima posee relevancia en dicho ámbito es cuando ella ha sido la única causa del daño, quedando así excluida la imputabilidad del autor⁴⁶. En el proceso civil, en cambio, infinidad de veces se declara la culpa concurrente de actor y demandado.

La no circunscripción de la categoría de la antijuridicidad a una única rama del ordenamiento jurídico no hace más que poner de relieve la esencial trabazón existente entre todos los sectores jurídicos parciales integrantes del mismo, puesto que la “determinación normativa” de las circunstancias que caracterizan la antijuridicidad puede encontrarse fuera del ámbito normativo que cualifica tipológicamente el supuesto de hecho que hace surgir la responsabilidad civil. De esta forma, la determinación de los “extremos normativos” de la antijuridicidad en el ámbito de la tutela penal puede encontrarse, al menos en ciertos aspectos, también en el ámbito de las normas civiles. En efecto, la configuración normativa que en el ámbito del Derecho Civil se realiza de instituciones como la propiedad, la posesión o el crédito, son asumidos para caracterizar la antijuridicidad en alguna forma de delito, y a la inversa, los extremos normativos de la cualificación de la antijuridicidad en el ámbito de la tutela civil, se pueden detraer de la disciplina de determinadas instituciones

⁴⁴ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo, Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 14.

⁴⁵ Ver SCBA, 12/11/91, “G., T. s/ Homicidio culposo”, AyS 1991-IV-174; ídem, 29/9/98, “Z., C. D. s/ Homicidio culposo”, DJBA 155-407; ídem, 14/3/01, “V., R. D. s/ Lesiones culposas”, Juba sum. B61033; ídem, 7/9/99, “T., G. V. s/ Lesiones culposas”, Juba sum. B66195. LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>).

⁴⁶ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>). Cám. Penal San Nicolás, 1/12/94, “O. C. F. s/ Lesiones culposas”, en Juba sum. B915331.

contenidas en normas de Derecho Público. A este fenómeno se ha referido MAIORCA como integración del presupuesto de la antijuridicidad *per relationem*. Sobre la base de esta integración *per relationem* de los extremos de la antijuridicidad, se tomarán en consideración, en el proceso civil, los demás presupuestos y fundamentos del supuesto de hecho de la responsabilidad civil, entre los que el citado autor señala la causalidad de la acción subjetiva y la culpa –o el dolo- como criterio de imputación del daño a la acción subjetiva⁴⁷.

Básicamente, los sistemas de ilícito civil extracontractual pueden reconducirse a dos grandes grupos:

Los ordenamientos de ascendencia francesa, informados por una cláusula general (por ejemplo: art. 1382 del *Code*, arts. 2043 del Cód. Civil italiano; art. 1902 del Cód. Civil español), considerados como sistemas atípicos.

Los sistemas informados por hipótesis de ilícitos extracontractuales específicamente disciplinadas o sistemas “atípicos”, entre los que se suele incluir el resultante del BGB –art. 823-, los de derivación alemana o del *common law*.

En una apretada síntesis, el sistema alemán, considera daño susceptible de resarcimiento (art. 823).1. BGB) las lesiones dolosas o culposas a la integridad física, a la vida, a la salud, a la libertad, a la propiedad o cualquier otro derecho ajeno –tasado-. Los arts. 824 y 825 del BGB establecen, por su parte, que son también daños los que se irrogan al propagarse noticias falsas o al cometerse seducción⁴⁸.

El sistema del *common law*, ajeno en tantos sentidos a la tradición jurídica continental, es otro de los supuestos arquetípicos en el que al menos originalmente, se acredita el principio de la tipicidad del ilícito⁴⁹.

⁴⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 50.

⁴⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 201.

⁴⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 201; ALPA, Guido. Compendio del nuevo Diritto privato. Ed. UTET. Torino.1987. p. 412 y ss. Responsabilità civile e danno. P. 464 y ss.

Originariamente en estos ordenamientos jurídicos no hay una cláusula general de responsabilidad ni, por tanto, una noción unitaria de daño. El sistema originario de responsabilidad civil era el constituido por los *torts*, conforme al cual, para obtener el resarcimiento de un daño, el perjudicado había de probar la concurrencia en el evento dañoso de los requisitos requeridos para su adscripción a uno de los varios *torts* reconocidos (*nominate torts*) y que presentaban un campo de acción tendencialmente diferenciado. Sin embargo, este sistema ha sufrido una radical transformación con la admisión y el desarrollo del *tort of negligence*, que ha devenido como la vía extracontractual por excelencia, apta para el resarcimiento de actos culposos⁵⁰.

El Código Civil holandés acoge expresamente un sistema intermedio o de “tipicidad abierta”, acomodando así el tenor literal del precepto con los resultados a los que en la práctica han conducido las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales elaboradas sobre sistemas dotados de cláusulas generales. Se ha tomado en parte el art. 826 del BGB y en parte el art. 823 del BGB, señalándose que se considerará “ilícito toda acción u omisión realizada violando un derecho, un deber impuesto o una norma no escrita atinente a una adecuada conducta social”. De modo que el *neminem laedere* constituye, sino un deber impuesto, una “norma no escrita atinente a una adecuada conducta social”⁵¹.

1.3. Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Comparación con el sistema de responsabilidad civil extracontractual

El contenido de todas las especies de tipos penales está dado por tres elementos: a) el autor, b) la acción, c) la situación de hecho. Los tipos del

⁵⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 201;

⁵¹ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 202.

derecho penal hoy conocido y vigente son básicamente tipos de acción y el Derecho penal actual es por eso un Derecho penal de acción⁵².

Las acciones tienen un lado externo y un lado interno. Por ello, se clasifican los requisitos particulares del tipo en aquellos que caracterizan la conducta por lo externo y aquellos otros que lo hacen por lo interno. En correspondencia de ello, se distingue entre tipo objetivo y tipo subjetivo, aunque en ocasiones es imposible separar un aspecto del otro⁵³.

La primera de las formas de lo ilícito es la del delito doloso de comisión. Se puede decir que éste ha constituido hasta ahora el prototipo del delito desde el punto de vista dogmático. Las restantes formas (delitos de omisión o culposos) suelen estudiarse con relación a él⁵⁴.

Los delitos dolosos se caracterizan por la coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere. Ello nos permite afirmar que, desde el punto de vista del Derecho penal, resulta adecuado analizar separadamente el aspecto objetivo del comportamiento (tipo objetivo) y el subjetivo (tipo subjetivo).

Desde el punto de vista del Derecho Civil, y particularmente en caso del Código Civil argentino, la cuestión resulta ser más sencilla: VELEZ ha clasificado a los hechos ilícitos en delitos y cuasidelitos. La diferencia entre ellos radica en que en la intención de dañar de los primeros y la falta de esta intención en los segundos: en éstos, la infracción se produce por culpa o imprudencia del agente⁵⁵.

1.3.1. El tipo objetivo del delito doloso en el Derecho penal. Comparación con el Derecho civil

⁵² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 225.

⁵³ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.141

⁵⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 243.

⁵⁵ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil; Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 363.

1.3.1.1. El sujeto autor del tipo penal y el civilmente responsable

Al describir los elementos externos de la conducta prohibida, es recomendable comenzar por el autor, es decir, por la cuestión de quién es el sujeto cuya conducta la ley conmina con pena⁵⁶.

La prohibición jurídica se dirige a cualquier persona, de allí que la mayoría de los tipos mencionan al autor en forma completamente indeterminada, con la expresión “quien”.

Con las salvedades oportunamente formuladas, los ilícitos del Derecho Civil (en sus dos versiones, sea el delito o el cuasidelito), el principio de “no dañar”, también se dirige a cualquier persona.

En una serie de delitos penales, sin embargo, la acción típica puede ser realizada sólo por personas que reúnan los presupuestos esenciales⁵⁷. Se restringe el ámbito de autores posibles, cuando se refiere a “funcionarios” y personas especialmente obligadas por razones de servicio público o también a “parientes”⁵⁸.

En muchos casos, los requisitos de la autoría denotan un deber especial, en cuya lesión reside el ilícito penalmente relevante. Así ocurre en las mencionadas cualidades del receptor de un secreto y en el funcionario, pero también en el “personal médico facultado”. Los delitos limitados de ese modo se denominan “delitos especiales”, y en particular se llaman “propios”, cuando la lesión al deber es la que fundamenta la punibilidad, e “impropios” cuando sólo la agrava. En estos casos es decisivo solamente el deber especial, y no la posición del autor en sí, de la que surge el deber⁵⁹. Una parte de la doctrina admitió que en estos últimos delitos era también de significación el deber de garantía, que se venía utilizando en la práctica y en la teoría, sólo en el marco de los delitos de

⁵⁶ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As. 2000. p.142

⁵⁷ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As.2000. p.142.

⁵⁸ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As. 2000. p.142.

⁵⁹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As. 2000. p. 143.

omisión para caracterizar el autor de los mismos. En la actualidad se abre camino un punto de vista que extiende la posición de garante a todos los tipos penales, sean éstos omisivos o activos, especiales o comunes.

La posición de garante resulta de esta manera un elemento general de la autoría también en los delitos de resultado.

La posición de garante en los delitos comunes activos se fundamenta en la realización misma de la acción, dado que todo ciudadano debe responder como garante de que sus acciones no producirán lesiones en los bienes de otros ciudadanos.

En los delitos especiales (delitos de infracción de deber), se fundamenta en el deber emergente de la posición estatutaria del autor (por ejemplo: funcionario, administrador, etc.).

En un sentido similar otros autores incluyen en todos los tipos de ilícito un elemento caracterizado como “la lesión de un deber de evitar” que también alcanzaría a los delitos activos⁶⁰.

Otras clasificaciones de la autoría caracterizan sólo una relación (interpersonal) determinada, dentro de la cual tiene que darse la conducta típica para que aparezca el ilícito específico. Configuran un ejemplo especialmente claro “los parientes en línea “descendente”, “ascendente” y los “hermanos”, en el tipo de incesto⁶¹.

En el ámbito del Derecho civil argentino, y en referencia a los hechos ilícitos allí contemplados, la norma del art. 902 establece un criterio de graduación de imputación en función de los conocimientos especiales del agente.

Obviamente, aquí no ha de darse la conducta típica sino la lesión a los intereses protegidos por la ley, agravándose la responsabilidad de quien tenga a su cargo un deber mayor de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

⁶⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 244.

⁶¹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p. 143.

Hay una tercera categoría de elementos de autor que no integran propiamente el tipo. Cuando la ley habla de una “embarazada”, que interrumpe su estado de embarazo, en vista de la situación de conflicto personal que está presupuesta en este caso, se atenúa solamente la culpabilidad de la autora. Tomados estrictamente, tales elementos también podrían ser alojados, en la estructura del delito, en el nivel valorativo de la culpabilidad; sin embargo, en general son explicados, en parte por razones de simplicidad ya en el tipo⁶².

1.3.1.2. La acción del Derecho penal y la conducta en la responsabilidad civil

El concepto de acción del Derecho penal tiene la función de establecer el mínimo de elementos que determinen la relevancia de un comportamiento humano. Dicho con otras palabras, la caracterización de un comportamiento como acción o como no acción determina si el comportamiento es o no relevante para el Derecho penal.

En ese sentido, el concepto de acción se debe referir a comportamientos de los que eventualmente se pueda predicar la culpabilidad del autor (si concurren los elementos que la fundamentan)⁶³.

Durante varias décadas la teoría de la acción fue centro de discusiones relativas a la estructura del delito.

El enfrentamiento entre los partidarios de la teoría causal y finalista de la acción terminó con la imposición de las transformaciones sistemáticas propugnadas por la última.

Desde el punto de vista más superficial la polémica se manifestaba en el lugar sistemático del dolo, que la teoría causal consideraba como una forma de la culpabilidad, mientras la teoría finalista proponía su incorporación (como simple dolo de hecho, es decir, sin incluir en el concepto de dolo la conciencia

⁶² Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As.2000. p.143.

⁶³Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As..2007. p. 245.

de la antijuridicidad) a lo ilícito. Por otro lado, también un aspecto de la imprudencia (la infracción de un deber objetivo de cuidado) debía ocupar su lugar en lo ilícito, permitiendo así que el dolo y la culpa (así entendidos) dieran lugar a dos formas diversas de lo ilícito en lugar de a dos formas de culpabilidad, como lo sostenía la teoría causal⁶⁴.

Desde un punto de vista profundo esta discusión se refería al problema del sentido de los comportamientos humanos. Mientras la teoría causal identificaba la acción humana con su aspecto causal naturalístico, la teoría final de la acción se desarrolló en un contexto científico – social en el que el sentido social de la acción dependía de la dirección dada por el autor a su acción y, por lo tanto, de la dirección subjetiva de la misma⁶⁵.

La disputa entre ambos conceptos desembocó en el concepto social de acción que procuró sintetizar aspectos de los otros dos. De acuerdo con éste “acción es conducta humana socialmente relevante”, es decir que la acción puede consistir tanto en el ejercicio de una actividad final, según postulaban los finalistas, como en la causación de determinadas consecuencias (de acuerdo con los causalistas), en la medida en la que el suceso hubiera podido ser conducido de acuerdo con la finalidad del autor. Pero este concepto ha sido también fuertemente criticado por su carencia de contenido: una conducta, se dice en este sentido, es socialmente relevante o no, si se subsume o no bajo un tipo penal⁶⁶.

Paralelamente, se ha desarrollado una tendencia que considera que el concepto de acción “tiene un papel completamente secundario” o que niega toda función al concepto de acción en la estructura de la teoría del delito. Estos criterios, en realidad, operan con un concepto ingenuo de conducta humana, pues

⁶⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 246.

⁶⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 246.

⁶⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 246.

consideran que no se necesita una teoría de la acción, dado que es suficiente con comprobar “la imposibilidad de la persona de evitar la conducta prohibida”⁶⁷.

Una opinión minoritaria pone en duda el punto de partida tradicional, según el cual el omitente debe ser concebido según los criterios existentes para el autor activo. El camino correcto, desde esta perspectiva, es el contrario: hay que partir de la omisión y ésta debe ser buscada también en el hecho activo”. Por lo tanto, lo decisivo no consistiría en el momento en que un sujeto da una puñalada a otro causándole la muerte, sino en no haberlo omitido en el momento decisivo. Así, al autor se le imputará un resultado cuando no lo haya evitado, habiendo podido hacerlo y estando ello impuesto por el derecho. El fenómeno de la acción se debe expresar, por lo tanto, en forma negativa, de tal forma que en todo comportamiento activo se verá “un no-evitar evitable en posición de garante”.

En ese sentido se señala que “el hombre se encuentra en el centro de un círculo de dominio, que al mismo tiempo, es una esfera de responsabilidad. Cuanto más se extiende al exterior, menor es la intensidad de dominio y más dudosa es la responsabilidad del garante. Por el contrario, cuanto más se acerca al centro, más obvia resulta la posición de garante. Y cuanto más se replega a su interior constituye sin duda la persona misma, en su unidad de cuerpo y alma⁶⁸.

De ello se deduce que “también el autor activo tiene que ser tratado como garante, pues la caprichosa ejecución de una conducta nada modifica respecto del hecho de la actualización de la persona como fuente de peligros potencial que se da en el movimiento corporal delictivo”. Si quien sufre una hemorragia nasal no impide a sabiendas la mancha del tapizado de un sillón o si lo hace voluntariamente, es, desde esta perspectiva, jurídicamente indiferente⁶⁹.

⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2007. p. 247.

⁶⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2007. p. 247.

⁶⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 247.

Por otra parte, procurando reducir los momentos normativos de los conceptos de acción y dando mayor relevancia a los elementos empíricos (básicamente psicoanalíticos), se ha propuesto excluir del concepto negativo de acción la posición de garante. De acuerdo con ello, el concepto negativo de acción debe reemplazar la posición de garante por el elemento peligro. Consecuentemente “se dará una acción cuando el autor, a la vista de una situación de peligro, no ejecuta la acción que lo evite a pesar de su capacidad de acción”. El peligro al que aquí se hace referencia es el “impulso de destrucción”⁷⁰.

Se ha criticado al concepto negativo de acción: en primer lugar, se ha sostenido que “el no-evitar evitable” en sí mismo carece de sustancia, pues se puede referir tanto a la mera decisión de la que proviene el suceso, como al resultado exterior del mismo. En la medida en la que se trata de algo evitable, sería claro que “también los meros pensamientos son evitables, por lo que el concepto negativo de acción no permitiría distinguir entre las conductas penalmente relevantes y las que no lo son”. La crítica no resulta convincente si se tiene en cuenta que STRATENWERTH, mal que le pese, dice BACIGALUPO, también propone un concepto negativo de acción cuando reconoce el carácter de acción a “la posibilidad de conexión consciente en la propia conducta que se desarrolla inconscientemente”. Es claro que a partir de estas consideraciones serán acciones las omisiones de conectar un mecanismo consciente de dirección de la acción cuando ella era posible. El carácter negativo del concepto no parece discutible. En realidad, la tesis de STRATENWERTH podría ser expresada como “lo conducible no conducido”⁷¹.

En la medida en la que el concepto de “acción” se limita a establecer el mínimo común denominador de todas las formas de delitos penales (dolosos y culposos, activos y omisivos) su contenido no abarca todos los elementos de un comportamiento humano, sino sólo aquellos que sirven a su función como

⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 248.

⁷¹ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 248.

elemento del delito. En este sentido la teoría de la acción parte de una distinción esencial: la acción o dirigibilidad de la acción y la dirección o dirigibilidad de los impulsos. Dicho con un ejemplo: la posibilidad o imposibilidad del autor de motivarse según las normas del derecho no es una cuestión que tenga relevancia en el marco de la teoría de la acción.

Esta distinción fue formulada inicialmente como consecuencia del concepto “ontológico” de acción (WELZEL). Pero en la actualidad este punto de vista no es aceptado y la distinción tiene una fundamentación diversa. Por un lado, se sostiene que “es el resultado del intento de formular la especie de las expectativas jurídico-penalmente relevantes y sus garantías en el contacto social”. Por otro, se afirma que la distinción sólo tiene fundamento en la decisión del legislador. Finalmente, también se piensa que se trata de una distinción paralela a la existencia entre el contenido descriptivo de la norma y el de la vinculación al valor motivadora de la imposición de la norma que en cada caso se debe determinar interpretativamente. En todo caso esta distinción cualquiera sea su fundamento último – es necesaria en un sistema en el que se reconocen dos tipos de error (de tipo y de prohibición) con diferentes consecuencias jurídicas (exclusión del dolo y exclusión de la culpabilidad)⁷².

La acción por lo tanto, es todo comportamiento exterior evitable, es decir un comportamiento que el autor habría podido evitar si hubiera tenido un motivo para hacerlo⁷³.

La evitabilidad no tiene que ser conocida por el agente pero sí debe referirse a sus concretas capacidades de acción. Por ejemplo: el autor que comprueba que su vehículo no responde al freno, pero ignora que el mismo está equipado con un freno de emergencia que, si hubiera sido accionado, habría podido evitar atropellar a un peatón, ejecuta una acción individualmente evitable, pues

⁷² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 250.

⁷³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 250.

hubiera podido detener el vehículo y no atropellar al peatón. Por el contrario, si el autor enciende fuego sin poder calcular que una tormenta inesperada lo desviará hacia unas casas que luego se incendian, no habrá acción, pues su capacidad individual de detener el viento es nula⁷⁴.

Este concepto de acción tiene la función principal de eliminar del ámbito del Derecho penal todo hecho irrelevante. Es opinión dominante – cualquiera sea la fundamentación del concepto de acción que se adopte – que no hay acción cuando se da alguna causa de exclusión de la misma.

Las causas de exclusión de la acción serían: a) los actos reflejos (por ejemplo, las reacciones producidas por un estornudo, que hacen imposible controlar el movimiento corporal como consecuencia del cual se lesiona a otro); b) la fuerza física irresistible (ejemplo: el caso del que se deriva la muerte de un niño, al ser violentamente despedido por una avalancha incontenible de personas); c) los estados de inconsciencia absoluta (el supuesto de la madre que, dormida, ahoga con su cuerpo al niño que duerme a su lado)⁷⁵.

Debe advertirse, sin embargo, que la función atribuida a las “causas de exclusión” de la acción por la teoría dominante no tienen carácter absoluto.

La denominación que se les da induce evidentemente a la falsa creencia de que en estos supuestos la acción resulta excluida en todos los casos.

En realidad, lo único que quiere decirse es que, a los efectos de la tipicidad, no puede tomarse en cuenta el movimiento reflejo o el acto realizado en estado de inconsciencia absolutamente aisladamente y por sí mismos: no puede fundarse la tipicidad de la muerte del niño en el movimiento con el que la madre dormida lo ahoga. Pero ello no quiere significar que sea irrelevante para el Derecho penal la acción de la madre de poner al niño a su lado para dormir, o

⁷⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2007. p. 250.

⁷⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2007. p. 250.

que no deba tomarse en cuenta que “el epiléptico fue por sí mismo al lugar en el que tuvo el ataque que produjo el daño”⁷⁶.

La exclusión de la acción, por tanto, en los supuestos de las llamadas “causas de exclusión de la acción” no puede afirmarse sin verificar previamente si la acción inmediatamente anterior es relevante para el Derecho penal, es decir, si fue evitable. La acción de la madre de poner al niño a su lado para dormir con él es evitable y por ende relevante para el Derecho penal. Por el contrario, el hecho debería juzgarse de otra manera (excluyendo la acción de la madre) si el niño hubiera sido puesto al lado de la madre por el padre o un tercero. En este último supuesto es la acción del que puso al niño junto a su madre dormida la que constituiría el fundamento de la tipicidad⁷⁷.

Problemático resultan también los casos en que el autor obra en un estado de alta excitación emocional, en los supuestos de las llamadas acciones en “corto circuito”; aquí el elemento voluntario se mantiene, pero se ejecuta a una velocidad tal que el agente carece de la posibilidad de movilizar reacciones inhibitoras del comportamiento. O en el de los comportamientos automatizados, sobre todo los que tienen lugar en el tráfico rodado. En estos supuestos, la opinión dominante admite el carácter de acciones de estos comportamientos sobre la base de que es posible que tengan lugar en forma consciente o bien de que es posible interponer la voluntad consciente orientadora del comportamiento⁷⁸.

La circunstancia de que entre las llamadas “causas de exclusión de la acción” y las “causas de inimputabilidad” o de “exclusión de la capacidad de culpabilidad” haya sólo una diferencia de grado o de intensidad, hace suponer que la teoría de la acción está estrechamente vinculada a la idea de culpabilidad

⁷⁶ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 251-252.

⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 252.

⁷⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 252.

y que, en verdad, representa ante todo un avance de problemas de ésta en el ámbito de lo ilícito⁷⁹.

Como se ha visto, la discusión en torno a la teoría de la acción no tiene incidencia respecto de las causas que la “excluyen”, pues en cualquiera de los sistemas éstas son las mismas. Ello pone de manifiesto que en la resolución de casos la toma de posición respecto de la acción no tiene trascendencia en este aspecto concreto, es decir, en la comprobación de si hubo o no una acción. Por lo tanto, es conveniente no confundir el concepto de acción como base del sistema dogmático de la teoría del delito, y la comprobación de la acción típica en la resolución de casos⁸⁰.

La acción prohibida, en cuya realización reside el acontecer típico, puede ser estructurada, en lo particular, de modo diferente⁸¹.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, uno de los requisitos para reclamar indemnización es la imputabilidad de la conducta dañosa.

La acción puede asumir dos formas: una positiva y una negativa, es decir, un hacer o un omitir. La acción es un elemento normal en el ámbito de los actos ilícitos. Tanto el delito como el cuasidelito “puede ser un hecho negativo o de omisión, o un hecho positivo –art. 1073 del Código Civil argentino- pero verdad es, que la omisión o acción negativa aparece como algo francamente no corriente o excepcional”⁸².

El hecho dañoso provoca, fácticamente, la lesión a un sujeto; frente a este fenómeno, el Derecho se pregunta si es justo que el daño quede a cargo de quien de hecho lo ha sufrido, o si por el contrario, debe desplazar sus consecuencias económicas a otras personas. Si no es justo, impone la obligación

⁷⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 252.

⁸⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 253.

⁸¹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p. 143.

⁸² TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I Ed. La Ley 2004. Bs.As. p. 397. En MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Responsabilidad por daños”. Ed. Ediar. Bs.As., 1971; Tª I, p. 9.

de responder; la razón por la cual produce tal desplazamiento es lo que se denomina factor de atribución⁸³.

Los factores subjetivos, se apoyan en la reprochabilidad de la conducta del dañador, sea a título de dolo (porque obró con intención de dañar) o a título de culpa (porque no haber previsto lo que debió prever).

El reproche se basa en la culpabilidad de la conducta del dañador, la que puede consistir en dolo o culpa propiamente, dejándose aclarado que no son dos especies de un mismo género, sino dos figuras autónomas que pueden integrar el elemento subjetivo de la "culpabilidad"⁸⁴.

Al mismo tiempo, y ajenos totalmente a la estructura del delito penal, se encuentran los factores objetivos, los que sustentan la justicia de la responsabilidad en motivos ajenos a un reproche subjetivo. Aquí, el legislador ha tenido en cuenta valoraciones sociales, políticas, económicas que lo han convencido de establecer férreas asignaciones de responsabilidad, sin ser revertidas por prueba en contrario. Entre ellos, se ubican la garantía, el riesgo creado, la equidad y el abuso en el ejercicio de los derechos⁸⁵.

El criterio de distinción entre ambos, lo señalan con fina lucidez los maestros LOPEZ MESA y TRIGO REPRESAS: ha de preguntarse: ¿puede liberarse de responsabilidad el demandado probando su falta de culpabilidad? Si la respuesta es afirmativa, se eximirá el accionado de responsabilidad probando que actuó sin culpa o dolo. Allí, el factor es subjetivo.

Si, de lo contrario, la demostración de su falta o culpa no tiene el efecto de liberarlo, ello implica que estamos ante un factor de atribución objetivo, por cuanto en estos casos la ley admite como eximente sólo la intervención de una

⁸³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.637.

⁸⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.642.

⁸⁵ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cita del fallo de la Cám. Crim. Córdoba, 3^a. Num. 15/05/80), L.L.980-432 (412-SP).T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.643.

causa ajena, que rompa el nexo de causalidad con la actuación del demandado⁸⁶.

Los factores subjetivos de atribución son la culpa y el dolo. Esos factores se relacionan con la intencionalidad del agente en la producción del daño y guardan entre sí una ordenación por grados⁸⁷.

Con relación a la responsabilidad por el hecho propio o personal (extremo que siempre se configura en los delitos penales, pero no necesariamente en la responsabilidad civil extracontractual), la imputabilidad (que es la adjudicación a una persona humana la autoría del hecho) requiere de un acto humano libre, en el cual la persona tenga conciencia o se halle en condiciones de distinguir el bien del mal; esto es: conozca en términos generales el principio de “no dañar a otro”⁸⁸.

Sin embargo, no cualquier acto externo realizado por el hombre, meramente objetivo o de orden físico es acción. La acción consta de dos elementos esenciales, que ANTOLISEI denomina “coeficientes”, y que son: uno interior o psíquico, que consiste en una actitud de la personalidad humana y otro exterior o física, constituida por la externación o manifestación exterior de tal actitud⁸⁹.

En cambio, los actos involuntarios, en una clasificación generalmente aceptada, se reúnen en tres grandes grupos: a) actos reflejos (no son más que respuestas del sistema nervioso a excitaciones externas), b) actos instintivos (determinados por impulsos internos) y c) actos habituales (los que siendo originariamente voluntarios se hace automáticos, por la repetición que los torna mecánicos; los llevados a cabo por el hombre en condiciones morbosas, patológicas o en estados asténicos del cuerpo humano, como son el sueño, el sonambulismo e

⁸⁶ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cita del fallo de la Cám. Crim. Córdoba, 3ª. Num. 15/05/80), L.L.980-432 (412-SP).Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.643.

⁸⁷ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cita del fallo de la Cám. Crim. Córdoba, 3ª. Num. 15/05/80), L.L.980-432 (412-SP).Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.643.

⁸⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.645..

⁸⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I Ed. La Ley 2004. Bs.As.p.398.

hipnosis y los estados provocados por el uso de estupefacientes, bebidas alcohólicas , epilepsia, etc.)⁹⁰.

Los actos ilícitos, son prima facie, siempre imputables, porque se consideran voluntarios (ejecutados con discernimiento, intención y libertad) y en tal virtud dan nacimiento a la responsabilidad civil por los perjuicios derivados de su ejecución. Pero excepcionalmente hay casos en los cuales estos actos no son imputables a sus autores, y en consecuencia no dan lugar a la responsabilidad civil de éstos, pese a lo cual generan responsabilidad refleja de sus representantes legales. Es el caso de los menores de diez años (art. 921 del Cód. Civil argentino), de los dementes (art. 921 del Cód. Civil argentino), de los de embriaguez involuntaria e inconsciente⁹¹.

Estos actos, reputados sin discernimiento por el art. 921 del Cód. Civil argentino, derivan de un mecanismo volitivo que marca su valor subjetivo, que expresa y refleja la voluntad de su autor; de ahí que deban considerarse conducta o comportamiento, en una palabra “acción” y posean efectos jurídicos⁹².

1.3.1.3. El objeto de agresión en el Derecho penal y el daño causado en el Derecho civil

Con frecuencia, aunque no siempre, el tipo penal describe un objeto del hecho de la acción (objeto de agresión) como el objeto corporal de la acción prohibida: el “otro” en su corporalidad, en el caso del delito de homicidio o en el de lesiones; la “cosa ajena”, en el daño; el “documento”, en el de falsificación o destrucción del documento, etc⁹³.

⁹⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I Ed. La Ley 2004. Bs.As.p.400-402.

⁹¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I Ed. La Ley 2004. Bs.As.p.653.

⁹² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004.p.403.

⁹³ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As.2000. p.144.

Este objeto del hecho debe ser distinguido estrictamente del bien jurídico, la situación a la que se le presta protección jurídico penal, especialmente en caso de delitos contra intereses individuales.

En primer lugar, muchos bienes jurídicos carecen por completo de un sustrato corporal o material, como lo muestran los ejemplos del normal desarrollo sexual del menor, del interés en la protección de los secretos privados o también de la libertad de configurar la propia voluntad. En estos casos no tendría sentido hablar de un objeto del hecho. Puede ser designado entonces como objeto de la acción también objetos no corporales o incluso “valores sociales” (como la “pretensión de respeto del injuriado”). Pero el concepto de objeto de acción pierde todo significado autónomo si es que ha de referirse a la realidad del bien jurídico.

En segundo lugar, el bien jurídico nunca consiste solamente en su sustrato corporal – en caso de que lo tenga -, sino que siempre comprende además la relación con el individuo o con la generalidad en cuyo favor se lo protege. Así, el objeto del hecho es el cuerpo humano, mientras que el bien jurídico es el “tener” un cuerpo incólume, como condición previa para una vida sin impedimentos; objeto del hecho es la cosa ajena como tal, mientras que el bien jurídico es la posibilidad de disposición que corresponde al derecho de dominio; objeto del hecho es el documento, mientras que el bien jurídico es su fiabilidad y posibilidad de disponer de él en el tráfico jurídico, etc.

En tercer lugar, finalmente, la acción delictiva también puede llevarse a cabo sobre un objeto corporal que no configure el sustrato material de un bien jurídico, como por ejemplo, aunque en cierta medida está discutido, en el caso de los delitos contra el medio ambiente⁹⁴.

En primer lugar puede ser caracterizado como “resultado” típico el respectivo efecto de la acción sobre el objeto del hecho: el homicidio o la lesión de un

⁹⁴ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.145.

hombre, la destrucción de una cosa ajena, la eliminación de un dispositivo de salvamento, etc. Pero ese sería un uso lingüístico inconvenientemente estrecho. Pues también en los delitos que no tienen un objeto del hecho hay un resultado separable de la acción prohibida misma, no necesariamente ligado a ella. Así, en los delitos contra el honor, la frase desacreditante no sólo debe ser expresada, sino que además debe ser percibida (y comprendida) por otra persona; recién entonces se cumple el tipo objetivo. Tiene pleno sentido extender el concepto de resultado a aquellos procesos; por lo tanto, a todo efecto de la acción prohibida, abarcado por el tipo, que vaya más allá de la ejecución de la acción como tal. En cambio, no debería considerarse como “resultado” la sola lesión de un bien jurídico protegido. Un resultado así entendido pueden tener también los delitos de pura actividad, como el abuso sexual de niños; por lo tanto, de ese modo perdería sentido la contraposición de las dos categorías de delitos. Además, la ley puede requerir un resultado delictivo determinado también en casos en que la lesión del bien jurídico queda completamente fuera del acontecer típico, como lo muestra nuevamente el ejemplo de la eliminación de dispositivos de salvamento, o en aquellos casos en que ella falta por completo, como en los delitos contra el medio ambiente⁹⁵.

El resultado en sentido estricto, implica, por lo tanto, una lesión del objeto de la acción y no cualquier consecuencia vinculada a ésta (Por ejemplo, no es resultado del delito de homicidio el dolor ocasionado a los familiares de la víctima). Esta lesión del objeto de la acción debe distinguirse de la lesión del objeto de protección, que está constituida por la lesión del bien jurídico. Todo delito (inclusive los de pura actividad) se pueden caracterizar como lesión de un bien jurídico (la injuria, por ejemplo, lesiona el bien jurídico del honor), pero no todo delito requiere la lesión de un objeto determinado. Los delitos de lesión

⁹⁵ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As.2000. p.146.

serían, entonces, aquellos en los que la lesión del bien jurídico tiene lugar a través de la lesión de un objeto protegido⁹⁶.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el daño causado consiste en un perjuicio que debe afectar un interés legítimo jurídicamente protegido, y no cualquier interés de hecho del reclamante; es decir que el daño resarcible no se identifica con las meras repercusiones desfavorables que pueda tener el hecho ilícito en numerosos patrimonios distintos del de la víctima inmediata, correspondiendo sólo la acción indemnizatoria a quién o quiénes sufran un perjuicio propiamente jurídico, por resultar lesionados sus derechos subjetivos amparados por la ley⁹⁷.

El daño es el presupuesto central del delito civil (y de la responsabilidad civil toda) puesto que sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria. Sin que exista perjuicio no hay responsabilidad civil, lo cual no es más que una aplicación del principio general según el cual sin interés no hay acción⁹⁸.

No obstante lo dicho, conviene destacar que si bien el daño es condición de la responsabilidad civil, en cambio no lo es del acto ilícito que la genera; el resultado dañoso es, en efecto, sólo una consecuencia posible aunque no constante de la falta; y puede perfectamente incurrirse en una figura delictiva sin perjudicar a nadie. Ello ocurre con algunos delitos penales, como el “abuso de armas” (art. 104 del Cód. penal argentino) y en principio en todas las tentativas (arts. 42 y ss. del Cód. penal argentino), que se consuman aunque no se ocasione ningún perjuicio efectivo. Respecto del abuso de armas se ha dicho que es una figura de peligro (delito de peligro), que queda patentizada con el obrar del acusado de efectuar un disparo en dirección a un grupo de personas que se encontraban a muy corta distancia, las que corrieron un grave e

⁹⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.254-255.

⁹⁷ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 423.

⁹⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 394.

inminente peligro de ser alcanzadas por el proyectil⁹⁹. Todo lo cual permite generalizar en el sentido que los delitos de peligro no acarrearán indemnización, salvo que de su verificación se acredite la existencia de daño. En lo que respecta a los delitos del Cód. Civil argentino (homicidio, atentado a la libertad individual, violación o seducción de mujer menor de 18 años, hurto o robo) sin embargo, presupone de antemano la existencia de daño.

No sucede lo mismo con el de calumnias e injurias, pues señala el art. 1089 del Cód. Civil argentino que se deberá indemnización “si probase...que le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero”.

En igual sentido, en los supuestos de estupro o rapto, el daño queda exculpado mediante la excusa absolutoria del matrimonio con la víctima.

1.3.1.4. La imputación del resultado típico penal y la relación de causalidad en el Derecho civil

Señala STRATENWERTH al respecto que el resultado caracterizado en el tipo sólo tiene significación para el Derecho penal si se debe a la conducta humana. Ahora bien, esta conducta puede presentarse como producción activa o como no evitación pasiva del resultado. A ello se le corresponde la distinción entre delitos de acción y de omisión.

En el caso del delito de acción, la producción del resultado tiene que provenir de la actividad humana, es decir, tiene que existir entre ambos una relación efectiva, exterior. En el caso normal de la práctica, eso no constituye un problema especial. Si la muerte de la víctima, por ejemplo, es consecuencia de una lesión por un disparo de arma, la lesión corporal, consecuencia de un cuchillazo, el incendio de un edificio, consecuencia de una explosión de una bomba molotov, etc., entonces, se habrá comportado en forma típica, en todo caso aquel que disparó el tiro mortal, clavó el cuchillo que lesionó a la víctima o

⁹⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cita del fallo de la Cám. Crim. Córdoba, 3ª. Num. 15/05/80), L.L.980-432 (412-SP).Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 391.

arrojó la bomba. Pero la cuestión puede plantear dificultades considerables cuando la acción y el resultado están muy alejados uno de otro o cuando se relacionan entre sí en una forma más complicada. Por ello, desde hace mucho tiempo se discute profundamente en la jurisprudencia y en la doctrina los presupuestos precisos bajo los cuales el resultado puede ser imputado a la conducta de autor¹⁰⁰.

La doctrina más antigua trataba esta cuestión solamente como propia de la causalidad. El resultado podía serle imputado (objetivamente) a un hombre, siempre que se pudiera decir que él lo había causado, y sólo en este caso. De ese modo, todo lo demás dependía de cómo se definiera, por su parte, la causalidad¹⁰¹.

Entre la acción y el resultado, conforme con las teorías clásicas, existía una relación de causa a efecto idéntica a los sucesos de la naturaleza. Sin embargo se distinguió con precisión entre causal y ser responsable por la producción del resultado: ambas categorías no se superponen. Puede afirmarse que la causalidad establece un límite mismo de la responsabilidad, pero no toda causalidad implica, sin más, responsabilidad. La causalidad requiere una limitación: entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo algunos culminan en la responsabilidad penal.

La teoría de la causalidad se completa mediante correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva. El desarrollo de la cuestión muestra que gran parte de los problemas que se presentan se relacionan con el lugar sistemático en el que debe practicarse la corrección de la causalidad (en el momento de la adecuación al tipo objetivo, en el dolo o en la culpabilidad)¹⁰².

¹⁰⁰ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.147.

¹⁰¹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.147.

¹⁰² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.255.

En el desarrollo de la dogmática penal han sido muchas las tesis que han tratado de responder a la pregunta por la relación de causalidad.

Así se ha elaborado *la teoría de la equivalencia de las prestaciones*, la que renuncia a la determinación de una causa del resultado y afirma que todas las condiciones de éste tienen idéntica y equivalente calidad causal. Causa del resultado de la muerte de la víctima es tanto la acción que produjo la lesión leve como el incendio en el hospital en el que murió mientras se hacía curar¹⁰³.

Partiendo de esta concepción se elaboró la llamada fórmula de la *teoría de la condición*, cuya finalidad es la de permitir una aplicación práctica sencilla de los principios causales de ésta. Para ello es necesario distinguir las condiciones positivas (acciones en sentido estricto) de las negativas (omisiones).

En el primer caso, cuando se trata de condiciones positivas, la fórmula establece que una acción es causa del resultado si, suprimida mentalmente su realización, aquél no se hubiera producido. En el segundo supuesto, el de las llamadas condiciones negativas, la fórmula prescribe un procedimiento inverso de verificación de la causalidad. Según éste, una omisión sería causa de un resultado si, supuesta mentalmente la realización de la acción omitida, aquél hubiera sido evitado.

Según BACIGALUPO¹⁰⁴, esta teoría tiene dificultades para separar, como irrelevantes, las contribuciones al hecho que están muy alejadas del momento de la acción (por ejemplo, el obrero que interviene en la fabricación del arma resultaría también causa del homicidio cometido por ella). Por ese motivo, quienes parten de esta teoría restringen luego la punibilidad a los nexos “relevantes jurídicamente”.

En la actualidad las preferencias se inclinan por la llamada *teoría de la causalidad natural*. Según ella, la causalidad de una acción respecto del resultado depende

¹⁰³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.256.

¹⁰⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.258.

de que la conexión de ambos esté respaldada por la existencia de una ley causal natural general, de la que el caso concreto sea una expresión particular.

Ambos problemas deben mantenerse estrictamente independientes uno del otro. Debe afirmarse en primer término una ley causal natural general (Por ejemplo: que las heridas en el cuerpo bajo ciertas condiciones producen infecciones, que a su vez pueden conducir a la muerte de la víctima) y luego que el caso que se juzga se subsume bajo ella (Por ejemplo: que la víctima haya sido herida y que la herida haya provocado la muerte). Cuando se dice “ley causal natural” quiere significarse que se ha comprobado un número estadísticamente representativo de casos en los que se repite el mismo resultado y permite, en consecuencia, suponer una relación causal general¹⁰⁵.

Para la teoría de la *causalidad adecuada*, no toda condición es causa, en el sentido del Derecho penal, sino solamente aquellas que, de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen el resultado. Así como una dosis de arsénico es causa del resultado de la muerte, porque habitualmente y según la experiencia general tal dosis causa la muerte, no sucede lo mismo con una bofetada, la que no es adecuada para provocar la muerte. Si ella sucede porque la víctima es hemofílica y produjo la pérdida de sangre con resultados letales, el resultado no podría considerarse como causado por ella¹⁰⁶.

Tal teoría es criticable pues, para juzgar la adecuación de la causa, parte del conocimiento general¹⁰⁷.

La teoría de la *imputación objetiva* parte del reemplazo de la relación de causalidad, como único fundamento de la relación entre la acción y el resultado, por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite

¹⁰⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.259.

¹⁰⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.269

¹⁰⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.274

mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Por lo tanto, comprobada la causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1. si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2. si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro –jurídicamente desaprobado – creado por la acción¹⁰⁸.

La imputación objetiva se excluye cuando la acción que causalmente ha producido un resultado no supera los límites del riesgo permitido. Ello significa que tales acciones no son típicas. Riesgos que una sociedad tolera porque los considera necesarios para el desarrollo social no pueden ser alcanzados por la tipicidad (Por ejemplo, la instalación de un reactor atómico)¹⁰⁹.

Dentro de la problemática del riesgo permitido se deben tratar también los casos de disminución del riesgo, en lo que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor. Por ejemplo “A” desvía un vagón que, de seguir su trayectoria, podría matar a varios trabajadores; como consecuencia del desvío el vagón se estrella contra varios coches que produce considerables daños. En este caso el resultado de daño no es imputable al que ha creado un riesgo menor que el originariamente amenazante¹¹⁰.

El juicio sobre el carácter permitido del riesgo se debe practicar *ex ante*, es decir, en el momento en que el autor emprende la acción riesgosa. Este juicio será objetivo, y por lo tanto no depende del juicio del autor¹¹¹.

Quienes piensan que estos casos se deberían resolver en el nivel de justificación se ven obligados a extender el ámbito de la tipicidad hasta extremos

¹⁰⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.271-272.

¹⁰⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.273-274.

¹¹⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.275.

¹¹¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.275.

formalmente posibles, pero materialmente incompatibles con el derecho a la libertad¹¹².

De acuerdo con el *principio de confianza*, no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido. Si "A" atraviesa un cruce con semáforo verde, sin tomar medidas de precaución para el caso que quien viene por la otra calle viole el semáforo rojo, produciendo la muerte de este último, el resultado no se imputará objetivamente¹¹³.

La *prohibición de regreso* es un criterio para limitar la imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales, pero que están fuera del interés del Derecho penal: la imputación sólo alcanza a quien es garante de la evitación del resultado¹¹⁴.

Algunos supuestos citados por BACIGALUPO¹¹⁵ serían los siguientes: A. la imputación de un resultado se excluye en relación a las acciones de un autor que son causales del mismo por mediación de un tercero que no obra conjuntamente con el autor. Por ejemplo, el vendedor de armas legalmente autorizado vende un arma con el cual se comete un homicidio. El vendedor pone una condición al resultado, sin la cual éste no se hubiera producido. Sin embargo, al vendedor no le incumbía custodiar que los compradores de armas no cometan con ella algún delito, por lo que no es garante. B. También se excluye la imputación del resultado cuando éste es consecuencia de la conducta o la situación de la propia víctima. Por ejemplo, "A" derriba con las correspondientes licencias un muro dentro de su propiedad que amparaba del sol a ciertas mercaderías de su vecino "B". El daño (resultado del delito del art. 263 del Cód. Penal español) que el sol luego produzca sobre las mercaderías no

¹¹² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.275.

¹¹³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.255.

¹¹⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.276-277.

¹¹⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.277.

es imputable a "A", pues no tenía obligación de impedir (manteniendo el muro) daños sobre las mercaderías de "B", que debía cubrirlas del sol si quería evitar daños¹¹⁶. "A" no era garante del buen estado de las mercaderías de "B". C. La imputación del resultado se excluye cuando el peligro ha sido creado por un tercero (sin participación del agente). Por ejemplo, un terrorista instala un dispositivo explosivo que estallará cuando un vecino abra la puerta de su propio piso. Al vecino que abre la puerta no se le imputará el resultado, toda vez que no es garante de su no producción. D. la imputación del resultado que es consecuencia de la pérdida de capacidad de actuar ocasionada por el propio agente (delitos de omisión por comisión), sólo cabe si éste se encontraba en posición de garante de la no producción de tal resultado. Por ejemplo, el guardia de seguridad se pone en estado de inconsciencia total ingiriendo alcohol y no puede evitar, llegado el momento, que se introduzca en la casa un terrorista que mata al dueño de la misma¹¹⁷.

El segundo de los niveles en el que se trata la cuestión de la imputación objetiva es el de la exigencia que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Esta cuestión es problemática cuando el resultado aparece como el producto de riesgos concurrentes: Por ejemplo: "A" produce una lesión a "B"; éste es trasladado a un hospital (al que no habría ido si "A" no lo hubiera lesionado) en el que muere a causa de un incendio. La muerte ¿debe ser atribuida a la lesión o al incendio? ¿Cuál es el peligro que se ha realizado en este resultado en el que han concurrido el riesgo de la acción de "A" y el incendio? La experiencia demuestra que, en general, todos los sucesos obedecen a un complejo de condiciones. En el ejemplo propuesto la muerte está

¹¹⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.278.

¹¹⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.280.

condicionada por la lesión sufrida, que la obliga a ir al hospital, tanto como por el incendio¹¹⁸.

BACIGALUPO arriba a las siguientes conclusiones¹¹⁹: a) en la realización del riesgo no se debe tomar en consideración la hipotética producción del resultado por la amenaza de otro riesgo distinto del que inmediatamente lo provocó. Por ejemplo, “A” dispara sobre “B” que estaba lesionado. Cabe imputarle la acción. No se puede decir que hubiera muerto de todos modos; b) el riesgo no permitido no se realiza en el resultado cuando sólo se produce por un riesgo general normal, es decir de una manera sorprendente. Son situaciones en las que el resultado se produce fuera del ámbito del dominio del autor. Por ejemplo: el supuesto del incendio del hospital citado precedentemente; c) el riesgo no permitido no se realiza en el resultado cuando la víctima contribuye a su producción por su comportamiento contrario al deber o a sus intereses. Por ejemplo: la víctima no cumple con el tratamiento para prevenir infecciones; d) tampoco se realiza en el resultado el riesgo no permitido cuando se produce más tarde sobre una víctima que en el momento de creación del riesgo no estaba amenazada. Por ejemplo: “A” cruza el semáforo en rojo, quinientos metros más adelante atropella a una persona; e) es discutible la solución en supuestos de “consecuencias tardías”. Por ejemplo: “A” produce a “B” una lesión que le ocasiona la amputación de su pierna. Años más tarde, “B” no puede huir de un asalto por dicha amputación, y es muerto. Según el autor citado, debe excluirse la imputación cuando tales “consecuencias tardías” no sean percibidas como parte del conflicto social generado por la primera lesión, y consecuentemente no conmuevan la confianza en la norma que prohíbe el segundo resultado. Ello, no debe excluir sin embargo, la consideración en la individualización de la pena de las consecuencias futuras posibles que tendrá la

¹¹⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 280.

¹¹⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 280.

acción; f) no impiden la realización del peligro los llamados “nexos causales desviados”. Por ejemplo: “A” arroja desde un puente a “B” para que muera ahogado; en su caída, “B” golpea su nuca contra una piedra y muere. Lo que importa es si el suceso se desarrolló dentro de los márgenes de riesgo, que objetivamente existían en el momento de realización del riesgo, no lo que haya imaginado el autor sobre el futuro desarrollo del suceso; g) el peligro no se realiza en el resultado cuando otro suceso acelera la producción del mismo. “A” envenena a “B” y éste morirá en unas horas. “B”, es atropellado por un auto. No puede imputarse a “A” el homicidio sino su tentativa; h) casos de sobredeterminación de resultados. Son supuestos en los que coinciden varias condiciones que por sí solas hubieran producido el resultado. “A” sobrecarga el montacargas, provocando su caída y lesionando a un operario. El montacargas estaba dañado de antemano, de modo que de cualquier modo se hubiera producido su caída. Para algunos la acumulación no es admisible: cuando un riesgo es suficiente para producir un resultado antes de la producción del segundo las normas destinadas a impedir el otro riesgo pierden su sentido; otros señalan que la acumulación no se debería excluir dado que el cumplimiento de las normas tiene su sentido, inclusive cuando no ponen en peligro bienes jurídicos; i) casos en que existen dudas acerca de si una conducta alternativa adecuada al deber habría impedido que se produjera el resultado. Por ejemplo: un ciclista ebrio que cae bajo las ruedas de un camión que se le adelanta sin dejar la distancia reglamentaria. Por un lado se exige para la imputación del resultado que exista la práctica de seguridad de que el resultado no se habría producido si el autor hubiera actuado de acuerdo con su deber. Por otro se afirma la posibilidad de imputar el resultado en casos de dudas sobre si éste no se hubiera producido con un comportamiento adecuado a Derecho, siempre y cuando el autor hubiera aumentado el riesgo con su comportamiento. Contra el primero de los criterios se sostiene que, en realidad, en todo caso de riesgo permitido (por ejemplo, una maniobra de adelantamiento) queda un

resto de riesgo. Por ende, el criterio de la teoría de la elevación del riesgo es preferible, dado que mientras existe la posibilidad de que el resultado no se produzca, toda contribución al peligro existente perjudica la situación del objeto de la acción; j) tampoco se concreta en el resultado ni crea un peligro jurídicamente desaprobado la acción cubierta por el consentimiento del titular de un bien jurídico disponible. Un sector de la doctrina distingue entre consentimiento que excluye la tipicidad y consentimiento que excluye la antijuridicidad. Respecto de la primera distinción se dice que se configura cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo. Por ejemplo: allanamiento de morada. De la segunda, se señala que se configura cuando el comportamiento del autor importa una lesión a un bien jurídico. Otra postura se diferencia de la anterior en la concepción de "bien jurídico". Distinguen entre valor protegido y sustrato material, afirmando que admiten la lesión del bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de éste. Por ejemplo: cuando se daña la cosa ajena se realiza la acción típica, por lo que cabría preguntar a continuación por el consentimiento del titular de la cosa. Otra postura, sostiene finalmente, que en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la imputación, la acción sólo realiza el tipo en la medida que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Desde este ángulo la lesión del sustrato material del mismo es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento, si tiene relevancia¹²⁰ (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo penal. Según BACIGALUPO, es preferible el segundo criterio, es decir, aquel que en todos los casos excluye la

¹²⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 338.

tipicidad¹²¹; k) cuando el peligro proviene directamente de la propia acción de la víctima debe ser tratado separadamente, pues el resultado producido se imputará según el “principio de la auto responsabilidad del lesionado” o de la “auto puesta en peligro”. Se trata de establecer los casos en los que la participación (causal) en la peligrosa conducta de la propia víctima no resulta imputable al autor (meramente partícipe), sino a la situación, pues ésta ha tenido una intervención decisiva. Los casos que ponen de manifiesto estos problemas se refieren a la imputación de las lesiones o la muerte al que entregó un estupefaciente a una persona plenamente responsable de los daños. Lesiones o muerte que haya sufrido el que, con pleno conocimiento acepta viajar en un coche conducido por otro que está visiblemente alcoholizado, o de las lesiones consecuencia de relaciones sexuales llevadas a cabo con otra persona infectada por el virus del sida, etc. Según el autor citado, los casos de auto puestas en peligro y por consiguiente, de auto responsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible, aunque no se den las condiciones del consentimiento, y en ese sentido, la cuestión tiene un ámbito mucho mayor que el que le proporciona la compensación de culpas (que en la jurisprudencia española se la ha aplicado solamente a los delitos imprudentes). La solución de dicha problemática por la vía de la “compensación de culpas” puede ser adecuada en el ámbito de la responsabilidad civil, donde se pueden justificar ciertos juicios de equidad, pero carece de rigor conceptual necesario para distinguir una conducta típica de la que no lo es¹²² .

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

Así como la lesión de un bien jurídico es un concepto normativo, el peligro también lo es, en la medida que descansa en un juicio de probabilidad de que

¹²¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 288

¹²² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 307.

un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca.

El juicio de peligro, es pues, un juicio *ex ante*, que se emite situando al juzgador en el momento en que se realiza la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se pueda deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico)¹²³.

Es decir, requiere la comprobación de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico o aumentado el peligro corrido por éste. Además se requiere que la acción haya representado un peligro para un determinado bien jurídico. Este peligro puede ser concreto o abstracto¹²⁴.

En los primeros, el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en el que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre los delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto¹²⁵.

En los delitos de peligro concreto, el peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un estado que debe ser verificado

¹²³ Ver MUÑOZ CONDE, Francisco -GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 2ª. edición. Revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. ED. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996 p.320.

¹²⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 312

¹²⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 312-313

expresamente por el juez. El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es aquel en el que el autor ha obrado (juicio *ex ante*). En tal juicio debe tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas por el autor (toda vez que si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo riesgo, pues el conocimiento *ex post* de todas las circunstancias demuestra en estos casos que el bien jurídico no corrió peligro). El peligro como tal no depende de que el autor o alguien hayan podido conocerlo. No de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado¹²⁶.

En los delitos de pura actividad sólo se debe comprobar la realización de la acción típica. En el allanamiento de morada, sólo es preciso verificar que el autor se ha introducido contra la voluntad del morador o que permanece indebidamente en el domicilio o morada ajenos. Lo mismo ocurre en los delitos en que la acción consiste en tener algún objeto prohibido (armas o explosivos, por ejemplo) o en atribuirse una dignidad o un título que no se posee o funciones que no competen al sujeto. Esto rige también para los llamados delitos de peligro abstracto. En estos delitos no es necesario verificar la existencia de un resultado (de lesión o de peligro) y por tanto no cabe plantear la cuestión de la imputación objetiva.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, para que una persona pueda ser tenida como civilmente responsable por un acto ilícito dañoso, además de los presupuestos de daño causado, antijuridicidad del daño y los factores de atribución, es menester que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de su conducta o al hecho de una cosa –

¹²⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 313

imputatio facti o relación de causalidad¹²⁷. Es decir, el daño debe ser “causado”¹²⁸.

En materia de responsabilidad civil, sin daño no hay antijuridicidad, ya que no hay delitos de peligro; el mero peligro no genera antijuridicidad ni, por ende, obligación resarcitoria.

Y se ha aclarado que “el peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. Para saber, por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, por qué tipo de carreteras viajaba, qué clase de coche era, etc., y, segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien. Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico, porque la antijuridicidad material exige por lo menos la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal”¹²⁹.

Estos conceptos que hemos referido, transcribiendo la pluma inspirada de MUÑOZ CONDE que son aplicables a la antijuridicidad penal, no lo son en cambio a la antijuridicidad civil, donde no existen delitos de peligro -ni concreto ni abstracto-, ni tentativas. En Derecho civil o hay daño causado o no lo hay. Si lo hay y no está justificado, habrá antijuridicidad. Si no hay daño, no habrá nada jurídicamente relevante a los efectos del Derecho civil¹³⁰.

¹²⁷ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 579.

¹²⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 579.

¹²⁹ Ver MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal. Parte general”, 2^a edición, cit, p. 321.

¹³⁰ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>).

Establecido ello, a su vez la medida del resarcimiento a cargo del responsable habrá de resultar de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder, vale decir que puedan ser tenidas como “efectos” provocados o determinados por su conducta, la que entonces viene así a ser “causa”¹³¹.

Al Derecho en cuanto ordenamiento de la conducta del hombre en sociedad, le interesa concretamente el acto humano como fuente productora de daños, y sólo tiene en cuenta las condiciones de orden físico o natural, en tanto y en cuanto puedan modificar o excluir la atribución jurídica de un suceso a una persona determinada¹³².

Tanto la causalidad como la culpabilidad se asientan sobre el concepto común de previsibilidad. La previsibilidad del daño constituye un requisito esencial para el nacimiento de la responsabilidad por culpa extracontractual, de forma que en los supuestos en que exista imprevisibilidad cesará la obligación de responder.

La diferencia entre ambas previsibilidades estriba en que se aprecian de manera distinta: en la causalidad, la previsibilidad se aprecia en abstracto, según la normalidad de las consecuencias; mientras que en la culpabilidad, ella se aprecia en concreto, de acuerdo a la situación propia del autor frente al acto¹³³.

Así como quedara expuesto precedentemente para el ámbito del Derecho penal, en el ámbito civilista también se han desarrollado numerosas teorías¹³⁴.

Así la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, citada precedentemente ha tenido amplia repercusión en la esfera de la responsabilidad civil extracontractual. Imperó en Alemania, teniendo influencia en el Derecho francés y en el belga. Aun en nuestros días, LE TOURNEAU y CADIET recuerdan dos casos fallados por la jurisprudencia francesa donde se la ha acogido. Una jurisprudencia

¹³¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 583.

¹³² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 583.

¹³³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 592.

¹³⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 594.

reciente de la Corte de Casación de fines del año 2001 la ha aplicado. La víctima de un accidente de tránsito, luego del accidente sufrió numerosas intervenciones y en consecuencia numerosas transfusiones sanguíneas, una de las cuales la contaminó con el virus de la hepatitis C. La víctima imputó el origen de la contaminación a las transfusiones sanguíneas. La demandada, al contestar demanda, asignó al conductor responsable del accidente la responsabilidad del contagio de su antiguo paciente. La Corte de Apelaciones de Toulouse, sala 1ª, con fecha 05.07.99 rechazó la responsabilidad del conductor, en el entendimiento de que “si los productos sanguíneos administrados al actor hubieran estado libres de vicios, la contaminación no habría tenido lugar, por más que se hubiera producido el accidente, por lo que el Centro de Transfusiones, no puede repercutir sobre el conductor del vehículo causante del accidente una culpa que le incumbe personalmente y que tiene por único origen la contaminación”. Pero la Corte de Casación tuvo otro criterio: según el Máximo Tribunal francés, la motivación del Tribunal de Toulouse será contraria al art. 1382 del *Code*, pues “las trasfusiones sanguíneas que llevaron aparejada la contaminación se tornaron necesarias por el accidente imputable al conductor del vehículo”¹³⁵ la que renuncia a la determinación de una causa del resultado y afirma que todas las condiciones de éste tienen idéntica y equivalente calidad causal. Causa del resultado de la muerte de la víctima es tanto la acción que produjo la lesión leve como el incendio en el hospital en el que murió mientras se hacía curar¹³⁶.

TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA critican a esta postura, por cuanto: en la práctica, lleva a considerar que una conducta ha causado un resultado si ha contribuido a producirlo, aunque sea en mínima medida; confunde la causalidad con la culpabilidad; con un sistema así, queda eliminada la concausa

¹³⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 596. Corte de Casación, 1ª. Cám. Civil, 04.12.01, caso 99-19.197, en Recuell Dalloz, t. 2002, Secc. Inf. Rapides, p. 138.

¹³⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.256.

(según esta teoría de la equivalencia, la concausa es una condición como cualquier otra y no predomina sobre las otras, por lo que no excluye ni corta el nexo causal); en el marco de esta doctrina, la causalidad subsiste mientras la condición más próxima siga dependiendo de la más remota; manifiesta un concepto basado en las ciencias naturales.

La teoría de la *causalidad adecuada*, por su parte, es la que prevalece en nuestra doctrina y jurisprudencia civilista nacional.

Causa es, según esta postura, la condición que según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado: es más, debe ser una condición que regularmente acarree dicho resultado.

Para determinar la causa de un daño, se debe hacer, *ex post facto*, un juicio o cálculo de probabilidad: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contestara que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que esa conducta fue también una *conditio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera¹³⁷.

Para la *prognosis póstuma*, en el ámbito de la responsabilidad civil, causalidad equivale a regularidad: ello significa que la causa de un determinado efecto es aquella que lo produce según el curso ordinario de las cosas, es decir, según lo que acostumbra suceder regularmente. La causa, para ser tal, debe ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente.

Ello implica que no puede conceptualmente existir una causalidad del caso individual; la causalidad requiere necesariamente pluralidad de casos, para

¹³⁷ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 609.

establecer un curso de acción ordinario; pues de otro modo no podría realizarse ese análisis de regularidad y previsibilidad.

El juez tiene que recomponer el cuadro de situación de ese caso, considerado en abstracto, la previsibilidad de una persona normal.

La *prognosis póstuma* o pronóstico objetivo - retrospectivo es el procedimiento consistente en determinar *ex post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes.

Para determinar el nexo etiológico o relación de causalidad entre una causa y un efecto, es necesario realizar un juicio de idoneidad o adecuación que debe reunir, las siguientes características: a) ha de plantearse hacia el pasado, retrocediendo el intérprete al momento del hecho; b) el cálculo de probabilidades tiene que ser formulado en abstracto, atendiendo a lo que usualmente ocurre, y no en concreto, es decir, teniendo en mente cómo se ha producido realmente los hechos; c) tiene que existir pluralidad de casos, porque de no ser así no respondería a un criterio de experiencia sino de mera especulación¹³⁸.

También ha tratado la doctrina civilista la *causalidad en la omisión*, es decir, cuando se ha tratado de buscar una causa en un no evitar consecuencias perjudiciales.

El acto omisivo, señala SANTOS BRIZ, puede merecer desde el punto de vista jurídico, el concepto de "causa" del daño, por lo cual se requiere: a) que con verosimilitud rayana en seguridad se hubiera evitado el daño de haberse realizado la acción omitida; b) que para evitar el resultado hubiese un deber jurídico de obrar¹³⁹.

En los sistemas objetivos de responsabilidad desaparece el sesgo subjetivista propio de los sistemas de base subjetiva, permaneciendo tan sólo la dimensión

¹³⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 615

¹³⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 623.

física o natural de la causa. Es cierto que, la imputación objetiva constituye normalmente una operación previa a la subjetiva; pero en un sistema sustentado en la culpa ambas operaciones son casi siempre simultáneas, y en otros incluso la segunda precede a la primera. Por el contrario, en un sistema objetivo la imputación del daño al agente se desvincula por completo de todo ropaje de subjetividad, adquiriendo una dimensión estrictamente empírica¹⁴⁰.

En los sistemas de responsabilidad objetivizada – a pesar de que subsista la culpa como factor de atribución, es claro que ella no detenta la importancia de otrora -, se produce una cierta simplificación del problema causal. En el seno de una responsabilidad objetiva el daño es imputable al responsable no porque haya conducido de forma negligente, sino porque del resultado dañoso sobreviene a consecuencia de un evento ocurrido en el ámbito de aplicación de una norma especial. En estos sistemas es suficiente el simple nexo de causalidad fáctica para generar la responsabilidad del agente. Pero debe aclararse que la idea de riesgo no se identifica totalmente con la causalidad material; no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño. Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas, multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad; de ahí que no toda cosa dañadora sea una cosa riesgosa.

Ha de advertirse que la teoría del riesgo no elimina dentro de su universo la idea de culpa aunque ésta no se la hace gravitar como factor de imputación o de atribución de responsabilidad, sino como causal de exención; de ahí que la víctima de un daño causado por una cosa riesgosa no tenga que probar si existe culpa en el dueño o guardián de la misma, ya que le basta con probar la relación de causalidad entre el daño sufrido y la cosa riesgosa, cuya titularidad o guarda atribuye a quien demanda, quien a su vez, puede eximirse de

¹⁴⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 623.

responder si acredita la culpa de aquella o la de un tercero por quien no debe responder.

Al prescindirse del criterio de la culpa desaparece el criterio causal tradicional culpa del agente-daño, siendo sustituido por uno nuevo que atiende a dos coordenadas fundamentales: a) que el hecho dañoso se haya verificado dentro del ámbito de aplicación de la ley especial que instituye un sistema objetivo de responsabilidad; b) que exista una relación de causalidad material entre el daño cuya reparación se reclama y la actividad de la persona de quien se reclama¹⁴¹.

1.3.2. El tipo subjetivo del delito doloso penal. Su comparación con el Derecho civil

1.3.2.1. El dolo en el delito penal

La enseñanza estándar tradicional dice, en su forma más generalizada: dolo es el “conocimiento y voluntad de realizar el tipo”.

La tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo, sino, además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente, del dolo del autor. Se trata del complemento que permite imputar el hecho no sólo objetivamente, sino también subjetivamente. Es claro que en la acción se dan elementos exteriores (objetivos) y elementos interiores (subjetivos). Este aspecto subjetivo constituye el “tipo subjetivo”. Sin embargo, los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente, sino a través de los elementos externos que objetivan un contenido psíquico del comportamiento. Al respecto es muy ilustrativa la elaboración jurisprudencial del llamado *animus neccandi* (dolo del homicidio). El Tribunal Supremo español ha establecido en múltiples precedentes que el que el autor dirigiese su acción a producir la muerte o sólo a lesionar a la víctima depende de una serie de factores externos que acompañan la realización del hecho (por ejemplo: si el autor dirigió el

¹⁴¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 626.

disparo a una zona vital de la víctima cabe inducir que su propósito era matarla)¹⁴².

En el delito doloso el elemento subjetivo más importante es el dolo. Pero el tipo subjetivo no se agota necesariamente en él, pues hay tipos penales que requieren además del dolo alguna finalidad trascendente de la realización de la acción – el propósito de obtener alguna ventaja patrimonial antijurídica en la estafa (art. 248 Cód. Penal español); el autor engaña a la víctima para obtener la ventaja que no le corresponde; tiene dolo respecto del engaño y además un propósito que trasciende el engaño mismo¹⁴³.

El delito doloso se caracteriza por una coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo: la representación del autor propio del tipo subjetivo debe alcanzar a los elementos del tipo objetivo. En ese sentido es posible afirmar que en el delito doloso el autor obra sabiendo lo que hace. De esta coincidencia entre lo que se ejecuta y lo que se sabe que se ejecuta surge la forma más grave de la ilicitud: la del delito doloso, frente a la menos grave: la del delito imprudente¹⁴⁴.

El dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace. Por el contrario, si ignora la creación de este peligro concreto de realización del tipo objetivo o tiene un error sobre el mismo obrará imprudentemente. En la dogmática española este punto de vista reconoce antecedentes sobre todo en

¹⁴² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.314

¹⁴³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.315.

¹⁴⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 315

JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁴⁵, quien señalaba en 1929 que “es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (...) cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su mutación)”. El autor citado agregaba el conocimiento de la antijuridicidad, que ha desaparecido del texto actual del art. 14.3 del Cód. Penal español, excluyendo en el concepto de dolo este elemento¹⁴⁶. Para la doctrina española actual¹⁴⁷ obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción, es decir, el que conoce la acción que realiza y sus consecuencias. El dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo. De ello se deduce que no requiere conocimiento de la punibilidad, esto es, no necesita haber obrado con conciencia de la punibilidad de la acción que realiza. No es necesario que haya sabido que la acción que realiza está amenazada con una pena en la ley¹⁴⁸.

El dolo tampoco requiere que el autor haya conocido la antijuridicidad. Ello surge del art. 14 del Cód. Penal español, en el que se establece que el autor que ha obrado sin conocer la ilicitud del hecho, es punible con la pena prevista para el delito doloso (aunque atenuada)¹⁴⁹.

El elemento cognitivo del dolo debe darse en el momento de la comisión del hecho y requiere un conocimiento actual, es decir, presente. No importa y es insuficiente para acreditar el dolo, que el autor, con anterioridad a la realización del hecho, haya sabido, por ejemplo que en el lugar donde ahora cree que hay

¹⁴⁵ Ver JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho penal. Parte General. Ed. Losada. Bs.As. 1965. 3ª. ed.,. 1976, t. V, p. 417. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 317.

¹⁴⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 317.

¹⁴⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 320

¹⁴⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 320.

¹⁴⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 320.; en sentido diverso: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ed. PPU. Barcelona. 1996. 4ª. ed. p. 156 y ss.

una liebre – sobre la que quiere disparara- había otra persona. Si en el momento del disparo creyó que lo hacía sobre una liebre no habrá dolo, sin perjuicio de su eventual responsabilidad culposa, cuyo análisis supone la ausencia de dolo¹⁵⁰.

El modo de conocimiento de los elementos del tipo objetivo depende, en cierto sentido, de su naturaleza. El conocimiento de los elementos del tipo objetivo requiere que éstos hayan sido percibidos por los sentidos del autor. Los elementos normativos, por el contrario, no se captan por los sentidos, sino que se comprenden en su significación. Se trata de lo que ha dado en llamarse “conocimiento paralelo en la esfera del lego”¹⁵¹.

Tradicionalmente se reconocen tres formas de dolo: el directo (intención), el indirecto (o de consecuencias necesarias) y el dolo eventual. En el primero, las consecuencias de la acción además de conocidas, constituyen la meta del autor. Es la única forma de dolo que requiere un complemento volitivo o una relación volitiva del autor con las consecuencias de su acción. En el segundo, el autor no dirige su voluntad a las consecuencias accesorias de su acción (Por ejemplo: el terrorista que coloca una bomba debajo del coche del funcionario; sabe que en la explosión morirá también su chofer, pero de todos modos, ejecuta su plan sabiendo que el chofer morirá). En la tercera forma, las consecuencias de la acción no perseguidas intencionalmente por el autor, son al menos, posibles. El autor habrá obrado con dolo eventual cuando haya sabido que las consecuencias accesorias posibles de su acción no son improbables¹⁵².

La doctrina actual afirma que la teoría de las formas de dolo puede considerarse superada una vez que se ha eliminado el elemento “volitivo” del dolo, ya que dichas formas de dolo se basaban en dicho elemento volitivo. En la medida en

¹⁵⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 321.

¹⁵¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 321.

¹⁵² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 324

que todas las formas de dolo tienen el denominador común del peligro concreto ya no tiene razón de ser más que una única forma de dolo. Desde esta perspectiva resulta sumamente simple la distinción entre dolo y culpa. Las teorías tradicionales del dolo se planteaban este problema al delimitar el dolo eventual de la llamada culpa inconsciente, es decir aquella en la que el autor no tuvo ese conocimiento¹⁵³. Pero la distinción entre dolo y culpa no se debe buscar en la antinomia “voluntario / involuntario”, sino en el par de conceptos “conocimiento / desconocimiento”¹⁵⁴.

El dolo se excluye cuando el autor ha obrado con un error sobre los elementos del tipo objetivo, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que permiten conocer la existencia de un peligro concreto de realización del tipo. Si el autor ignora que detrás de una mata, sobre la que dispara con el propósito de probar el funcionamiento del revólver, hay un vagabundo durmiendo y lo mata, no habrá obrado con el dolo del homicidio y eventualmente habrá de ser responsabilizado por un homicidio imprudente. Por lo tanto, el dolo resulta excluido por un error que impida al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado. Es indiferente que el error sea producto de una negligencia del autor: de todos modos excluye el dolo¹⁵⁵.

El error puede recaer sobre elementos descriptivos o normativos del dolo. El error sobre los elementos descriptivos (por ejemplo: cosa, arma, etc.) se da cuando el autor percibe con sus sentidos, equivocadamente. Por ejemplo: dispara sobre una cosa, cuando en realidad lo hace sobre una persona. El error sobre los elementos normativos, supone que el autor ha carecido de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento

¹⁵³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 324

¹⁵⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 324

¹⁵⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 325

correspondiente. En estos casos se habla del “conocimiento paralelo en la esfera del lego”¹⁵⁶.

También son cuestiones especiales del error sobre los elementos del tipo los que se refieren a la desviación del desarrollo del suceso (error *in personam*, *aberratio ictus*, *dolos generalis*). En todos estos supuestos se da una divergencia entre el curso causal que el autor se representó en el momento de la acción y el que realmente ocurrió: en la medida en la que la producción causal del resultado sea un elemento del tipo, la causalidad debe ser objeto del conocimiento del dolo (por tanto, esta cuestión se presenta en delitos de resultado de lesión)¹⁵⁷.

Si el autor obra desconociendo una circunstancia cuya concurrencia determina una agravación de la pena, la agravación no tendrá lugar. Así lo dispone el art. 14.2 ¹⁵⁸ del Cód. Penal español. Las circunstancias agravantes a las que se refiere esta disposición pueden estar previstas en forma expresa en el tipo del delito particular o en forma genérica.

Si se produjera la situación inversa, es decir, que el autor supone cometer el tipo básico, pero realiza el atenuado, la solución requiere tener presente que aquél sólo ha cometido el tipo objetivo del tipo atenuado, y por tanto éste debe ser el único fundamento de su responsabilidad¹⁵⁹.

El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo en todos los casos, ya que éste requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Por tanto, un error de tipo tendrá en todos los casos, por consecuencia, la exclusión de la pena del delito doloso. Si el error sobre los elementos del tipo hubiera sido evitable, “la infracción será castigada, en su caso como imprudente” (art. 14.1,

¹⁵⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 326

¹⁵⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 329.

¹⁵⁸ “Artículo 14.... 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

¹⁵⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 335.

Cód. Penal español)¹⁶⁰. El error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. La relación entre observancia del cuidado y conocimiento o correcto conocimiento debe ser prácticamente segura. Por otra parte, la determinación del cuidado exigido debe hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción, pues el texto legal señala que a tales fines deberá atenderse a “las circunstancias del hecho y personales del autor”¹⁶¹.

El desvalor de la acción del delito doloso, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, puede no agotarse en el dolo. En ciertos casos, además se requiere del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso¹⁶².

1.3.2.2. El dolo en el delito civil

MARIN PEREZ señalaba que el dolo es un concepto de Derecho penal que se ha trasladado en ciertos aspectos particulares al Derecho civil¹⁶³.

La teoría de la responsabilidad civil se asienta sobre el concepto de previsibilidad; sólo los resultados previsibles son imputables al autor del acto, puesto que sólo ellos se encuentran relacionados causalmente de una manera adecuada con el hecho generador del daño.

Como dice DIEZ PICAZO, “la previsibilidad es una condición de la responsabilidad y, a la inversa, la imprevisibilidad es un factor de exoneración”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ “Artículo 14....1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

¹⁶¹ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 336

¹⁶² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 336.

¹⁶³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 261; MARIN PEREZ, Pascual. Comentario al art. 1102 CC en el Código Civil de Quintus Mucius Scaevola. Ed. Reus. S.A.. Madrid. 1957. Tª XIX.617.

Lo cierto es que el término dolo se emplea en distintas ramas del ordenamiento jurídico, si bien dentro de cada una de ellas se emplea en forma distinta, asumiendo, según el contexto, significados diversos, pese a que autores como FUNAIOLI mantienen la posibilidad de reconducir sus distintos significados a un concepto unitario.

En los últimos cuarenta años el dolo no ha sido objeto de numerosos estudios sistemáticos de parte de la doctrina, no dándole tampoco la jurisprudencia un lugar destacado.

Las razones fundamentales de este ocaso, ha sido: a) el proceso de expansión de la responsabilidad civil que se produjo en las últimas décadas, hizo que se focalizara casi exclusivamente la atención sobre factores objetivos de imputación del daño, descuidando el estudio de los elementos subjetivos con incidencia en la anatomía del ilícito; b) la necesidad de ampliar y extender en beneficio de la víctima las hipótesis de ilícitos resarcibles condujo a marginar aspectos atinentes al comportamiento del autor del daño, generando la certidumbre de que la ilicitud debía ser considerada en forma casi exclusivamente objetiva.

A esta falta de profundización debe sumarse el tratamiento indiferenciado entre culpa y dolo, como si se tratara de un mismo régimen que hace alguna doctrina y jurisprudencia.

Otro grave inconveniente es que quienes tratan el dolo lo enfocan fundamentalmente o exclusivamente como un factor de atribución, soslayando otras funciones que el dolo también puede ejercer en el ámbito de la ilicitud o injusticia del daño.

El dolo cumple, además, en el ámbito de la responsabilidad civil un cometido importante como factor de conexión o atribución del daño a su autor, pero además, en diversos supuestos, incide directamente en la determinación de la

¹⁶⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 673.

injusticia del daño, en el sentido de tornar ilícitas o injustas lesiones a intereses que, de no mediar el dolo (o la mala fe) no constituirían hipótesis resarcibles.

El dolo constituye además, de un factor de atribución, un elemento capaz de influir en el interior del sistema de ilicitud o injusticia del daño, lo que ocurre, en aquellos ilícitos de los cuales –por la ley o por creación jurisprudencia- se responde exclusivamente si el agente obró con dolo¹⁶⁵.

Desde el punto de vista civil, dice CARRASCO, que hay que evitar dar una definición de dolo válida para todo el sistema civil. Los empeños que en este sentido se han producido pueden considerarse de escaso fruto, bien por dar una definición absolutamente destipificada del dolo (dolo equivalente a todo tipo de mala fe), bien generalizar una definición que sólo es válida para un tipo de dolo civil (el fraude, el engaño)¹⁶⁶.

Critica CARRASCO aquellas tesis que incluyen como elemento conceptual del dolo el ánimo malicioso, la intención o propósito de producir un daño antijurídico, en definitiva la voluntad de dañar, puesto que el daño sólo entra como elemento definitorio del dolo cuando el propio daño ha de integrar el supuesto de hecho que la norma valora como dolo – como el supuesto contemplado en el art. 19 de la LCS española que excluye la obligación de pago del asegurador en caso de actuación dolosa del asegurado, puesto que el daño es la condición de la prestación del asegurador, el dolo necesariamente ha de proyectarse hacia el daño-¹⁶⁷.

Otras teorías señalan como elemento definitorio del dolo el matiz intencional, excluyendo la conciencia y voluntariedad del daño e incidiendo en la voluntad transgresora de un vínculo jurídico preestablecido de forma conciente y

¹⁶⁵ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 659.

¹⁶⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 261, CARRASCO PERRERA, Angel. Comentario del art. 1102 del CC, en la obra dirigida por ALBALADEJO Comentarios al CC y Compilaciones forales, Ed. EDERSA. Madrid. 1989. T^o XV-1. p. 450.

¹⁶⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 261; CARRASCO PERRERA, Angel. Comentario del art. 1102 del CC, en la obra dirigida por ALBALADEJO Comentarios al CC y Compilaciones forales, Ed. EDERSA. Madris. 1989. T^o XV-1. p. 454.

voluntaria, sin necesidad de la conciencia no de la voluntad del daño que se causa¹⁶⁸.

Frente a éstas, aquellas teorías que sitúan el elemento diferenciador del dolo en la conciencia de estar actuando de una forma ilícita o antijurídica y del hecho de que la conducta provoca un daño o con la representación de esta posibilidad adolecen de no ofrecer un criterio de diferenciación entre el dolo y la culpa conciente – el agente se representa la posibilidad de un daño pero no actúa en consecuencia para evitarlo – o la culpa lata¹⁶⁹.

En materia civil, según BUSTO LAGO, no encuentran razón de ser las calificaciones y graduaciones del dolo – como la diferencia entre dolo genérico y dolo específico o reduplicado, o la diferencia entre dolo simple, dolo directo o dolo de primer grado (representación del evento lesivo como consecuencia necesaria del propio comportamiento) y dolo eventual o dolo indirecto – que sin embargo, sí operan en el derecho penal y han sido elaboradas por aquella ciencia¹⁷⁰.

En el ilícito penal, el dolo reviste una importancia central, sin embargo, en el campo del ilícito civil el dolo no asume una especial relevancia, salvo en el ilícito contractual por la exigencias normativas derivadas de los arts. 1102 y 1107 del Cód. Civil español. En sede de responsabilidad extracontractual el dolo sólo puede versar sobre la fuente misma de la responsabilidad y se considerará acción dolosa la voluntad del agente predeterminada al daño, de aquí que casi necesariamente el dolo extracontractual, como indica CARRASCO, es un dolo perverso. Sin embargo, las consecuencias jurídicas aparejadas a una acción u omisión dañosa dolosa son las mismas que si tal evento dañoso se hubiese

¹⁶⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 261; DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L. Derecho de Obligaciones. Parte General de Derecho Civil. Ed. Bosch. Barcelona. 1995. Vol. I. P. 233.

¹⁶⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 261; DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Ed. Tecnos. Madrid. 1983. Vol. I. p. 708 y ss.; MARIN PEREZ, Pascual. Comentario al art. 1102 CC en el Código Civil de Quintus Mucius Scaevola. Ed. Reus. S.A. . Madrid. 1957. Tª XIX-617.

¹⁷⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 262;

producido por mera imprudencia (culpa), salvo si se estima que también en el ámbito extracontractual viene en aplicación el art. 1107 del CC español, o se admiten las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad extracontractual y la aplicabilidad también en sede extracontractual del art. 1102 del Cód. Civil español¹⁷¹.

Tradicionalmente las explicaciones referentes al dolo se han polarizado en dos corrientes: la teoría de la voluntad y la de la representación.

La teoría de la voluntad entendía que la esencia del dolo era la voluntad de realización del hecho; su principal problema consistía en determinar cuándo el autor que se había representado el resultado y que había actuado con esa representación había obrado voluntariamente o no (es decir, dolosamente o no). Para ello, recurrió a diversas exigencias, como ser la ratificación del resultado, el consentimiento, el asentimiento, la indiferencia, etc.)¹⁷².

En sede penal, la teoría de la representación, por el contrario considera que la esencia del dolo radica en la “no motivación del autor por la representación de la realización del tipo”¹⁷³.

El dolo configurativo del delito civil exige la concurrencia de dos extremos, que aparecen enunciados en el art. 1072: a) la ejecución a sabiendas (elemento cognoscitivo) y b) la “intención” de dañar” (elemento volitivo). En el primero de los conceptos, y desde un punto de vista material, se requiere que el agente sea consciente, en el momento de realizar el hecho, de su conducta y de las consecuencias dañosas que de ella se van a derivar, si bien no se requiere que su conocimiento abarque a todos y cada uno de los daños que su actuación va a tener como efecto, bastando un conocimiento aproximado de los mismos. Además de ello, el agente debe percibir la significación antijurídica de su conducta, claro que no desde un hontanar técnico, sino que “basta con que se

¹⁷¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 262.

¹⁷³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 315

percate de que su acción estaba prohibida, realizando lo que los “penalistas” llaman una valoración del autor acerca del hecho “en la esfera de lo profano”.

En el segundo de los conceptos, para que un hecho sea doloso no basta con que su autor se lo haya representado como ilícito y lo haya conocido en sus características externas sino que además debe ser “querido”, en el sentido de que la voluntad del sujeto debe estar dirigida a su realización. Nuestra ley civil en su art. 1072 exige la intención de dañar para tener por configurado el dolo; ello implica que “el agente no sólo se ha representado las consecuencias que su acto puede aparejar, sino que ha querido ese acto y ha querido además el resultado dañoso. Concepto que no es abarcativo del dolo eventual”¹⁷⁴.

1.3.3. El tipo subjetivo del delito imprudente.

1.3.3.1. La culpa en el delito penal

El tipo subjetivo reúne los elementos personales, correspondientes al sujeto de la infracción penal. En este sentido es posible hablar de un tipo subjetivo del delito imprudente en la medida en la que la imprudencia tiene un carácter individual. La distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo no tiene aquí la misma significación que en el delito doloso, pues mientras en éste debe existir una correspondencia entre lo ocurrido y lo que el autor sabía que ocurriría, en el delito imprudente el autor ignora negligentemente que realiza el tipo. El fundamento de la punibilidad del delito es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos, sea que no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna¹⁷⁵.

El tipo penal de los delitos dolosos contiene básicamente una acción dirigida por el autor a la producción del resultado. El tipo penal de los delitos culposos,

¹⁷⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 663.

¹⁷⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 338.

por el contrario, contiene una acción que no se dirige por el autor al resultado. En el primer caso se requiere, por lo tanto, una coincidencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido por el autor. Esto permite distinguir entre un tipo objetivo, que contiene los aspectos objetivos del hecho, y un tipo subjetivo, que contiene los aspectos subjetivos (conocimiento) del mismo. Ambos tipos deben ser coincidentes.

La imprudencia se caracterizó, en primer lugar, como una forma de culpabilidad, y por lo tanto, bajo la influencia de la llamada teoría psicológica de la culpabilidad, como una relación psíquica del autor con su hecho dañoso. Desde esta perspectiva, vinculada estrechamente con el axioma “toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad”, sólo cabía sin embargo, sancionar como imprudencia la llamada culpa consciente, pues en la inconsciente no era posible demostrar la existencia de relación psicológica alguna entre el sujeto y un resultado que éste no se había representado (en este sentido, la primitiva teoría de la culpa de FEUERBACH). Sin embargo, la necesidad de sancionar también la culpa inconsciente, es decir aquella en la que el autor no se ha representado la creación del peligro que generó el resultado, convirtió a FEUERBACH en el fundador de la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente¹⁷⁶.

A partir de entonces los esfuerzos por explicar la culpa (como concepto abarcador de la culpa consciente e inconsciente) como una forma de culpabilidad (psicológica) ofreció toda clase de dificultades teóricas, pues la única solución que parecía consecuente era la de identificar la culpabilidad con dolo y considerar que la culpa no era una forma de culpabilidad, o bien, lo que finalmente ocurrió, modificar el concepto de culpabilidad, dando cabida a consideraciones de prevención especial y definiendo la imprudencia como un “defecto de comprensión”, que debe operar como fundamento para la

¹⁷⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 340.

aplicación de una pena que tenga la función de prevenir nuevos ilícitos imprudentes¹⁷⁷.

En el tipo de los delitos culposos esta coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido no existe: el autor quiere llegar a un lugar preestablecido con su automóvil antes de una hora determinada y para ello acelera su marcha; no quiere, por el contrario matar al peatón que cruza la calle cuya presencia no previó, debiendo haberlo hecho. Aquí la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo no tiene mayor significación práctica y por ello no se utiliza en el sentido de una coincidencia entre el saber y lo ocurrido. Excepcionalmente, sin embargo, se afirma la existencia de un tipo “subjetivo del delito culposo” que estaría compuesto por la “posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos”. Por lo tanto es posible hablar, de todos modos, de un tipo subjetivo en el delito imprudente en el sentido del conjunto de elementos individuales del tipo imprudente¹⁷⁸.

La punibilidad de la culpa sin representación (o imprudencia inconsciente) fue resuelta, por lo tanto, con el abandono de la premisa de voluntad que se consolidó con el dominio de la teoría de la prevención especial. Desde esta perspectiva se pudo sostener que el contenido material de la imprudencia como especie de la culpabilidad debía consistir en “que el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social, no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho. Aclarado lo anterior, que permitía considerar la imprudencia como una especie de culpabilidad, se la definió como un supuesto de “error sobre la causalidad de la acción”, y más precisamente como “un error sobre el carácter causal o no

¹⁷⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 340.

¹⁷⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 224

evitador del resultado de la actuación de la voluntad”, o sea como “carencia de conocimiento de los elementos del tipo”¹⁷⁹.

Resuelta la cuestión del fundamento de la punibilidad de la culpa inconsciente, la teoría pudo reelaborar la noción de imprudencia.

Singular importancia debió tener en este sentido la definición de culpa introducida en el BGB (Cód. Civil alemán, 1896, 1900) en el art. 276: “*obra imprudentemente el que no presta atención al cuidado exigido en el tráfico*”. A partir de entonces el concepto de imprudencia se estructura básicamente sobre la infracción de un deber de cuidado. Como ejemplo de este giro teórico (implícito en las antiguas nociones) es ilustrativa la definición de MEZGER: “*obra imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que le incumbe personalmente y pudo haber previsto el resultado*”. De esta manera, en la culpa o imprudencia se daban dos elementos claramente diferenciados: a) la infracción de un deber individual de cuidado y b) una “relación anímica general del autor con el resultado”, es decir, la previsibilidad del mismo. Ambos elementos constituyen la base del concepto dogmático moderno de culpa o imprudencia.

De acuerdo con este punto de vista, la comprobación de la imprudencia requiere establecer, en primer término, si al autor le incumbía un determinado deber de cuidado y, en segundo lugar, si un comportamiento adecuado al deber hubiera permitido al mismo prever el resultado de su acción. En la dogmática estos puntos de vista fueron introducidos por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS¹⁸⁰.

Alcanzado este momento resultaba evidente que la imprudencia era algo diverso de una forma o especie de culpabilidad.

¹⁷⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 340-341.

¹⁸⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 341-342.

La teoría de la acción finalista dio el paso siguiente y desplazó a la tipicidad el elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado, mientras otra cuestión, la referente a si el autor ha conocido o podido conocer la contrariedad al deber, fue mantenida en el marco de la culpabilidad.

La imprudencia, por lo tanto se convirtió de esta manera en una forma de realización del tipo y dejó de ser una especie de culpabilidad. El tipo delito imprudente o culposo se caracterizó como un tipo abierto o necesitado de una complementación judicial. Ello significa que el juez debe determinar, en primer lugar, el deber objetivo de cuidado exigido en el tráfico (que se debe establecer según las circunstancias del caso) para luego verificar si ha tenido lugar una infracción de ese deber de cuidado y, finalmente, si de ella se deriva el resultado (de lesión o de peligro). El deber objetivo de cuidado, por su parte, se debe fijar, según WELZEL, sin recurrir a prescripciones del derecho de policía ni a reglas o máximas de la experiencia, sino “únicamente a partir del principio metódico: qué acción habría realizado en la situación del autor una persona comprensiva y sensata”¹⁸¹.

La más moderna estructura del delito culposo se corresponde perfectamente con la estructura general que actualmente tiene la teoría de la imputación objetiva, dado que la acción imprudente debía ser aquella que constituyera un peligro jurídicamente desaprobado, y el resultado sólo sería imputable a ella si fuera la realización de dicho peligro. La evolución sufrida por la teoría del delito en su conjunto no es en realidad sino una evolución que partió de una concepción que consideraba el delito doloso como prototipo de todo delito y que obligaba, por ello, a encontrar el “elemento doloso” en la culpa, y terminó en otra concepción que extendió, en sentido inverso, las estructuras del delito imprudente al delito doloso¹⁸².

¹⁸¹ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 342

¹⁸² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 342

En la dogmática de nuestros días el impacto de la teoría de la imputación objetiva sobre el delito imprudente ha conmovido algunos elementos del paradigma elaborado por la teoría finalista de la acción de una manera decisiva. En particular, se ha puesto de manifiesto que “detrás del elemento infracción del deber de cuidado se ocultan diversos elementos de la imputación, que caracterizan de una manera más precisa los presupuestos de la imprudencia que aquella cláusula general”. Dicho en otras palabras, el concepto general de infracción del deber de cuidado ha sido disuelto en una serie de criterios de imputación. Por esta razón afirma JAKOBS que en el delito imprudente no es correcto hablar de un deber de cuidado distinto del emergente de la norma que prohíbe la conducta y que no toda previsibilidad del resultado es jurídicopenalmente relevante como imprudencia. Dice JAKOBS, “sólo es relevante la previsibilidad de un riesgo, que está fuera del riesgo permitido y que además es objetivamente imputable”¹⁸³.

En suma: el moderno concepto de culpa o imprudencia se ha simplificado al máximo. La imprudencia se caracteriza como una “forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar”, es decir, que se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo¹⁸⁴.

Desde este punto de vista se deduce una consecuencia clara: no cabe admitir que la llamada culpa consciente sea una forma de la imprudencia; sólo habrá culpa inconsciente, dado que cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual. Será de apreciar culpa consciente cuando el error

¹⁸³ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 343

¹⁸⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 343-344.

del autor recaiga sobre el carácter concreto del peligro y culpa inconsciente cuando el error recaiga sobre la existencia misma del peligro¹⁸⁵.

La jurisprudencia española concluye en que la imprudencia debe apreciarse en los casos en los que el autor no conoció el peligro concreto de realización del tipo creado por su acción, dado que en los casos en que el agente tuvo ese conocimiento ha estimado la existencia de dolo¹⁸⁶.

La cuestión de los grados de culpa ha adquirido relevancia en el sistema actual español, dado que la línea divisoria entre delitos y faltas es paralela a la existente entre imprudencia grave y no grave.

De lo expuesto, se puede concluir que en los casos de imprudencia, será necesario: a) la causalidad entre la acción ejecutada y el resultado tipo producido; b) la comprobación de la creación por el autor de un peligro jurídicamente desaprobado (superior al peligro permitido); c) la realización de este peligro en el resultado causado; d) el error (evitable) del autor respecto del peligro concreto generado por su acción para el objeto de protección sobre el que se produjo el resultado¹⁸⁷.

1.3.3.2. La culpa en el Derecho civil

En un sentido lato, la culpa puede significar el quebrantamiento de un deber jurídico, comprendiendo tanto la violación dolosa como la culposa propiamente dicha. En palabras de LE TOURNEAU y CADIET, la culpa es una “noción proteiforme” que comprende desde la simple negligencia hasta la culpa intencional¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 344

¹⁸⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 345

¹⁸⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 345

¹⁸⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 347

¹⁸⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 678.

La culpa es la segunda de las formas de culpabilidad; frente a la culpabilidad dolosa, la culpa o negligencia es la forma de culpabilidad más leve, por lo que el reproche jurídico que recae sobre los comportamientos culposos es menor que el de los cometidos con dolo.

Pero hay un concepto más estricto de culpa, en el sentido de negligencia, descuido, imprudencia, desidia, falta de precaución, es decir de daños cometidos sin intención, actuando con descuido, apuro, apresuramiento, etc.

Según un criterio que ha gozado de gran aceptación, la culpa se funda en no haber tomado medidas para evitar un daño que aparecía como previsible; en el Derecho romano se decía: *“hay culpa porque no se previó aquello que con diligencia hubiera debido preverse”*.

En palabras de DE CUPIS, la culpa constituye un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de reprobable; es un estado anímico disforme del que suele encontrarse en los individuos dispuestos a evitar los efectos perniciosos.

VON TUHR apunta que la culpa consiste en que el autor del acto, sin proponerse provocar un resultado antijurídico, no guarda la diligencia exigible, según la práctica, para evitarlo.

PEÑA LÓPEZ considera que “la calificación como culposa de la conducta de una persona depende esencialmente de que ésta haya realizado o no un comportamiento objetivamente menos diligente que aquel que le exige el Derecho”.

Pero, tal vez, quien más cerca estuvo de dar en el clavo en este concepto fue el maestro DÍEZ-PICAZO, quien primero aclaró que el concepto de culpa que se utiliza en materia de responsabilidad civil extracontractual resulta extremadamente borroso, poroso y huidizo. Luego de ello, el maestro de Madrid, dijo que culpa significa la desviación respecto de un modelo de conducta o estándar, pero que lo interesante es saber cómo se construye el modelo y como se enjuicia la desviación.

La culpa siempre lleva implícito un defecto de conducta; es un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias: consiste o en no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo.

Es por ello que la culpa presupone la imputabilidad, esto es, la capacidad para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que el sujeto se encuentra y desenvuelve; a *contrario sensu*, no puede calificarse de culpable a quien no es imputable.

La culpa requiere indispensablemente la imputabilidad del autor, al exigir la posibilidad de ponderación de las circunstancias para hacer un juicio de previsibilidad de las consecuencias de la propia actuación.

En lo atinente a este aspecto, el art. 902 del Código Civil sanciona una regla de conducta al imponer mayor "previsibilidad" que la ordinaria a aquellos sujetos a quienes la sociedad ha otorgado deberes de seguridad en virtud de las funciones asistenciales que cumplen; esta previsibilidad autoriza a graduar la relación de causalidad; otorgándole un mayor poder causal denominado "super-causal"; cuando se trata de hechos en que hay obligación de emplear conocimientos científicos, el no haber previsto el peligro por falta de conocimientos técnicos, responsabiliza a su autor por las consecuencias que de esto resulten.

La conclusión de lo anteriormente expuesto es que allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso, no existe culpa ni responsabilidad; esta previsibilidad del resultado debe ser apreciada en concreto, de acuerdo a las circunstancias del dañado por lo que como dice REGLERO CAMPOS, "para el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable, fundamentalmente a su edad, fase de madurez, capacidad mental, etc".

Para llenar el requisito de previsibilidad no se requiere que efectivamente se haya previsto el resultado antijurídico, pero sí que ello fuera exigible al autor del daño, es decir, que éste debiera haberlo previsto.

La diferencia entre culpa y dolo radica en que en la imputación culposa se requiere apenas un conocimiento potencial, un conocimiento que se hubiera llegado a poseer si se hubiese actuado con la diligencia debida, mientras que el dolo presupone la actuación a sabiendas del daño que habrá de causarse.

En la culpa no existe el propósito deliberado de incumplir o de dañar. Se daña simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación o el acto. Para la generalidad de la doctrina la culpa puede presentarse en tres formas distintas; como “negligencia”, por no haberse hecho o haberse hecho menos de lo debido, que es el supuesto concretamente contemplado en el art. 512 del Código Civil: “omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”; como “imprudencia”, por haberse hecho lo que no correspondía, en un obrar precipitado o irreflexivo que no tuvo en cuenta las consecuencias de que ello podían derivarse; o como “impericia”, si se desconoce o conoce mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio, que impongan obrar con previsión y diligencia con ajuste a las reglas y métodos pertinentes.

En otro plano, cabe consignar que la actuación de quien no tiene discernimiento no puede ser calificada de culposa, a tenor de lo dispuesto en los arts. 897 y 921 C.C.

La culpa de ubica a mitad del camino entre el dolo y el caso fortuito. Cuando media dolo, no hay duda sobre la responsabilidad del deudor. Cuando la inexecución se debe a causas inevitables, ajenas al obligado, o sea a caso fortuito

o fuerza mayor, tampoco se duda de la irresponsabilidad del deudor, como hemos de verlo posteriormente.¹⁸⁹

En el ordenamiento jurídico argentino la culpa tiene diversas funciones: a) actúa como factor de atribución de responsabilidad, tanto en el ámbito contractual, como extracontractual –Arts. 511, 1109 y 1107 del Código Civil-. b) Opera como eximente de responsabilidad, en algunos casos de responsabilidad objetiva. Este segundo rol puede asumir diversas variantes: 1) En la responsabilidad objetiva consagrada por el segundo párrafo, segunda parte del art. 1113 C.C., donde el factor de atribución es el riesgo de la cosa. La doctrina del riesgo creado, consagrado por el art. 1113 del Código Civil, determina por la aceptación de la culpa objetiva, la inversión de la carga procesal que pasa a recaer en el autor del hecho; éste para eximirse de responsabilidad deberá demostrar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder; 2) En diversos supuestos previstos por la ley 17.418 (Arts. 70, 72, 105, 114, 152), la culpa grave del asegurado exime al asegurador de la obligación de cubrir el siniestro; la culpa grave a que alude la ley 17.418 puede ser descripta como aquella imprudencia o negligencia extrema, desorbitada respecto del comportamiento medio habitual del grupo social en el cual tiene lugar y que culmina siendo la causa del siniestro como consecuencia de una intensificación desmesurada de la probabilidad siniestral. Si esa fue la cusa del siniestro, el asegurado y no el asegurador deben cargar con las consecuencias del siniestro; 3) En el supuesto previsto por el art. 184 del Código de Comercio, referido a la responsabilidad del porteador por los daños sufridos por el pasajero durante el transporte oneroso, la culpa de la víctima o de un tercero ajeno exonera al transportador de responsabilidad. Pero es dable recordar que la culpa contractual del transportista se presume, pues deriva del mero incumplimiento de la obligación. Si el presunto responsable del hecho pretende exculparse, tendrá

¹⁸⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 681.

que probar que el accidente producto del daño provino de fuerza mayor, o sucedió por culpa de la víctima o bien de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable¹⁹⁰.

1.3.3.2.1. La culpa en el Derecho civil argentino

Roberto BREBBIA decía que “se encuentra fuera de toda discusión en nuestro derecho que el fundamento de la responsabilidad civil en el Código Civil, es la culpa, considerada en un sentido amplio comprensivo del dolo y de la culpa en sentido específico (imprudencia y negligencia)”. Así lo sientan expresamente para la responsabilidad civil nacida de las obligaciones convencionales, los Arts. 507, 511 y concs. del Código Civil; y para la responsabilidad extracontractual o aquiliana originada en los hechos ilícitos propiamente dichos, el Art. 1067 del Código Civil señala en forma por demás asertiva que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiere daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”.

La mayor parte de los autores nacionales coincide en que el Código Civil argentino se ha apartado de todo sistema de tipificación anticipada y abstracta de la culpa.

El criterio seguido por VÉLEZ es amplio y flexible y se adapta a las múltiples situaciones concretas que pueden presentarse en la vida de relación, que no pueden ser sometidas a cartabones preparados de antemano. En la nota al art. 512, citando equivocadamente a BARBEYRAC –cuando se trata en realidad de BIGOT DE PRÉAMENEU-, VÉLEZ explica las razones que lo han orientado en este tema: “La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes,

¹⁹⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 682.

cuál ha sido su intención al obligarse, cuales son las circunstancias... del caso. Cuando la coincidencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la equidad. La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas sólo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones”.

VÉLEZ toma partido en esa nota, decididamente en contra de la división de la culpa en grados; pese a ello, subsisten en distintas partes de su Código, restos o sedimentos del sistema romano. Tales resabios romanistas se ubican a lo largo de todo el Código Civil.

En el art. 413, al tratar de las obligaciones del tutor, se toma como tipo de comparación el del buen padre de familia; lo mismo que en la nota al art. 3965, al tratar de la renuncia anticipada a la prescripción.

En la nota al art. 1143 se transcribe una opinión de DURANTON, en la que se refiere a “culpa levísima”.

En los arts. 1724 (obligaciones de los socios), 2202 (obligaciones del depositario), 1908 (normas para el mandatario) y 2266-69 (obligaciones del comodatario), se toma como medida de la responsabilidad el cuidado que se “pone en los propios asuntos”, vale decir la culpa leve *in concreto* de los romanos.

En el art. 2878 se impone al usufructuario el deber de usar la cosa como lo haría el dueño.

En la nota al art. 3225 se hace responsable al acreedor pignoraticio, en una medida más extensa que la que corresponde al depositario.

En las notas a los arts. 964 y 967 se habla de “falta grave equiparable al dolo”.

En los arts. 1462 y 1463 se usa la expresión “imprudencia grave”.

En los arts. 453 y 3384 se usa la expresión “culpa grave”.

En los arts. 461, 1143 y 3384, se vuelve a emplear la expresión culpa grave.

En algunos precedentes aislados la justicia argentina ha utilizado la expresión culpa grave para calificar imprevisiones extremas de la propia víctima, que considera fracturantes del nexo causal.

Se preguntan TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA: ¿cómo resolver esta aparente contradicción entre la intención declamada y los textos plasmados?

La doctrina dominante considera, sostienen, que debe prevalecer el art. 512, dado que las otras disposiciones del Código se referían a casos especiales.

Sentado ello, diremos que las otras disposiciones del Código contemplan supuestos especiales y contribuyen a facilitar la aplicación de la norma general contenida en dicho artículo, adaptándola y ajustándola a las características de cada situación particular.

Cabe aclarar, finalmente que el Código anterior de Perú, reproducía en su art. 1322 el art. 512 del Código Civil argentino, y el Código Civil español hace lo propio en la primera parte de su art. 1104.

Y que el Código Civil peruano de 1984, en el art. 1320, al definir la culpa leve, lo hace de manera muy parecida a nuestro art. 512¹⁹¹.

1.3.3.2.2. Clases de culpa

En doctrina se han ensayado distintas subdivisiones de la culpa, la primera de ellas distingue:

La culpa consciente, entendida como la incurrida por el autor del hecho que ha previsto las posibles consecuencias dañosas, pero actúa igualmente con la esperanza de que alguna favorable casualidad ajena a su hacer, determine que el daño no acontezca.

La culpa con previsión, en la que el autor ha previsto también las posibles consecuencias dañosas, pero a diferencia de la especie anterior, espera evitar tales consecuencias con su habilidad.

¹⁹¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 697.

La culpa inconsciente, en la cual no media previsión de las posibles consecuencias por no haber empleado la debida atención. Por nuestra parte entendemos que desde un punto de vista práctico sólo podemos ocuparnos de este último concepto, pues los anteriores se refieren a procesos mentales que es casi imposible desentrañar con certeza. Si como hemos dicho antes, en el terreno de los hechos, es muy difícil demostrar la existencia del dolo en el incumplimiento, salvo los casos excepcionales en que el incumplidor reconozca cuál ha sido su verdadera intención, tanto mayor será la dificultad para descubrir estos distintos matices de culpa. En la realidad, es raro encontrar quien admite su culpa y por lo tanto, más raro será conseguir el reconocimiento de la concurrencia de circunstancias que hacen más grave la culpabilidad. Semejantes distinciones, pues, están destinadas a funcionar casi exclusivamente en un plano teórico¹⁹².

Una segunda clasificación distingue entre culpa real y culpa presunta.

Se ha dicho que la culpa se basa en la previsibilidad; sin embargo, el juicio de reproche puede ser motivado tanto por una falta de previsión real como por una imprevisión presunta; por entender el ordenamiento jurídico o el juez, como dice VÉLEZ en la nota al art. 512, que se omitieron los “cuidados razonables” exigidos por las normas que regulan la convivencia.

RIPERT & BOULANGER explican que “como la obligación de reparación está fundada en la culpa, corresponde al que reclama una reparación establecer la existencia de una falta. Esta prueba, a pesar de poder ser hecha por todos los medios, es a veces muy difícil. El Código Civil acude en auxilio de la víctima estableciendo un número de presunciones...”.

Ha dicho el Prof. MOSSET ITURRASPE que “las culpas presuntas o ficciones de culpa constituyen un paliativo a la concepción clásica de la responsabilidad, basada exclusivamente en la retribución moral; se ubican a mitad de camino

¹⁹² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 723.

entre aquella responsabilidad y la puramente objetiva o responsabilidad sin culpa, en la medida que admiten la prueba en contrario, la prueba de la no culpa; e ingresan en el ámbito de la responsabilidad por riesgo cuando no admiten la prueba de la no culpa, exigiendo la demostración del caso fortuito o de la culpa de la víctima o bien, lisa y llanamente, asumen el carácter de presunciones “*juris et de jure*”.

Como ejemplos de presunciones de culpa, pueden mencionarse las siguientes:

El incumplimiento de la obligación por el deudor hace presumir su culpa; si el deudor pretendiera que se origina en un caso fortuito debe aportar la prueba pertinente; si el acreedor, por el contrario, sostuviera que el incumplimiento es “malicioso” corre por su cuenta la demostración del aserto; esto no es así en las “de medio” u obligaciones de prudencia y diligencia.

Conforme edicta el art. 1113 C.C. en los supuestos de daños causados con las cosas, presúmese la responsabilidad del dueño o guardián, quien, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa, o que es otra la causa del daño.

Si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, la presunción de culpa que pese sobre el dueño o guardián solo se destruye “acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (art. 1113, C.C. *in fine*).

El art. 1113 primera parte establece también que cuando el daño es causado por los dependientes pesa sobre el principal una responsabilidad indirecta o refleja, basada en una presunción de culpa que no admite prueba en contrario, “*juris et de jure*”¹⁹³.

1.3.3.2.3. Formas de manifestarse la culpa

¹⁹³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 724.

La culpa puede presentarse bajo tres facetas distintas: como “negligencia”, cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no hace lo que debe o hace menos; como “imprudencia”, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin prever por entero las consecuencias en que puede desembocar ese actuar irreflexivo, es decir se hace lo que no se debe o más de lo debido; con especial referencia a los profesionales, como “impericia” o sea el desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes, ya que es obvio que todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma y obrar con la previsión y diligencia necesarias con ajuste a aquéllos¹⁹⁴.

1.3.3.2.4. Culpa civil y culpa penal. Función de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual.

VON TUHR, MAZEAUD y GALLI sostienen que no hay diferencia entre la culpa civil y la culpa penal, en los llamados delitos culposos (homicidio y lesiones por culpa o imprudencia), siendo el concepto de culpa único en ambos sectores, nada mas que juzgado en distintas jurisdicciones. Tanto la culpa civil como la penal –dicen- consisten sustancialmente en una negligencia, imprudencia o falta de precaución. No hay, entonces, diferencia de naturaleza, ni tampoco puede asignarse importancia al hecho de que para la existencia de la culpa penal, en un delito culposo, baste una negligencia mínima, y para que haya culpa civil se exija comúnmente una mayor dosis de culpa.

Puede, si, haber distintos efectos y atribuírsele ciertas consecuencias en la jurisdicción penal que no se le adjudican en la jurisdicción civil: “al poder público –explica GALLI- le es dado asignar un distinto tratamiento a la culpa en una u otra jurisdicción, teniendo en cuenta los fines de protección social que debe ejercitar”.

¹⁹⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 725.SCBA, 22.12.87, “Rivero y Hornos, Miguel y otra c/Echadle, Norberto y otros”; AyS, 1987-V-355 y DJBA 135-138.

Desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el contrario, tiene declarado que: “la culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la culpa penal”. Así, por ejemplo, el juez MOLINA ARROTEA, ha insinuado la dualidad de culpas, al afirmar que la absolución penal no libera de la responsabilidad civil pues ésta castiga hasta la culpa leve. Obliga a deducir que la culpa mínima civil no constituye culpa penal¹⁹⁵.

Por su parte, el juez JUAN A. GARCIA, afirma que la culpa civil y la culpa penal se diferencian en la gradación¹⁹⁶.

Por su parte, COLMO ha sostenido que la imputabilidad criminal es más intensa que la civil porque ésta se admite en los casos de simple negligencia aun de culpa refleja¹⁹⁷.

Otros han visto la diferencia en que el concepto de la culpa en Derecho criminal es eminentemente personal y más restringido que en Derecho civil¹⁹⁸, o en que nada tiene que hacer la culpa o negligencia del acto ilícito, con los delitos culposos del derecho criminal, reputándose los diferentes y concretando la distinción en particularidades relativas a la prueba y en una cuestión de grado. La más leve negligencia no entraña responsabilidad penal y no es bastante para que se imponga al autor una pena corporal¹⁹⁹.

En igual sentido se ha expedido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, agregando modernamente que la culpa penal y la civil no se confunden porque se aprecian con criterio distinto, pudiendo afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera²⁰⁰.

¹⁹⁵ Ver GALLI, Enrique V. Culpa Civil y Culpa Penal en la Jurisprudencia Civil, en “Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales, Félix Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Tº II. 2007, p. 407. Cám. Nac. Civil, 01.05.1894.

¹⁹⁶ Ver GALLI, Enrique V. Culpa Civil y Culpa Penal en la Jurisprudencia Civil, en “Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales, Félix Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Tº II. 2007, p. 407. Cám.Nac. Civ. 20..12.1929. Gaceta del Foro, t. 85.p.231.

¹⁹⁸ Ver GALLI, Enrique V. Culpa Civil y Culpa Penal en la Jurisprudencia Civil, en “Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales, Félix Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Tº II. 2007, p. 407. Voto del Juez Loza, Cám.Nac. Civ. 04.11.1925. Gaceta del Foro, t. 59, p. 441.

¹⁹⁹ Ver GALLI, Enrique V. Culpa Civil y Culpa Penal en la Jurisprudencia Civil, en “Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales, Félix Trigo Represas. Director. Ed. La Ley. Tº II. 2007, p. 407.

²⁰⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 726.SCBA, 13.08.85, “Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz Leonor c/ Bocabella, José y otro”, J.A., 1988-III-496, La Ley, 1986-A-61 y ED, 118-256.,

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, puede señalarse que la culpa es un fruto más del individualismo subyacente en los Códigos Civiles decimonónicos porque constituye el criterio de imputación del daño que menos entorpece el criterio de la libertad, del "*laissez faire*". Cabría pensar, en puridad, que dado que todos los daños reparables, han tenido como fuente un hecho ilícito, todos los daños deberían ser soportados por el autor de esa conducta ilícita. Si frente a ésta cabe la legítima defensa, las acciones inhibitorias tendientes a neutralizar el resultado lesivo, lo lógico sería dejar a la víctima indemne de cualquier resultado lesivo ya producido, como ocurre en todas las clases de responsabilidad objetiva. Si la ilicitud del hecho lleva a esta conclusión lógica, si no se ponderan otros valores que también debe proteger el ordenamiento, más allá de la protección de los bienes frente a los actos lesivos, como ocurre en todos los casos de responsabilidad objetiva. Si la ilicitud del hecho lleva a esta conclusión, lógica, si no se ponderan otros valores que también debe proteger el ordenamiento, más allá de la protección de los bienes frente a los actos lesivos ¿Por qué razón la responsabilidad no es siempre objetiva, como lo fue en Roma preclásica, como lo era en principio, en el derecho anglosajón? Porque llegar a esta conclusión implicaría la paralización de toda actividad potencialmente dañosa por muy beneficiosa que ésta fuera para la sociedad, y dado que la mayor parte de nuestros actos puede resultar lesivos para los intereses protegidos de los demás, la responsabilidad, por la mera causación de los daños a éstos, bloquearía el ejercicio normal de la libertad, que es el motor de la sociedad para la filosofía liberal; y, muy en particular, de la libertad económica proclamada como "sagrada e inviolable", por el art. 17 y como "derecho natural e imprescriptible" por el art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre, por ser la libertad fundamental; de forma que, de acuerdo con los postulados fisiocráticos, la libertad contractual y la del dominio, sumada a la igualdad formal de los individuos, satisfaría, a través del juego de la libre concurrencia, guiada por los intereses individuales,

el interés público y lograría junto con la prosperidad económica, la realización de la justicia, porque, como afirmaba FOUILLE, "*quid dit contractuel dit juste*". De este modo, "la mano invisible" de ADAM SMITH, al tiempo que operaba por este procedimiento, guiado por el egoísmo, la obtención de los productos de mejor calidad y precio, aseguraba,. Como GLOUNOT nos refiere también: "el orden, la dicha, la armonía".

Ahora bien, dado que desde esta filosofía individualista, que se califica como liberal, precisamente, porque su eje radica en la libertad, y ésta no se agota en sí misma, por no ser nada más que el instrumento óptimo para lograr como fin el interés público; no se puede justificar, dado su fin último, el ejercicio de aquella libertad sin límite, de modo que, para no paralizársela, no ponga ningún daño, de los que de su ejercicio se deriven, a cargo del que actúa; no puede, en una palabra, sacrificar absolutamente la defensa de los bienes jurídicamente protegidos al ejercicio ilimitado de la libertad; porque de este modo, difícilmente el coste económico y social que comportarían los daños sin límite compensaría los efectos benéficos para el bien común derivados del ejercicio de la libertad. En suma esta filosofía, para propiciar que el motor del bien común, la libertad, lo logre no puede consagrar, para no frenarla, la absoluta irresponsabilidad por los daños que ésta genere. No sirve pues a su causa ni la libertad a ultranza, ni la responsabilidad también a ultranza, tiene que encontrar ese equilibrio entre la libertad y la responsabilidad; tandem que constituye otro de los principios básicos del sistema liberal; y este punto equidistante lo encuentra en el principio de la culpa, por virtud del cual el juicio de culpabilidad consiste en valorar si el daño producto del ejercicio de la libertad pudo haber sido evitado utilizándola de una forma normal, esto es en un juicio de evitabilidad del daño desde los parámetros de la conducta social del hombre medio, o sea del ciudadano normal porque se pondera si la persona que causó el daño pudo haberlo evitado actuando, desde las circunstancias en que está inmerso , como lo haría un ciudadano normal. Si desplegando esa

conducta se podía haber evitado el daño, y ésta no se lleva a cabo hay responsabilidad. Si, por el contrario, ni incluso desarrollando esa conducta, se hubiera podido evitar el daño, no hay responsabilidad. En una palabra, no se responde de los daños considerados como normalmente inevitables (porque aquí comienza el caso fortuito, que no necesita, por tanto, de los acontecimientos típicamente calificados como tales, que sólo tienen una relevancia probatoria); sí, en cambio de los normalmente evitables. Porque en el primer supuesto se entiende que se ha ejercitado la libertad normalmente, mientras no en el segundo supuesto. Dicho de otro modo, el daño, en un caso, está justificado porque ha sido producto del ejercicio normal de la libertad; en cambio, en el segundo porque ésta no se ha ejercitado correctamente, y, en consecuencia, el daño debe ser soportado por su autor²⁰¹.

En definitiva, el fundamento de la culpa en los Códigos decimonónicos radica en producir un reparto de daños, entre la víctima de ellos y sus autores, socialmente aceptable, que propicie la libertad de acción, a través del principio de culpa²⁰².

1.4. Delitos de actividad y de resultado del Derecho penal. El ilícito en el Derecho civil.

Por un lado existe la posibilidad de que la mera ejecución de un acto de determinada clase, como tal, ya cumpla el tipo penal. Se habla entonces de un simple delito de actividad: no lo integra ningún resultado exterior que vaya más allá de la realización de la acción del hecho²⁰³.

Son aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. Así sucede en

²⁰¹ Ver PENA LOPEZ, José M. Prólogo en Fernando Peña López. "La culpabilidad en la Responsabilidad Civil Extracontractual". Ed. Comares S.L.Granada. 2002. p. XXX-XXXI.

²⁰² Ver PENA LOPEZ, José M. Prólogo en Fernando Peña López "La culpabilidad en la Responsabilidad Civil Extracontractual". Ed. Comares S.L.Granada. 2002. p. XXXII.

²⁰³ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.Bs.As. 2000. p.144.

el allanamiento de domicilio, en el que el tipo se cumple con la intromisión, o en el falso testimonio, que no requiere un resultado que vaya más allá del juramento en falso, o también en las acciones sexuales. Estas últimas, llevan en sí mismas su desvalor y su punibilidad no presupone ningún resultado ulterior²⁰⁴.

El significado práctico de la distinción consiste sobre todo en que en la teoría de la relación causal los delitos comisivos tienen gran importancia para la imputación al tipo objetivo, sólo desempeña un papel en los delitos de resultado. Es decir, que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea, el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito²⁰⁵.

La distinción entre delitos de actividad y de resultado no debe llevar a malos entendidos.

Por una parte, debe señalarse que todo delito tiene un resultado; en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo.

Por otra parte, también en los delitos de resultado habrá que considerar el resultado en el sentido de la teoría de la imputación como abarcado por la acción típica, de modo que su separación sólo tiene una importancia relativa. Además hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o actividad, sino que a veces hay que distinguir casos por caso: así, las lesiones son un delito de mera actividad si

²⁰⁴ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 328..

²⁰⁵ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 328.

consisten en una bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra²⁰⁶.

Pero la ley también hace uso de la posibilidad, completamente opuesta, de caracterizar el lado externo de la conducta ilícita exclusivamente como producción de determinado resultado reprobado. En esa medida se habla de un delito de resultado. El resultado de que se trate, sin embargo, puede estar configurado de maneras muy distintas: desde la modificación del sustrato material de un bien jurídico, hasta la producción de daño meramente inmaterial. Y, naturalmente, un resultado no puede fundamentar el ilícito por sí solo, sino solamente en conexión con la conducta del autor²⁰⁷.

Se entiende por delitos de resultado, aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado, es por ejemplo, el homicidio.: entre la acción (disparar un revolver) y el resultado (muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. Pero también son delitos de resultado la estafa, en la que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias o la provocación del escándalo público en los cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo²⁰⁸.

En orden a la responsabilidad civil extracontractual, sólo cabe la analogía entre los delitos civiles con los de resultado. Es necesario el daño causado como presupuesto indispensable generador de responsabilidad.

Respecto de los cuasidelitos, donde media culpa y no dolo, es también necesaria la existencia de daño causado.

²⁰⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. E Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 329.

²⁰⁷ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4^a. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000. p.144.

²⁰⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 328.

La mera actividad tendiente al daño no acarrea responsabilidad si éste no queda configurado. El allanamiento de domicilio, típico ejemplo de delito de actividad no ha de generar responsabilidad por el hecho de la intromisión en morada ajena si no acreditara su propietario daño causado, esto es, el resultado exterior que vaya más allá de la acción de la realización del hecho.

2. Antijuridicidad y tipicidad

MARQUEZ PIÑERO, siguiendo a WELZEL señala que así como la antijuridicidad debe ser la misma en todo el ordenamiento jurídico, existe un injusto específico pero no una antijuridicidad específica. El injusto es la misma forma antijurídica de la conducta. Por ello, el tipo (como figura conceptual), no es antijurídico ya que únicamente su realización puede ser antijurídica. Así pues, no hay tipos antijurídicos, sino solamente realizaciones antijurídicas del tipo²⁰⁹.

Tipo, es la descripción específica y concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma); antijuridicidad, es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su totalidad²¹⁰.

Los conceptos “antijuridicidad” e “injusto” son utilizados por lo común indiferentemente, señala WELZEL.

Esto es en muchos casos inocuo, sin embargo puede conducir a malos entendidos en cuestiones importantes. Antijuridicidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción

²⁰⁹ Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 2. WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. Trad. Cerezo Mir. Ed. Ariel. Barcelona. 1964. p. 47 y ss.

²¹⁰ Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 2.

antijurídica, la antijuridicidad en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción.

Esta diferencia, señala el autor citado, puede ser de gran significación. La antijuridicidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo injusto, como objeto valorado antijurídico, es en cambio, múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el Derecho. Por esa razón, hay ciertamente injusto específicamente penal (distinto de lo injusto del Derecho, civil, por ejemplo); pero ninguna antijuridicidad específicamente penal. Lo injusto penal está específicamente diferenciado por la característica de la "adecuación típica". Así, por ejemplo, en el Derecho penal alemán, solamente el delito doloso de daño es injusto típicamente adecuado, mientras que el daño no doloso (culposo) no llena ningún tipo de injusto, sino que solamente constituye injusto del delito civil (art. 823 BGB)²¹¹.

Lo mismo, la turbación arbitraria de la posesión es injusto del Derecho civil (art. 858 BGB); en cambio, solo en raros casos injusto penal. Sin embargo, los daños culposos y la turbación arbitraria, son antijurídicos, no solamente en el Derecho civil, sino en la totalidad del orden jurídico, ya que la antijuridicidad expresa el puro desacuerdo entre el orden jurídico y acción. Ello, explica por una parte, que la defensa es admisible también en el Derecho penal contra el uso prohibido de la fuerza o el daño culposo; y por otra, que los fundamentos de justificación, indistintamente de donde sean reglamentados por el Derecho, rigen para la totalidad del orden jurídico. Así es comprensible que haya injusto específicamente penal, pero no antijuridicidad específicamente penal.

En definitiva, no existe una antijuridicidad penal en contraposición a una antijuridicidad general. No hay algo antijurídico dentro del Derecho penal ni algo que no sea antijurídico fuera de él o viceversa. El Derecho, como se verá

²¹¹ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1958. p. 58-59.

más adelante, constituye una unidad cerrada, y el Derecho y la antijuridicidad son los mismos en todos los diversos campos.

No obstante, lo anterior no excluye que, mediante la figura del tipo penal, el Derecho haya creado un recurso técnico penal para destacar y deslindar, más concretamente, un ámbito especial del injusto que conecta la punibilidad. En otras palabras: se produce una cerrazón y, por otra parte, una concreción de la acción del injusto con la punibilidad²¹²

Encontrándose en discusión en la actualidad el contenido material de la antijuridicidad²¹³ (como en época anterior lo era la polémica sobre el concepto de acción), RODRIGUEZ MOURULLO señala que el mismo está constituido esencialmente, y en primer lugar, por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La antijuridicidad constituye un juicio de desaprobación de la conducta fáctica en cuanto resulta ofensiva para un bien jurídicamente protegido. Esa ofensa al bien jurídico constituye el desvalor de resultado. En la forma y modalidad de llevar a cabo la ofensa radica el desvalor de acción. Ambos aspectos desvaliosos han de ser tenidos en cuenta conjuntamente por la ley para configurar el injusto típico del delito de que se trate. El autor citado utiliza el término “resultado” como sinónimo del puesta en peligro o lesión al bien jurídico, y no en el sentido tradicional de modificación del mundo exterior causada por la acción, como usualmente se entiende al hablar del resultado como elemento estructural del delito. Cuando se emplea la clasificación “desvalor de acción – desvalor de resultado en sede de contenido material de la antijuridicidad, la expresión “resultado” debe entenderse en su acepción de resultado “jurídico o formal” (ofensa del bien jurídico y no en su significado naturalístico de modificación del mundo exterior”²¹⁴.

²¹² Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 2.

²¹³ Ver HUERTA TOLCIDO, Susana. Sobre el contenido de la antijuridicidad. Ed. Tecnos. ;Madrid. 1984. p. 13 y ss.

²¹⁴ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 2. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General. Ed. Civitas. Madrid. 1978. p. 77-78.

En esta tesitura, la lesión del bien jurídico no constituirá un injusto típico si no va acompañado (a veces) del desvalor de acción. Así, la muerte de un ciclista, que circulaba violando las normas de tránsito, y sin luz alguna, no integra el injusto culposo de homicidio, si el conductor respetaba estrictamente las normas reglamentarias, o sea, si actuaba, cumpliendo el deber objetivo de cuidado (ausencia de desvalor de acción).

Y a la inversa, en algunos casos la salvación del bien jurídico (valor de resultado) no convierte al hecho en conforme a derecho, si no va acompañada de una acción también valiosa (valor de acción). Quien salva la vida de un extraño, que estaba a punto de ser muerto por un agresor injusto, consigue un resultado considerado por el ordenamiento jurídico como valioso (valor de resultado), es decir, en legítima defensa, pero si el hecho se realiza por venganza, resentimiento u otros motivos ilegítimos (desvalor de acción) el hecho será antijurídico. Resulta, en definitiva, indudable que el desvalor de acción adquiere un papel protagónico, y en muchas ocasiones decisivo, junto al desvalor de resultado, en la integración del contenido material de la antijuridicidad, contrariamente a lo predicado por el maestro WELZEL, para quien lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), sino que la acción es únicamente antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el agente estableció para el hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo ello determina, decisivamente el injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. En consecuencia, para WELZEL la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto personal, es decir, lo injusto es injusto de la acción referida al autor²¹⁵.

Mientras la antijuridicidad, como mera relación contradictoria entre el tipo realizado y las exigencias del Derecho, es única para todas las ramas del mismo,

²¹⁵ Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 7-9.

en los distintos ámbitos del *jus* existen diferentes especies de hechos atípicos (materia de prohibición). De allí que el referido autor añada que *la diferencia entre los conceptos de antijuridicidad y de injusto* radica en que lo antijurídico es una simple relación contradictoria entre dos piezas, que han de encajar adecuadamente; en cambio, lo injusto (por el contrario) es algo más concretable, es decir: *el contenido material de la conducta antijurídica*.

En estas condiciones, siempre siguiendo a WELZEL, puede afirmarse que si bien la antijuridicidad es única para todas las ramas del derecho, existen injustos administrativos, mercantiles, civiles, etc.; y obviamente también injustos penales, concretados en la conducta integrante del homicidio, violación, robo, etc²¹⁶.

No obstante, WELZEL señala que todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posibles. Estas generalizaciones pueden ser de distinto grado. Así se podría resumir todo el Derecho penal en el más amplio tipo: quien se comporta de modo groseramente contrario a la sociedad, será penado (en este sentido está orientado más o menos, el art. 6 del Cód. penal soviético de 1926).

Para la generalización hay dos reglas de lógica: cuanto mayor es la generalización, tanto más comprensivo y sin lagunas es el tipo, pero también tanto más difuso y falto de contenido, y sobre todo, tanto menos apropiado para una aplicación homogénea del Derecho. Inversamente: cuanto menor es la generalización, tanto más real y plástico es el tipo, pero también tanto más limitado y con lagunas.

En la relación del Derecho con estas lógicas, se abre una profunda diferencia entre el Derecho penal por un lado y las demás ramas del Derecho por el otro. Mientras que en las demás ramas del Derecho, la generalización de los preceptos jurídicos puede ser aplicada en forma más o menos amplia, el

²¹⁶ Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 19.

Derecho penal debe conformarse con una generalización relativamente limitada. Debe describir lo injusto decisivo del hecho a través de acciones típicas, vale decir generales, pero sin embargo, reales-plásticas; lo injusto del Derecho penal debe ser “típico” en el sentido destacado. El análisis de la estructura de valor de lo injusto penal, ha demostrado que el desvalor primario y general de todos los hechos punibles, es desvalor de acción; éste no es solamente origen, sino también fundamento esencial de la medida de la pena. En cambio, en el Derecho civil la acción delictuosa es solamente presupuesto del derecho de indemnización del daño, no es fundamento de medición; éste se mide a menudo, según la extensión del daño causado. Por eso, en el Derecho civil, la clase específica de lo injusto de acción es relativamente indiferente, y no precisa ser descripta en forma concreta-típica; de modo que una norma general como la del art. 826 BGB , puede ser presupuesto de un derecho de indemnización de daños . Además la eficaz estructura del Derecho penal, requiere la adecuación típica del injusto. El veredicto ético social del juez penal, y su intervención profunda en la vida, la libertad y honor de los hombres, exigen garantías jurídicas, fundamentalmente más firmes que otras ramas del Derecho (inversamente, aquellas intervenciones deben quedar reservadas sólo al Derecho penal). Si el principio del *nulla pena sine lege* no ha de quedar en una mera fórmula, sino que debe dársele un sentido práctico, entonces el Derecho penal no debe dejar el núcleo de lo injusto del hecho a instancias extralegales- sea el sano sentimiento del pueblo, a las buenas costumbres o al bien moral – sino que él mismo debe describirlo concretamente, vale decir, debe ser Derecho penal “sustancial”. El Derecho civil puede vincular el derecho de indemnización de daño al mero daño “contrario a las costumbres” (art. 826 BGB), pero una prescripción análoga de carácter penal general sería incompatible con el principio de la determinación de la punibilidad. El derecho tutelar puede restringir el poder de los padres en el caso de peligro “espiritual y moral” de los hijos menores (art. 1666 BGB), prever vigilancia protectora y

educación previsor (art. 56 y 62 JWG), pero una prescripción moral contra el peligro del bien moral, carece de la precisión legal necesaria para determinar las conductas punibles²¹⁷.

El concepto del tipo es múltiple. En su sentido más amplio significa el tipo total, es decir, la totalidad de los presupuestos de la punibilidad.

Con ello se elimina de él, desde un principio, todos los presupuestos de persecución que reglamenta solamente la perseguibilidad procesal de la acción punible; si faltan, tiene lugar la finalización del procedimiento (art. 260, StPO), no absolución, como cuando falta una característica de la punibilidad²¹⁸.

Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuridicidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuridicidad. Esa relación de la adecuación típica con la antijuridicidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el “indicio” de la antijuridicidad. Cuando exista esa relación, sólo surge problema en los casos, en que la antijuridicidad está, una vez por excepción, excluida, a pesar de darse la adecuación típica (Por ejemplo, el autor actuó en defensa legítima con el consentimiento del lesionado). En tales situaciones de excepción, un actuar adecuado al tipo es adecuado al Derecho. Por eso aquí, la antijuridicidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación como legítima defensa, autoayuda, consentimiento, etc.

Y así se pueden llamar tipos “cerrados” a los que tienen las características señaladas, porque enumeran exhaustivamente los presupuestos materiales de la antijuridicidad. Frente a ellos hay tipos “abiertos” o que “requieren ser completados”, los que no indican de por sí la antijuridicidad, y en los que debe

²¹⁷ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1958. p. 59-62.

²¹⁸ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1958. p. 62.

ser fundamentada esta a través de un juicio ulterior independiente. En ellos, para averiguar la antijuridicidad, no basta el establecimiento de la circunstancia negativa de que no intervienen elementos de justificación²¹⁹.

El ejemplo más importante para ello lo ofrece al art. 240²²⁰ StGB, versión nueva (coacción). En esta disposición no se indica de ninguna manera la antijuridicidad con el cumplimiento del tipo, pues hay en la vida social un sinnúmero de coacciones, a través de amenaza de un mal sensible, que son completamente adecuadas al derecho, de modo que desde un principio no se puede decir que está indicada la antijuridicidad con el cumplimiento del tipo de coacción. El legislador ha tomado en cuenta esta situación de hecho, al agregar una regla *positiva* para el establecimiento de la antijuridicidad al tipo de coacción del art. 240, inc. 2, StGB: es antijuridicidad la coacción, si el empleo del medio concreto de coacción (fuerza o amenaza) es socialmente reprobable para la obtención del objeto aspirado. Por lo tanto aquí la antijuridicidad debe ser averiguada mediante un establecimiento positivo e independiente del desvalor jurídico. Lo mismo rige para la disposición penal estructurada en forma análoga contra el *chantage* (art. 253²²¹ StGB, versión nueva). Pero, por encima de ello, rige para todas las disposiciones penales con características “especiales” de deber jurídico, como “jurídicamente válido” (art. 110 StGB) (hoy derogado), “adecuado al derecho” (art. 113 StGB), “competente” (arts. 110, 116 (hoy derogado), 137 (hoy derogado), 153 StGB y ss., y otros); “no facultado” (arts. 132, 168, 290, 299 (hoy derogado), 300 (hoy derogado) StGB, y otros). Estas

²¹⁹ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1958. p. 86-87.

²²⁰ Art. 240, StGB: “Quien coaccione a otro ilícitamente, con violencia o por medio de amenaza de un mal sensible, a una acción, tolerancia u omisión será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa. En casos especialmente graves la pena será de privación de la libertad de seis meses hasta cinco años. Un caso especialmente grave se presentará de acuerdo a Derecho cuando el autor fuerce a una embarazada a una interrupción del embarazo. II. El hecho será ilegal cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin ambicionado debe ser estimada como reprochable. III. La tentativa será punible”.

²²¹ Art. 253, StGB: “I. Quien fuerce a otro ilícitamente, con violencia o a través de amenaza de un mal sensible, a una acción, tolerancia u omisión, y, con ello, cause perjuicio patrimonial al coaccionado o a otro para enriquecerse o enriquecer a un tercero, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa. II. El hecho será ilícito cuando el uso de la violencia o la amenaza del mal para el fin ambicionado sea estimada reprochable. III. La tentativa será punible. IV. En casos especialmente graves la pena será de privación de la libertad no inferior a un año. Un caso especialmente grave se presentará de acuerdo a Derecho cuando el autor actúe de forma profesional o como miembro de una banda que se haya constituido para la comisión continuada de coacción”.

características no designan la acción típica del autor, sino su deber jurídico, por lo tanto no son circunstancias de hecho, en el sentido del art. 59 StGB (presupuestos de la amonestación con reserva de pena), sino puras características del deber jurídico (elementos de la antijuridicidad como tal)²²².

En el art. 110 (hoy derogado) actúa adecuadamente al tipo, el que exhorta a la desobediencia contra las leyes; sin embargo, esta acción típica es antijurídica solamente si la ley respectiva es “jurídicamente válida”. La validez jurídica es un elemento del deber jurídico del autor. Igualmente actúa en forma adecuada al tipo, según el art. 113 StGB (resistencia contra funcionario ejecutor), el que ofrece resistencia dolosamente a una acción administrativa; esa resistencia es antijurídica solamente si la acción administrativa es adecuada al Derecho; también aquí la adecuación jurídica es un elemento del deber jurídico del autor. Igualmente, la característica “competente” designa el deber jurídico del autor de respetar solamente actos de determinadas autoridades; por ejemplo, indicar correctamente el nombre frente a tal autoridad (art. 360 StGB cifra 8 – hoy derogado-) o permitir sus actos de embargo (art. 137 StGB – hoy derogado-), o declarar ante ellas conforme a la verdad en la prueba de absolución de posiciones (arts. 153 StGB -Declaración no jurada falsa- y ss.)²²³.

En todos estos casos, la antijuridicidad no está todavía indicada con el solo establecimiento de la adecuación típica, sino que debe ser averiguada positivamente mediante la comprobación de las características especiales del deber jurídico (validez jurídica, adecuación jurídica, competencia, etc.)²²⁴.

CARNELUTTI ejemplifica señalando que en los mandatos de no matar, no robar, etcétera, no son ni civiles ni penales. Dice él que no se trata de una norma, sino solamente de una proposición o de una parte de una norma, ya que

²²² Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1958. p. 87.

²²³ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1958. p. 88.

²²⁴ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1958. p. 88.

la norma jurídica no se constituye por el solo precepto ni por la sola sanción, sino ambas cosas conjuntamente. Precisamente por esa razón no pueden ser colocados ni dentro del campo del Derecho civil, ni dentro de la parcela del Derecho penal, ya que aquel precepto único forma un solo cuerpo con todas las sanciones civiles y penales que lo garantizan. Y esclarece: “la clasificación en civiles y en penales es una clasificación de sanciones, no de normas, o al menos no de preceptos²²⁵.”

Para la configuración del delito, para algunos autores, se requiere ineludiblemente una antijuridicidad penal. Por consiguiente, para BELING, el delito es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, introduciendo la nota de la punibilidad para completar su concepto. Dicha conceptualización, en sentido general, ha sido respetada hasta nuestra época. Desde esta perspectiva, BELING estima que cada elemento integrante del delito es independiente de los demás, siguiendo a LISZT y coincidiendo con él en que el único elemento subjetivo es la culpabilidad, mientras que los demás son exclusivamente objetivos. De cualquier manera, BELING aclara que –para el citado jurista- toda conducta que no pueda incluirse entre los tipos descritos por la ley (*lo atípico*) por muy injusta y culpable que pueda ser, no es una conducta punible; y, viceversa, la conducta *típica* es una conducta *punible* en la medida de la conminación penal adecuada a ella, en unión con los demás preceptos legales que afectan a la punibilidad²²⁶.

En el mismo sentido, tales conceptos de delito encuadran perfectamente en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, en materia de delitos civiles, como los contemplados en el Código Civil argentino. La conducta ha de ser típica, antijurídica, culpable y ha de provocar un daño, para que sea merecedora de resarcimiento.

²²⁵ Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 18.

²²⁶ Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 2003.p. 28.

3. El sistema de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil argentino.

3.1. El delito y el cuasidelito civil

El citado Código sienta en el art. 1109 la regla general de que está obligado a reparar el perjuicio quien, por su culpa e imprudencia, cause un daño a otro. No obstante, establece excepciones a esta regla en el art. 1113: a) en cuanto a que “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado (1ª parte, *in fine*); b) en cuanto a la responsabilidad del dueño o guardián, en supuestos de daños causados con las cosas, o su riesgo o vicio (2ª. Parte).

Este sistema debe interpretarse globalmente y explicarse diciendo que lo ordinario o normal es que cada quien responda por sus hechos propios o personales, por lo que prestigiosa jurisprudencia ha entendido que la responsabilidad por el hecho de otro constituye una responsabilidad extraordinaria o excepcional.

Con acierto ha señalado la jurisprudencia que “la responsabilidad civil indirecta no es extensible a cualquiera: alcanza sólo a aquellos que la ley hace responsables en razón de cierta situación jurídica (dueño o guardián de la cosa, padres, patrón, etc.)”²²⁷.

Fuera del marco de aplicación del art. 1109, queda igualmente en el sistema argentino el supuesto de responsabilidad objetiva del art. 1113, 2ª. Parte del Código Civil, en virtud del riesgo o vicio de la cosa.

No obstante, el Cód. Civil argentino, distingue dentro de los hechos ilícitos, entre delitos y cuasidelitos, según que la infracción del deber jurídico se produzca “a sabiendas o con intención de dañar” (art. 1072), o que el efecto

²²⁷ Cám., 1ª. CC Córdoba, 14.05.92, “Ledezma Luna Com SRL c/ Ramos Hnos SA” LLC, 1993- 737.

perjudicial violatorio del derecho sea sólo consecuencia de un acto realizado por culpa o negligencia²²⁸.

En este aspecto, el autor VELEZ SARSFIELD, se apartó del *Code*, y de algunos otros que lo siguieron, ya que además de ese distingo conceptual había establecido un distinto régimen legal para los delitos y cuasidelitos²²⁹.

Los actos ilícitos pueden ser de dos clases: delitos o cuasidelitos. El Cód. Civil argentino da una definición expresa de los primeros: “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos del otro, se llama en este Código delito” (art. 1072). De allí que el elemento esencial que caracteriza al delito, dentro de los actos ilícitos, es la *ejecución a sabiendas y con intención de dañar*, la que se designa con el nombre de dolo. La palabra “delito” tiene en el Derecho civil un significado diferente del que se le da en materia penal: en el primero se trata de un acto ilícito y perjudicial, realizado a sabiendas y con intención de dañar; en el segundo, la palabra tiene un significado más amplio y designa todo acto ilícito previsto y penado por la ley, haya o no causado un perjuicio inmediato²³⁰.

Las consecuencias prácticas de lo expuesto, son para SALVAT, las siguientes: 1) un hecho puede constituir un delito criminal sin constituir un delito civil, como ocurre en el homicidio por imprudencia (que constituye un delito penal) pero desde el punto de vista civil es un simple cuasidelito; la tentativa de homicidio, que es un delito criminal pero no uno civil en tanto no haya causado un perjuicio; las “faltas” o “infracciones de tránsito” que son verdaderos delitos pero que desde el punto de vista civil no dan lugar a sanción si no ha habido un perjuicio. 2) en sentido inverso, un hecho puede constituir un delito civil, pero

²²⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 366. SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. T^o IV. 2^a. Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 138.

²²⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 366.

²³⁰ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. T^o IV. 2^a. Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 26.

no uno criminal. Tal es el caso del estelionato, que mientras el Cód. Civil lo enuncia en los arts. 1178 y 1179, el Penal no lo hace específicamente, o la ocultación de bienes que forman parte del activo de una sucesión (art. 3331), el que no es contemplado por el Cód. Penal²³¹.

El Código Civil argentino tampoco entrega una definición de cuasidelito: se limita a consignar la leyenda: “Las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos” (Título IX). SALVAT afirma que los cuasidelitos son hechos ilícitos perjudiciales realizados por culpa o imprudencia (art. 1108). La distinción con los delitos consiste en consecuencia: en la intención del agente (en el delito éste obra con la intención de dañar); en el cuasidelito esta intención está ausente, pero hay de su parte culpa o imprudencia; la muerte por imprudencia, por ejemplo, desde el punto de vista civil, no constituye un delito, porque falta la intención de dañar, pero constituye un cuasidelito y en este carácter puede dar nacimiento a la obligación de indemnizar el perjuicio causado²³².

El delito civil es un acto ilícito ejecutado con intención de dañar, es decir, con dolo, y para la ley civil, en punto a la reparación por causa de hecho ilícito, lo mismo da que el daño se haya originado en un delito o en un cuasidelito, porque la gravedad de la causa –dolosa o culposa- , a diferencia de lo que ocurre en materia contractual conforme a los arts. 520 y 521 del Cód. Civil argentino, carece de influencia en la medida del resarcimiento²³³.

La tendencia de la doctrina dominante sostiene que los elementos del supuesto de hecho que origina la obligación de indemnizar por hechos ilícitos (entre ellos, los delitos) son : la existencia de un daño causado, la infracción de la ley,

²³¹ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tª IV. 2ª.Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 27.

²³² Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tª IV. 2ª.Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 28.

²³³ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tª IV. 2ª.Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 105.

o mejor dicho, de un deber jurídico de conducta impuesto por ella (antijuridicidad o ilicitud), la relación de causalidad entre el obrar humano violatorio del ordenamiento jurídico y el daño y la imputabilidad del autor de ese hecho a través de un factor de atribución. Sin embargo, con relación a éste último, debe señalarse que el mismo era en realidad consecuencia de una concepción puramente subjetiva basada exclusivamente en la idea de culpa o dolo del agente del daño; más modernamente se habla en plural de “factores de atribución”, en lugar de “imputabilidad”, atento a que en rigor, lo requerido es la concurrencia de algún “factor”, subjetivo u objetivo, que la ley repute apto o idóneo para, en cada caso, asignar responsabilidad a uno o más sujetos; lo que da la idea de un catálogo amplio y abierto, en el cual caben criterios subjetivos u objetivos de atribución de la responsabilidad, de forma tal que los supuestos de reparación de daños no queden circunscriptos a sólo los casos de conducta reprochable del sujeto causante del perjuicio²³⁴.

De allí que, trasladado tales conceptos al ordenamiento jurídico civil argentino, todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona, de conformidad con el art. 1077 del Cód. Civil.

Esta obligación, señala SALVAT, reposa sobre fundamentos de la más perfecta razón y equidad: el autor del delito ha realizado el acto, no sólo con la completa conciencia de que obraba en contra de los derechos de la víctima y del orden social, sino aun con la intención malévola de causar un perjuicio, por lo que es lógico que la ley le imponga la obligación de indemnizar²³⁵.

Respecto al tratamiento de los delitos civiles, SALVAT se pronuncia en el sentido de que bien pudieron, estas disposiciones, ser suprimidas sin

²³⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 392.

²³⁵ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tº IV. 2ª Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 105.

inconveniente alguno, porque ellas constituyen una simple aplicación de los principios generales que reglan la indemnización de los hechos ilícitos²³⁶.

De modo que VELEZ siguió el cuadro de los delitos del Derecho penal, pero considerándolos desde el punto de vista de la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de ellos, que es el único que interesa a los fines del Derecho civil. Es decir, los toma como delitos civiles y determina los elementos que deben tenerse en cuenta para fijar la indemnización²³⁷.

La tipificación de los ilícitos y de las sanciones, como su idea complementaria, la tipificación de los derechos subjetivos, se funda en el valor seguridad y encuentra un correlato en la interpretación literal de los art. 19 de la CN y 53 del Cód. Civil: todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido; de este modo, se pensaba, el ciudadano puede desenvolverse con toda libertad en la vida social, ejercitando prerrogativas y facultades; sólo el legislador limita su actuación, permitiéndose conocer por anticipado las áreas de lo prohibido, lo vedado, lo antijurídico.

El criterio expuesto ha sido rechazado por la doctrina moderna.

El campo civil, a diferencia del penal, debe consagrar la atipicidad del ilícito. La pretensión de construir una teoría general de la ilicitud civil, con un catálogo exhaustivo de “tipos” es ilusoria, señala. La pretensión de tipificar categorías reducidas en número y suficientemente amplias como para poder subsumir en ellas todos los casos posibles – como la fórmula “todo daño a la persona debe ser indemnizado” – conduce sólo a torturar la idea del “tipo” de la cual se parte. Los mandatos específicos o concretos son siempre insuficientes²³⁸.

Las leyes no enuncian ni agotan todas las posibles conductas antijurídicas sino que, genéricamente se prohíbe dañar a otros en los términos del art. 19 CN y del

²³⁶ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tª IV. 2ª Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 105.

²³⁷ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tª IV. 2ª Edición actualizada con textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Ed. TEA. Bs.As.1958. p. 105.

²³⁸ Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad Civil. /9. Ed. Hammurabi. 1ª. Edición . Bs.As. 1992.p. 59/60.

art. 1109 del Cód. Civil. En el Derecho penal, por el contrario, se reprimen sólo aquellas conductas antijurídicas que la ley describe en los tipos delictivos²³⁹.

El ilícito penal es la acción antijurídica, culpable subordinada a un tipo específico y concreto, predelineado por la ley. “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” reza el célebre apotegma que en nuestro ordenamiento posee jerarquía constitucional (art. 18 CN). Puede expresarse en consecuencia mediante la fórmula siguiente: antijuridicidad + culpabilidad + tipicidad.

En el orden civil no es menester, por el contrario, la existencia de una antijuridicidad tipificada. El art. 1109 del Cód. Civil argentino, constituye ejemplo elocuente de la verdad de esta aserción. La amplitud de sus términos hizo decir a LAFAILLE que con este artículo “se suple casi toda la materia de responsabilidad por los actos ilícitos”. Por su parte el art. 1072 de ese cuerpo legal brinda también una noción genérica del “delito”, sin necesidad de recurrir a una configuración particular de sus diversas especies.

El ilícito civil constituye pues una categoría abstracta y genérica: es toda acción u omisión contraria a derecho, culpable y que ocasiona un daño privado²⁴⁰.

Es más, un molde delictual como el de los cuasidelitos en materia penal creemos que sería groseramente inconstitucional, porque se aproxima bastante a un tipo penal en blanco, lo que constituye un tipo de punición inaceptable para cualquier persona con una formación digna en ese campo²⁴¹.

La antijuridicidad no es presupuesto indispensable ni constante de la responsabilidad resarcitoria, sino eventual y únicamente aplicable al obrar humano dañoso.

²³⁹ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. p. 333.

²⁴⁰ Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. Revista de responsabilidad Civil y Seguros. Tª 1999. Ed. La Ley, Bs.As. 1999. p. 1002

²⁴¹ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>).

Hay numerosos supuestos de responsabilidad que no exigen la individualización de una acción del hombre y donde, por tanto, es innecesario formular un juicio de licitud o ilicitud.

Mientras que en el Derecho penal impera el recaudo de la tipicidad (sólo se reprimen las conductas descritas como ilícitas por la ley), la responsabilidad resarcitoria por daños surge por violar la prohibición genérica de perjudicar injustificadamente a otro (*alterum non laedere*).

Ello es así a pesar de que el art. 1066 del Cód. Civil requiere una prohibición legal expresa. En efecto, esa calidad debe ser entendida en el sentido de patente, clara e inequívoca; el carácter expreso de la prohibición implica que debe ser indubitable, aunque no esté consignada en términos sacramentales, ni casuísticamente.

Y bien, el art. 1109 del Cód. Civil, en correlación con el art. 19 de la Const. Nacional, consagra genéricamente la ilicitud de los actos que dañan a otro, regla que sólo cede ante una causa de justificación. Por consiguiente, no se requiere la enumeración exhaustiva de las modalidades de los hechos ilícitos.

El denominado Derecho de Daños no tipifica una nómina cerrada de conductas ilícitas, sino que engloba como tales a todas las que perjudican a otro sin una razón justa (al margen de que algunas normas prohíban conductas particularizadas). Por ejemplo, puede no haber ninguna ley que específicamente prohíba arrojar al suelo un fósforo encendido, pero sí está vedado dañar bienes ajenos (provocar un incendio u otros siniestros).

Ello es así, salvo que concurra un motivo legitimante, como puede ser la quemazón de una franja rural perteneciente a un lindero, circundante a la zona donde se ha desatado un incendio, para impedir su propagación (estado de necesidad).

En consecuencia, de ningún modo podría admitirse (trasladando el sistema penal) que es lícito perjudicar a otro, mientras la ley no diga lo contrario. Esta

solución, siguiendo a esta postura, es inadmisibile en tanto y en cuanto no existe un derecho a dañar, que sólo cedería salvo tipificación de la conducta dañosa.

3.2. La tipicidad y atipicidad en el Derecho civil argentino

El Código Civil argentino establece un sistema de tipicidad delictiva, aunque no coincidente con la del Código Penal. Además, los delitos definidos por el Código civil no se hallan siempre en perfecta correspondencia con los tipificados en el Código penal.

El codificador argentino ha legislado, junto a los delitos civiles, una figura cuasidelictual amplia, que permite tallar figuras cuasidelictuales sobre la base de exigir los requisitos de los delitos de los arts. 1084 a 1095, pero en clave de culpa. Dicho en palabras llanas, los cuasidelitos surgen cuando una conducta delictiva típica civil se cumple, a excepción del requisito del dolo – requisito insoslayable para tener por configurado cualquiera de los delitos civiles previstos en los arts. 1084 y ss. del Código Civil. En ese caso, si además de las notas típicas de dichos delitos, a falta de dolo hubiese culpa acreditada, entonces podrá el juez condenar al dañador culpable a resarcir el daño causado a la víctima como autor de un cuasidelito²⁴².

Los casos más notables de divergencia entre delitos civiles y penales los constituyen los supuestos de homicidio y de lesiones por culpa o imprudencia, los principales delitos imprudentes del Código penal; ellos son delitos penales pero, en cambio no lo son desde el punto de vista civil, por estar ausentes en ellos “la intención de dañar a la persona o derechos de otros” o dolo (art. 1072 del Código Civil argentino), encuadrándose entonces dentro de los “hechos ilícitos que no son delitos” o “cuasidelitos” (art. 1109).

²⁴² Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. (con la colaboración de PASARIN, Carolina A.), El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>).

No hay en nuestro Código Civil delitos que no sean típicos, es decir, que no estén previstos expresamente en su articulado, por lo que los jueces no pueden crear delitos civiles, ya que de otro modo se relajarían los requisitos estructurales o configurativos establecidos por el Codificador para cada delito. Ello, no obsta a que un hecho que no alcanza a configurar un delito civil, por falta de algún elemento esencial, pueda dar nacimiento a un cuasidelito encuadrable en los términos del art. 1109 del Código Civil argentino.

En materia de delitos civiles, el Código Civil argentino establece un sistema de tipicidad, ya que contempla específicamente cuáles son y cómo se configuran cada uno²⁴³.

Ello, sin perjuicio de sostener que con el uso de distinta técnica legislativa. Por ejemplo, el art. 1084 del Código civil argentino comienza señalando “Si el delito fuere de homicidio...”; cuando el art. 79 del Código penal argentino señala “...al que matare a otro...”; el art. 1086, a su tiempo, reza al comienzo: “Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas”, mientras que el art. 89 del Código Penal señala “...al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”.

Según señala DIEZ PICAZO, “la ordenación de los daños extracontractuales se puede calificar como típica cuando los supuestos de los daños resarcibles se encuentran expresamente regulados en la ley y sólo respecto de ellos se debe la indemnización. En los sistemas típicos...el juicio es sobre la dignidad de la tutela se encuentra previamente realizado por el legislador que excluye cualquier otro que los jueces puedan realizar...los sistemas típicos proceden de la interpretación pandectista del Derecho romano.- En cambio, se consideran atípicos aquellos sistemas de carácter abierto en que los daños resarcibles y los supuestos comprendidos en la norma aparecen en una cláusula general abierta, como ocurre en la protección iusnaturalista, en el Código Civil francés y en el

²⁴³ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 182.

nuestro". Claro que, así como el Código Civil argentino establece un sistema de tipicidad de delitos civiles, sienta implícitamente el principio inverso en materia de cuasidelitos, a mérito de la parte final del art. 1109²⁴⁴.

La matriz normativa de los cuasidelitos es amplia, genérica y generosa: el art. 1109 que edicta que "todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio". La última parte del primer párrafo del art. 1109 completa la amplitud de dicha matriz, al afirmar que "esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del Derecho civil". Es así que un hecho, que no reúna los elementos estructurales mínimos para configurar un delito civil, por ejemplo una acusación falsa de un delito criminal practicado sin dolo, pero con culpa, que no configura el delito de acusación calumniosa previsto en el art. 1090 del Código Civil, puede sí configurar un cuasidelito de acusación culposa, encuadrable en el art. 1109 del Código Civil, que a los efectos resarcitorios no guarda diferencias esenciales con la acusación calumniosa, dado que según el art. 1109 primer párrafo in fine, la obligación resarcitoria en ese caso se rige por "las mismas disposiciones relativas a los delitos del Derecho civil"²⁴⁵.

En tal sentido, existiendo un doble sistema de tipicidad para los delitos civiles y de atipicidad para los cuasidelitos y equiparación de efectos indemnizatorios entre ambos, no resulta buena técnica – señalan LOPEZ MESA y TRIGO REPRESAS – la que emplean algunos magistrados y autores que ablandan o manosean los requisitos típicos de los delitos civiles, exigiendo en algunos casos menos requisitos estructurales para tener por configurado un delito, que los que el Código establece.

²⁴⁴ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 182.

²⁴⁵ LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 182-183.

No advierten posiblemente que el mismo resultado que ellos logran, a costa de la seguridad jurídica, puede ser alcanzado aplicando correctamente las reglas del Código Civil tiene en esta materia y recurriendo al molde abierto, genérico y amplio del art. 1109, subsumiendo el caso en la categoría de cuasidelitos²⁴⁶.

Cabe en este aspecto señalar, que desde otro ángulo, la norma de la primera parte del primer párrafo del art. 1109 constituye un verdadero tipo cuasidelictual, lo suficientemente amplio – comprensivo de todo daño - , cuando describe la conducta prohibida: “Todo el que ejecuta un hecho, que...ocasiona un daño a otro”. Ese daño es consecuencia de la mayoría de los delitos del Derecho penal y de los delitos tipificados en el Derecho civil.

Ese “tipo cuasidelictual” guarda correlato con el deber de no dañar, tan ínsito en dicho “tipo” como lo es el de “no matar” o “no causar daño en el cuerpo o en la salud” en las respectivas figuras del Código penal; o bien el de “no matar” o no causar daño u ofensas físicas “en el cuerpo o la salud”, previstos en el ordenamiento civil para los delitos.

En síntesis, corresponde señalar que el Código civil argentino contiene disposiciones generales aplicables a todos los actos ilícitos (arts. 1066 – 1071), disposiciones generales para los delitos (arts. 1072 – 1083) y otras para los “hechos ilícitos que no son delitos” (arts. 1107 – 1136), y disposiciones especiales para determinados delitos (art. 1084 – 1095)²⁴⁷. Y mientras en las normas de carácter general se prevé un sistema de reparación integral (art. 1068), comprensivo incluso del daño moral (art. 1078), y se acuerda no sólo el derecho a indemnización no sólo al damnificado directo, sino respecto a toda persona que haya sufrido un perjuicio, aunque sea de una manera indirecta (art. 1079), en la legislación especial sobre determinados delitos se particularizan los supuestos de “daños indemnizables”, con total exclusión del daño moral, y se

²⁴⁶ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 183.

²⁴⁷ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 183.

limitan las personas a las que corresponde el ejercicio de la acción indemnizatoria²⁴⁸.

Los autores mencionados entienden que los arts. 1084 a 1095 del Código Civil sólo se refieren a la indemnización de los daños patrimoniales, remitiéndose implícitamente en todo lo relativo al agravio moral, a lo preceptuado en forma genérica en los arts. 1068, 1075 y 1078 del Código Civil²⁴⁹.

Es así que el silencio de los arts. 1084 a 1095, al no referirse para nada al daño moral, no debe ser interpretado en el sentido de que en los casos allí previstos se haya querido excluir del resarcimiento, el daño moral producido por esos delitos, dejando así sin efecto la solución consagrada de una manera general para todos los delitos del derecho criminal por el art. 1078, que así lo autoriza sin distinción ni reserva alguna. Además, si se juzgare que no se debe otra reparación que la limitada e individualizada prevista en el artículo que trata de tal o cual delito, nos encontraríamos con un resarcimiento parcial e incompleto, en pugna con el principio de la reparación plena consagrado por las disposiciones generales del Código y de la doctrina que lo inspira. Por ello, forzosamente, corresponde considerar que siempre habrá que completar las indemnizaciones, para integrarlas en su plenitud con el contenido del o los elementos que faltaren por no haber sido tenidos en cuenta en el texto particular, por aplicación de aquellos principios comunes a todos los actos ilícitos sobre materia indemnizatoria. De no ser así, se daría el absurdo, concluyen, que en más de un supuesto, la indemnización contemplada en los arts. 1084 a 1095 del Código Civil, prevista para delitos civiles que al mismo tiempo lo son del Derecho penal, sería menos amplia que la que correspondería para otros delitos no tratados especialmente y aun para los cuasidelitos,

²⁴⁸ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 183.

²⁴⁹ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 184.

respecto de los cuales el imperativo de la reparación integral resultaría de los principios generales del Código²⁵⁰.

Conclusiones parciales

De lo expuesto en el presente Capítulo se pueden extraer las siguientes conclusiones parciales:

Se comprueba analogía entre el tipo del Derecho penal y el tipo del Derecho civil, en los supuestos de delitos civiles. Resulta contrastado que en ambas parcelas, el tipo consiste en la descripción de la conducta contraria a la prohibición o mandato y la verificación de que esta infracción no se encuentra autorizada en el ordenamiento jurídico.

Se comprueba analogía en el concepto de antijuridicidad del delito del Derecho penal y el ilícito de la responsabilidad civil extracontractual. Es plausible que ambos hechos están en contraste con el ordenamiento jurídico.

Se comprueba analogía entre la ilicitud del Derecho penal y la ilicitud de la responsabilidad civil extracontractual. Resulta contrastado que en ambas parcelas la sanción es un efecto y no un elemento estructural del ilícito.

Se comprueba analogía entre el delito doloso del Derecho penal y el delito del Derecho civil. Es plausible que en ambos casos coincide lo que el autor hace y lo que el autor quiere. Consecuentemente, se comprueba analogía entre el dolo configurativo del delito del Derecho penal y del delito de la responsabilidad civil extracontractual del ordenamiento jurídico argentino. Resulta corroborado que en ambos supuestos se requiere que el agente sea consciente de su conducta y sus consecuencias, sin que el conocimiento abarque a todas y cada una de ellas.

²⁵⁰ Ver LOPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 184.

Se comprueba analogía entre el delito culposo del Derecho penal, el ilícito de la responsabilidad civil extracontractual de nuestro entorno cultural (como es el caso de España) y, en particular, el cuasidelito de nuestro ordenamiento jurídico. Resulta contrastado que en tales supuestos el autor ignora negligentemente la realización del tipo. Queda contrastado que el fundamento de la punibilidad y de la sanción resarcitoria es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Consecuentemente, queda comprobada la analogía entre la culpa civil y la culpa penal. Resulta corroborado en ambos supuestos que el concepto de culpa se estructura sobre la infracción de un deber de cuidado.

Se comprueba analogía entre el delito del Derecho penal y el ilícito de la responsabilidad civil extracontractual. Queda corroborado que en los delitos penales no comprendidos entre los “especiales” ni los que agravan la pena por una relación interpersonal, en todos los tipos de los delitos civiles del ordenamiento jurídico argentino y en los ilícitos que contrarían el principio genérico de “no dañar” (llamados “cuasidelitos” en el ordenamiento jurídico civil argentino), la prohibición jurídica va dirigida a cualquier persona. Resulta contrastado también que en una serie de delitos penales la acción típica sólo puede ser realizada por personas que reúnan presupuestos especiales (delitos especiales “propios), o se agrava en virtud de tales presupuestos (delitos especiales “impropios”) y en el régimen de responsabilidad civil extracontractual argentino se establece un sistema de graduación de culpas en función de los conocimientos especiales del agente. Es plausible que tanto en el delito del Derecho penal como en el ilícito de la responsabilidad civil extracontractual el ciudadano debe responder como garante de que sus acciones no producirán lesiones en los bienes de los otros ciudadanos.

Se comprueba analogía entre las consecuencias del delito de resultado del Derecho penal y las consecuencias dañosas del ilícito de la responsabilidad civil

extracontractual. Resulta corroborado que tanto en uno como en otro se agravian bienes jurídicamente protegidos.

CAPITULO II

LA ANTIJURIDICIDAD

La finalidad del presente capítulo consiste en determinar si el concepto de la antijuridicidad es único en todo el ordenamiento jurídico y al mismo tiempo, en su relación con el daño resarcible, si el mismo constituye un presupuesto autónomo de la responsabilidad civil extracontractual.

Su hipótesis orientadora sostiene que la antijuridicidad, como acto contrario a la ley que lesiona bienes jurídicamente protegidos, es un presupuesto autónomo de la responsabilidad civil extracontractual y además es única en todo el ordenamiento jurídico, reconociendo a cada rama del Derecho la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes de las consecuencias jurídicas.

La primera parte del presente capítulo tratará sobre “La antijuridicidad en el Derecho civil”; la segunda parte, sobre “La unidad de la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico”; la tercera parte, sobre “La antijuridicidad subjetiva y objetiva”; la cuarta parte, sobre “La antijuridicidad formal y material”, arribando finalmente a conclusiones parciales.

Las técnicas de investigación y validación consistieron en el análisis bibliográfico, de contenidos y documental, y el análisis lógico.

1. La antijuridicidad en el Derecho civil

La antijuridicidad constituye para la doctrina tradicional de la responsabilidad civil, junto con la culpabilidad, el daño causado y la relación de causalidad, uno de sus presupuestos.

Durante todo el siglo XIX y los principios del siglo XX imperó el modelo del Código Civil francés: el de la responsabilidad fundada en la culpa²⁵¹. El art. 1382

²⁵¹ Ver ALTERINI, Atilio Aníbal. Rumbos actuales del derecho de daños en “Revista de Responsabilidad civil y seguros”. Atilio Aníbal Alterini. Director Año X.nº X. Octubre de 2008. Ed. La Ley. Bs.As. p. 9.

del *Code*, señalan RIPERT Y BOULANGER, refiere a que “toda falta obliga a reparación”²⁵². De modo que la “falta” consiste en una violación de una obligación preexistente. Pero no todas las obligaciones son determinadas por la ley de una manera precisa. En todo caso, señalan los autores mencionados, hay una tan general que el juez no puede saber si ha sido violada más que analizando el acto dañoso para calificarlo de culpable. De esta manera es llevado a emitir un juicio sobre el valor de los actos humanos²⁵³.

La antijuridicidad, como concepto primario, consiste en un juicio objetivo de desaprobación hacia el ordenamiento, concepto que comprenden las leyes, las costumbres, los principios del sistema, etc.²⁵⁴. O en palabras de MEZGER “el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico”²⁵⁵.

Así también lo ha entendido BUERES, para quien la antijuridicidad es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad²⁵⁶.

La antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*. Es decir que, particularmente, lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en la medida en que hay una lesión o aminoración de un interés jurídico resarcible. ACUÑA ANZORENA, desde un concepto más amplio, precisaba que lo ilícito debe ser algo más que la violación de lo autorizado o prohibido legalmente; en el Derecho son los principios antes que la ley escrita y ésta no es sino una de las formas técnicas de lo justo.

²⁵² Ver RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. T^o V. Obligaciones (2^a. Parte). Ed. La Ley. Bs.As. 1965. p. 18.

²⁵³ Ver RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. T^o V. Obligaciones (2^a. Parte). Ed. La Ley. Bs.As. 1965. p. 47..

²⁵⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 811.. BORAGINA, Gabriel. Breves consideraciones en torno a la antijuridicidad en la responsabilidad. Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1997, p. 144.

²⁵⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 811. MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General, Ed. DIN, Bs.As. 1989, p.131. n^o 30.

²⁵⁶ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 148.

Es sabido que, tras el incumplimiento a un deber jurídico, que es producto de un proceso de imputación, deviene la responsabilidad.

La obligación solutoria o de pago, por ejemplo, es una obligación de segundo orden que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente a cargo de un sujeto que luego, es responsabilizado por ello. De esta primera afirmación cabe inferir que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse ningún supuesto de obligación de pago a cargo de un demandado. A un sujeto, a quien no puede reprochársele el incumplimiento de ninguna obligación contractual o deber jurídico preexistente que se hallaba a su cargo, no puede imputársele responsabilidad alguna por una deuda, precisamente, porque la responsabilidad por ellas no surge de la nada, ni cae del cielo, sino que es fruto necesario de un proceso de imputación, que requiere que se cumplan determinados presupuestos²⁵⁷.

Uno de estos presupuestos –inexcusable desde todo punto de vista, incluso desde el hontanar constitucional argentino- es el requisito de la legalidad²⁵⁸.

De tal modo, para que quede comprometida la obligación de pago de un sujeto, se requiere que éste haya violado previamente un deber jurídico que se hallaba a su cargo o contrariado una obligación contractual que contrajera, sea por acción u omisión imputable a él, conclusión que se arriba de un dato obvio: a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe²⁵⁹.

²⁵⁷ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. (Director), Tratado de la responsabilidad médica, coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, 2007, en coautoría con Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, José D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros, p. 38.

²⁵⁸ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J., La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado, en “Suplemento especial de Responsabilidad Civil”, año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106)

²⁵⁹ Cám. de Apel. De Trelew, Sala “A”, en autos “BARTELS, Mariela Patricia c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Ordinario” (Expte. N° 22.813 - año: 2008), del voto del Dr. Marcelo J. LÓPEZ MESA.

Sin mandato legal incumplido no existe obligación de pago, pues la supuesta obligación carece de causa. De lo contrario, se crea *ex nihilo* un deber jurídico u obligación que no halla correlato en la legislación vigente²⁶⁰.

1.1. Alcances del concepto

De allí, que en sentido amplio, la antijuridicidad comprende la contradicción no sólo a las normas del legislador, sino también a las normas convenidas por las partes (incumplimiento contractual) y aun a las obligaciones asumidas unilateralmente.

La falta es el acto contrario a la ley. Para algunos autores, inclusive, ya que estiman que, como no es necesario que exista la violación de una disposición legal expresa para que haya responsabilidad, la palabra “falta” designa tanto el acto contrario a la legalidad como el acto contrario a la moralidad o a la habilidad²⁶¹.

Sostienen que la antijuridicidad no se circunscribe a la violación de normas legales o contractuales sino también a valores y principios jurídicos. TRIGO REPRESAS enuncia directivas sobre la juricidad: el orden público, la costumbre *propter legem* y principios generales como la equidad, la reprobación del ejercicio abusivo de los derechos y la solidaridad social. La proscripción del abuso del derecho (art.1071 del Cód. Civil) afianza dicha tesis, ampliando la antijuridicidad mediante pautas axiológicas genéricas, como la funcionalidad en el ejercicio de los derechos, la moral, la buena fe y las buenas costumbres.

En definitiva la antijuridicidad aborda la ilegalidad para aproximarse a la descalificación como injusta de la conducta adversa al ordenamiento jurídico²⁶².

²⁶⁰ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J. – PASARIN, Carolina A.-El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”.(Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>

²⁶¹ Ver RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. T^o V. Obligaciones (2^a. Parte). Ed. La Ley. Bs.As. 1965. p. 49.

²⁶² Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. T^o 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 1999. p. 314.

También se ha definido a la antijuridicidad o ilicitud, cuando “resulta extraña al ordenamiento jurídico integralmente considerado”²⁶³.

Visto ello así, sólo una conducta humana contraria al ordenamiento positivo puede ser calificada de antijurídica, y, consecuentemente, salvo causa justificada – como se verá más adelante – es fuente generadora de responsabilidad.

Para WELZEL, la antijuridicidad es un desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el Derecho para las acciones que se realizan en la vida social. Es el desvalor jurídico que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia²⁶⁴.

En el denominado Derecho de Daños²⁶⁵, la antijuridicidad sólo es relevante en relación a conductas o actividades que han causado o amenazan causar daños, pues la problemática gira en torno al resarcimiento o a la evitación de perjuicios.

Finalmente, se encuentran quienes sostienen ²⁶⁶ que licitud e ilicitud es lo mismo que juricidad y antijuridicidad sin que quepa confusión posible con la justicia y la injusticia. Términos estos, señalan, que como todos los relacionados con el Derecho natural, tienen una determinación confusa y siempre eminentemente subjetiva.

En cuanto a la terminología²⁶⁷ se hace preciso intentar deslindar los términos que se emplean para designar lo contrario a Derecho, a saber: antijurídico, injusto, ilícito y antinormativo. SAUER, después de decir que antijurídico e injusto son lo mismo, precisa que lo injusto abarca la valoración y el concepto, y lo antijurídico sólo la valoración. MEZGER, si bien considera acertada la

²⁶³ PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. Tª I. Ed. La ley. Bs.As. 2006. p-. 78.

²⁶⁴ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p. 57.

²⁶⁵ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 313-318.

²⁶⁶ Ver LA ORDEN MIRACLE, Ernesto. El Estado de Necesidad en el derecho moderno. Ed. Jiménez. Murcia.1933. p. 53

²⁶⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 46.

precisión de BINDING conforme a la cual, injusto es solo no-derecho y antijurídico implica un plus, pues es ya un “anti”, señala que debemos emplear indistintamente con carácter de sinónimos ambos términos; entendimiento al que también se suma JIMÉNEZ DE ASÚA. En el ámbito de la doctrina civil, la identificación de la antijuridicidad con el injusto es mantenida expresamente por BOFFI BOGGERO, entre otros²⁶⁸, para quien en sentido formal, antijuridicidad significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho²⁶⁹.

En cuanto al vocablo “ilicitud”, JIMÉNEZ DE ASÚA rechaza su utilización puesto que, a su parecer, este término “lejos de precisar más la idea, la diluye en un contenido vasto e impreciso. La ilicitud significa más que lo antijurídico. Lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al Derecho) y puesto que el círculo ético es de mayor radio que el jurídico, al decir acto ilícito, en vez de acto antijurídico, lejos de aproximarnos a un lenguaje exacto propio del jurista, nos desviamos de él y caemos en la imprecisión del hablar corriente²⁷⁰.

Por esta razón, mientras algunos autores prefieren hablar de antijuridicidad en lugar de ilicitud²⁷¹, otros entienden la sinonimia de ambos conceptos²⁷².

La expresión “antijuridicidad” es un término acuñado por la dogmática penal alemana de fines del siglo XIX, que fue traducido por primera vez al castellano por JIMÉNEZ DE ASÚA, quien explica que “al ocuparnos de la unificación del Derecho penal en Suiza tradujimos la expresión acto antijurídico por acto ilícito,

²⁶⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 46. BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, T^oII.Ed. Astrea. Bs.As. 1973. p.87, n^o 396. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1997 p. 106, n^o 171.

²⁶⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 809.

²⁷⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 46.

²⁷¹ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. T^o 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 1999. p. 314

²⁷² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 809.

pero no pretendíamos con ello modificar el contenido del pensamiento, sino verter al castellano una palabra que no existía en nuestra lengua”²⁷³.

BUSTO LAGO, de acuerdo con KELSEN, considera que la ilicitud no es algo exterior, no es algo extraño o ajeno al Derecho, sino determinado por éste. De aquí que, como ha señalado DE CASTRO, “son actos ilícitos los reprobados por el ordenamiento jurídico”, y por tanto, reformulando esta afirmación en sentido contrario, un acto será lícito, cuando no está prohibido por el ordenamiento jurídico²⁷⁴.

En el ámbito de la doctrina civil española, ilicitud y antijuridicidad se utilizan como sinónimos. Así, para DE ANGEL, que un acto sea antijurídico significa que es ilícito. Al tiempo, el término “injusto” suele reservarse para adjetivar al daño que deriva de una acción antijurídica, de forma que en estos supuestos, en palabras de BUERES, “media antijuridicidad en la conducta e injusticia en el daño”²⁷⁵.

Por su parte, el concepto “antinormatividad” apunta a la contradicción entre el hecho y el orden normativo, en tanto que la antijuridicidad supone la trasgresión del orden jurídico, de manera que esta presupone la existencia de aquélla, pero no al revés, porque puede suceder que un determinado hecho sea calificado como antinormativo y no sea antijurídico, como acontece cuando concurre en el hecho contrario a la conducta prescrita por norma una de las llamadas causales de exclusión de la antijuridicidad o justificación²⁷⁶.

La antijuridicidad radica entonces, en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica como ilícito.

²⁷³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 810.

²⁷⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 47.

²⁷⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 47

²⁷⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 47

1.2. La antijuridicidad y el daño.

Desde el punto de vista del Derecho penal, la antijuridicidad no puede considerarse la segunda o tercera nota – según se englobe en ella la tipicidad o no – de la definición del delito, siguiente a la de comportamiento humano, sino la primera característica, que junto a la culpabilidad, constituye uno de los dos únicos pilares sobre los que se apoya fundamentalmente la noción de delito. La consecuencia de un comportamiento humano constituye el primer requisito de la antijuridicidad. Por ser común a todo tipo, puede anteceder al estudio de la adecuación de la conducta a una clase de tipo. La tipicidad, constituirá pues, el segundo requisito de la antijuridicidad²⁷⁷.

Desde la parcela de la responsabilidad civil extracontractual, y aunque último en la cronología temporal de los acontecimientos, puede decirse desde un punto de vista lógico que este es el primer elemento de la responsabilidad civil, ya que sin él no puede siquiera pensarse en la pretensión resarcitoria: sin perjuicio no hay, ni puede haber responsabilidad civil por ausencia de “interés”, que es la base de todas las acciones²⁷⁸.

En un sentido naturalístico, daño concierne al deterioro que se irroga a un bien²⁷⁹.

En un sentido jurídico, surge la idea de supresión, disminución o desvalor.

BUERES señala que resulta dificultoso aprehender al concepto con toda técnica²⁸⁰.

Señala el mencionado autor que en una primera línea de pensamiento están quienes, no siempre con pureza, aluden al daño señalando que es el menoscabo a un bien jurídico²⁸¹.

²⁷⁷ Ver MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.² ed. Casa Editorial S.A.Barcelona. 1982. p. 57-58.

²⁷⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A. Los Presupuestos de la responsabilidad civil, en Revista de responsabilidad civil y seguros.. Año VI. N^o X. Ed. La Ley. Bs.As. Noviembre de 2004.

²⁷⁹ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 165.

²⁸⁰ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 165.

²⁸¹ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 165.

Asimismo, refiriendo a SANTOS BRIZ, señala que el daño es “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”²⁸², aclarando que HANS FISCHER refiere por una parte que el daño incluye todos los perjuicios que el sujeto de derecho sufre en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irroga el propio perjudicado.

Señala finalmente que el autor español introduce en el concepto las notas de antijuridicidad (contravención a la norma) y responsabilidad (perjuicio por el cual debe responder otra persona). Planteadas así las cosas, esas exigencias no se intercomunican necesariamente con la idea del daño. Puede haber daño sin antijuridicidad (si hay justificación en la conducta) y aun así, el daño puede o no ser resarcible. A su vez puede mediar daño y no advenir el deber de reparar (responsabilidad) por faltar algún presupuesto (ilicitud, factor de atribución)²⁸³.

KARL LARENZ, por su parte, señala que daño significa una alteración desfavorable de las circunstancias que, como consecuencia de un hecho determinado, se producen contra la voluntad de una persona y afecta bienes jurídicos que le pertenecen (personalidad, libertad, honor, patrimonio)²⁸⁴.

Para BUERES, la teoría que apunta a los bienes, es falsa: el deterioro de un bien patrimonial puede originar un daño patrimonial (directo) o extrapatrimonial (indirecto); el derecho no protege bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses); bien jurídico y derecho subjetivo no son entidades equivalentes²⁸⁵. Entiende acertada aquella doctrina que apunta al daño como lesión a un interés y aquella otra que define al daño en vista de las consecuencias o repercusiones que la acción nociva provoca en el patrimonio o en el espíritu. El daño, por lo tanto, es la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o en el espíritu, en virtud de ser el interés el núcleo de la tutela

²⁸² BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 165.

²⁸³ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 168.

²⁸⁴ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 165.

²⁸⁵ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 166.

jurídica²⁸⁶. Es decir, los derechos subjetivos, los bienes jurídicos, se tutelan en vista a la satisfacción de intereses. Cuando se afecta la esfera jurídica de un sujeto, el goce de bienes sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar, existirá daño²⁸⁷.

Para BUERES, no hay daño antijurídico; tampoco hay daño lícito ni daño ilícito. Hay conducta antijurídica. El daño es tal si es injusto (o jurídico) y debe repercutir en intereses jurídicos. Un daño injusto puede no ser resarcible si la conducta está justificada. Ello, salvo que el ordenamiento establezca lo contrario (supuestos de responsabilidad por el acto lícito). En el acto ilícito, la injusticia de la conducta (antijuridicidad) se transmite al daño. En el acto lícito, la injusticia del daño es independiente²⁸⁸. Es decir, la antijuridicidad se predica siempre de la conducta y no del daño²⁸⁹.

La idea de que la antijuridicidad no condiciona siempre la responsabilidad resarcitoria se demuestra de la siguiente manera:

en algunos casos ni siquiera se indaga si media o no antijuridicidad; de tal modo, cuando el daño deriva del riesgo o vicio de cosas, sin conexión causal averiguable con una conducta humana concreta, deviene superflua y a veces imposible constatarla y calificarla como lícita o como ilícita. El dueño o guardián responde entonces salvo acreditación de una causa ajena al riesgo o vicio (art. 1113, párr. 2, segundo supuesto, Cód. Civil), por lo cual no se indaga sobre su proceder o el de personas vinculadas a aquéllos.

En otros supuestos, se responde a pesar de que la conducta dañosa es lícita por concurrir una causa de justificación; como en lesiones a terceros a raíz de gases lacrimógenos usados por policías para reprimir desórdenes, donde principios de justicia distributiva responsabilizan al Estado.

²⁸⁶ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 167.

²⁸⁷ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 167

²⁸⁸ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 161.

²⁸⁹ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 158.

Por ejemplo, en los daños causados en estado de necesidad, según esta postura, no será acertado aludir a “un hecho lícito con consecuencia ilícita”, como si el daño pudiera separarse del hecho que lo causa, con el alcance de que las causas que justifican al primero no alcanzan a justificar el daño mismo.

Esta tesitura, se señala, hace peligrar el principio de unidad de la antijuridicidad, al desdoblar el acto (lícito según el derecho penal) y su consecuencia (que sería ilícita para el derecho de daños). Parece equivocado forzar el concepto de antijuridicidad, para aplicarlo sólo al daño, con independencia de la conducta que lo ocasiona.

Resulta congruente y lógico, se señala, aceptar en cambio que hay daños injustos sin antijuridicidad en su producción. Esta postura exige encontrar las verdaderas razones – si las hay –por las cuales es justo reparar un resultado lesivo, a pesar de que haya sido justo inferirlo. Según LÓPEZ OLACIREGUI, la teoría de la responsabilidad “no debe ser construida como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso”²⁹⁰.

El mencionado autor expuso como criterio básico que se debe responder no sólo por el daño injustamente causado, sino también por el que ha sido injustamente sufrido, vale decir, cuando “es injusto que lo soporte quien lo recibió”, haya o no ilicitud en el obrar del llamado a responder²⁹¹.

En el Derecho de daños se registra un cambio axiológico, pues el presupuesto de la responsabilidad se centra en la injusticia del daño, con abstracción de la injusticia de su origen; o sea, con prescindencia de su antijuridicidad o no del hecho lesivo. Es clásica la frase de que no interesa tanto el daño injustamente causado como el injustamente sufrido: más que las características del obrar del responsable, es relevante la situación del damnificado.

²⁹⁰ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de Daños. T^o 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 1999.p. 313-318.

²⁹¹ Ver LÓPEZ OLACIREGUI, J.M. Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Bs.As., agosto de 1978. T^oII, p. 941. ²⁹¹ ALTERINI, Atilio Aníbal. Rumbos actuales del derecho de daños, en Revista de Responsabilidad civil y seguros. Atilio Aníbal Alterini. Director. Año X.n^o X. Octubre de 2008.Ed. La Ley. Bs.As. p. 9.

Si bien la noción de culpa no es expulsada, pues sigue siendo la “norma de clausura” del sistema, se produce –para esta postura– un pasaje de la concepción *contra jus* del ilícito a la concepción *sine jure* del daño injusto²⁹².

Así pues, cuando el hecho sea lícito o inculpable, puede resultar inequitativo dejar de indemnizar el daño padecido por una víctima inocente. Por ejemplo, el daño causado en estado de necesidad experimentado por quien no ha creado el peligro que amenaza como mal mayor. Igualmente, si alguien ve lesionada su intimidad a raíz de una información de interés general que lo tiene como protagonista accidental y aunque el órgano haya ejercido regularmente su actividad, puede estar justificada una equitativa indemnización fundada en la injusticia intrínseca de aquel daño y en el provecho obtenido en la actividad lícita perjudicial.

En esas hipótesis y otras similares, la eventual justicia objetiva del acto no debe ser acompañada de la injusticia subjetiva de no enmendar sus consecuencias lesivas: aquella justicia inicial del hecho fuente, no borra otra injusticia de sus repercusiones desfavorables en un inocente.

Para esta postura, la antijuridicidad es un requisito eventual, no necesario: hay daños justificados en su producción, pero no es justo dejarlos sin reparación.

Hablar de daños injustos derivados de conductas lícitas presupone separar dos aspectos: a) la causación misma del perjuicio; b) quien debe soportar el desvalor que significa ese perjuicio: si corresponde mantener su incidencia en la víctima sin derecho a reparación o bien, trasladar su carga negativa a otra persona por vía de responsabilidad resarcitoria. Cuando el daño se aprecia como injustamente sufrido y a pesar de que haya sido lícitamente causado, se impone la traslación. Por eso, se concluye que no siempre el daño ilícito responde a una conducta antijurídica. La ilicitud, desde este punto de vista no se refiere a un resultado en el mundo exterior, sino a un obrar humano.

²⁹² Ver DE LORENZO, Miguel Federico. El daño injusto. Bs.As. 1996. n° 16 y ss. P. 73 y ss. ²⁹² ALTERINI, Atilio Aníbal. Rumbos actuales del derecho de daños, en Revista de Responsabilidad civil y seguros. Atilio Aníbal Alterini. Director.. Año X.n° X. Octubre de 2008.Ed. La Ley. Bs.As. p. 9.

Desde esa perspectiva, no es válido el argumento que confiere ilicitud a la consecuencia aunque el acto sea lícito, con motivo de la injusta situación del tercero inocente que sufre el perjuicio.

La licitud o la ilicitud no se infieren de la sola justicia o injusticia que para el damnificado representa el hecho lesivo, sino desde la más amplia y objetiva confrontación con todo el ordenamiento jurídico. Algo diverso, se sostiene, significa esclarecer, *a posteriori* de la causación del daño y a pesar de su licitud, si es injusto que la víctima lo soporte. El primer problema concierne a la valoración del acto dañoso (en la hipótesis, reputado como acorde con el Derecho) y el otro, a la valoración sobre quién debe asumir su incidencia negativa. Si este segundo juicio es favorable a la víctima y aunque el anterior beneficie al autor (por ejemplo, para liberarlo de represión penal) debe concluirse en que la antijuridicidad no se encuentra entonces en la génesis del daño (es decir, en la conducta que lo causa) sino que se traslada a la omisión de hacer efectiva la responsabilidad (a la no asunción de las consecuencias resarcitorias del hecho lesivo)²⁹³.

El daño (material, corporal o moral) significa la lesión sufrida, que es considerada un hecho bruto que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae esta lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos). Se distingue del perjuicio cuyo concepto jurídico es el efecto o la continuación del daño: un atentado a la integridad física, es decir un daño corporal, puede así engendrar un perjuicio patrimonial (por ejemplo, la pérdida de salario, gastos médicos) y un perjuicio extrapatrimonial (sufrimiento moral entre otras).

En responsabilidad no hay acción sin perjuicio; por el contrario, puede haber una acción preventiva para evitar su nacimiento. En este sentido, el perjuicio constituye el fundamento de toda responsabilidad. El perjuicio debe ser probado por el demandante. En materia delictual, la necesidad del perjuicio

²⁹³ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 1999. p. 318-320.

está consignada o se expresa en los artículos 1382 a 1386 del Código Civil francés que suponen un daño. Para ser sufrido, el perjuicio debe haber sido causado, lo que supone determinar su autor²⁹⁴.

De todos modos, para su resarcibilidad, el daño ha de ser cierto, personal de quien lo reclama, antijurídico, ilegítimo o no justificado, debe estar causalmente relacionado con el hecho generador y encuadrado en una categoría legalmente resarcible, trascendente o significativo, legítimo y subsistente²⁹⁵.

El requisito de antijuridicidad citado precedentemente es el que interesa a nuestro estudio. Por ello, cabe establecer como principio general que los particulares no responden frente a las víctimas por daño justificado, aunque como excepción pueden llegar a responder por ellos²⁹⁶. Este último criterio ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, al afirmar que “la ejecución de una actividad lícita no conlleva como indispensable corolario la licitud de todas las consecuencias resultantes, ni legitima indiscriminadamente todos los perjuicios causados”²⁹⁷.

Cabe hacer la salvedad respecto de los terceros, frente a los cuales se responde aun por el daño provocado lícitamente, ya que la causa de justificación no opera a su respecto²⁹⁸.

El art. 1067 del nuestro Código Civil enfatiza que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo peca causar...”, lo que no significa que la antijuridicidad dependa o se califique en razón del daño producido, o que, en otras palabras, el juicio de antijuridicidad se base exclusivamente en el resultado dañoso. La antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad, concurrente pero

²⁹⁴ Ver LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad Civil. Ed. Legis. Bogotá.2004. Traducc. de Javier Tamayo Jaramillo. p. 60/61.

²⁹⁵ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 412-444

²⁹⁶ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 416.

²⁹⁷ SCBA, 27.11.84, “Caja de Previsión Social para procuradores c/ Lubokor S.R.L. y otros”, J.A. 1985-IV-451, La Ley 1986-A-648 y AyS, 1984-II-356; idem, “Moschini, Alberto F. c/Albayda S.A., Juba 7, Sum. B4736).

²⁹⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 417.

distinto al daño. Puede haber daños no antijurídicos que, por ello, no generan la obligación de resarcir a cargo de quien los provocó: típicamente, en los supuestos de daño justificado (Por ejemplo, estado de necesidad, legítima defensa). Inversamente puede haber una conducta antijurídica que no provoque daño. Aun así, la antijuridicidad existiría, aunque, como puntualiza el art. 1067 citado, no genere responsabilidad civil (resarcitoria), aunque pudiera ser punible penalmente²⁹⁹.

Señala LÓPEZ MESA³⁰⁰ que la interdefinibilidad de los conceptos de daño y antijuridicidad, sobre la base del pseudo razonamiento de que todo daño es injusto y merece un resarcimiento constituye un exceso de generalización y -a la postre- un desatino, que no puede aceptarse.

Bien se ha resuelto que la supuesta sinonimia entre daño y antijuridicidad es errónea en grado sumo³⁰¹, pues se trata de dos presupuestos diferentes de la reparación y ambos deben concurrir con los otros dos presupuestos clásicos para que un caso genere un supuesto de daño resarcible.

El Prof. MOSSET ITURRASPE ha hecho trizas también esta supuesta sinonimia al decir que “No faltan... doctrinarios que pretenden deducir la antijuridicidad de la acción sólo de su resultado, del daño causado... Pero si bien es cierto que no puede haber responsabilidad sin daños, la causación de un daño no siempre acarrea la responsabilidad de su autor. El daño para ser resarcible debe ser un “daño jurídico”, es decir, un daño producido por un comportamiento antijurídico: de ahí que SAVATIER puede hablar de los “derechos de dañar” y que cuando la lesión no afecta derechos subjetivos sino meros intereses, por más estables y ciertos que ellos sean, no se genera responsabilidad civil. Piénsese en la situación de los “damnificados indirectos”, que sólo

²⁹⁹ Ver ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Ed., Astrea Bs.As. 1982. p. 3

³⁰⁰ Ver LÓPEZ MESA, Marcelo J (con la colaboración de Carolina A. Pasarin). Grandes fábulas y mitos jurídicos argentinos - 2ª. parte- (El mito de la antijuridicidad suprimida). Inédito.

³⁰¹ Cám. Civ. y Com. Trelew, Sala B, 9/11/00, “Asinpat SRL v. Municipalidad de Trelew”, en AbeledoPerrot online.

excepcionalmente están legitimados para accionar, y en las hipótesis concretas de la ruptura de los esponsales, concubinato, etc”³⁰².

Y un sagaz doctrinario uruguayo ha expuesto que “la antijuridicidad (ilicitud) la consideramos un presupuesto de la responsabilidad concurrente pero diferente del daño. Como bien señala ZANNONI, puede haber daños no antijurídicos que, por ello, no generan obligación de reparar (legítima defensa) e, inversamente, puede haber conductas antijurídicas que no provoquen daños (conducir sin libreta de chofer)”³⁰³.

Se torna así patente, manifiesto, el grueso error de quienes pretenden extraer del daño su carácter antijurídico. Se trata de dos presupuestos distintos de la reparación y ambos deben constatarse efectivamente en el caso, para que un daño se torne resarcible, concluye el citado autor.

1.2.1. La antijuridicidad y la responsabilidad

La negación de la antijuridicidad, como presupuesto de la responsabilidad civil, no es nueva.

Concretamente, en la doctrina italiana de los años sesenta se encuentra una corriente negadora que tiene su máximo exponente en CARBONE, quien se dedica a defender que “en el ordenamiento italiano, el carácter de la ilicitud es extraño al hecho dañoso”, porque “el elemento común a los diversos supuestos de hecho de la responsabilidad civil no viene dado por el ilícito, sino por la existencia de un hecho dañoso relevante para el Derecho”³⁰⁴.

En esa misma línea de pensamiento se sitúa alguna sentencia del Tribunal Supremo español, cuando señala: “Actos y omisiones productores de un daño de los que se tiene plena conciencia de su resultado, y por ello, al ser

³⁰² Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños. Ed. Ediar. Bs.As. 1985, T. I, p. 36.

³⁰³Ver ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas, en “La Responsabilidad”. Ed. Abeledo Perrot. Bs.As. 1995. p. 338 y ss.

³⁰⁴ PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.14.

previsibles, el art. 1902 los considera generadores de una responsabilidad para cuya exigencia no es necesaria, conforme a su texto, su previa ilicitud”³⁰⁵.

Para esta postura, la supresión de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad se asienta principalmente sobre estas bases: 1) la existencia de tipos de conducta permitidos y fomentados por el ordenamiento jurídico que, sin embargo, aun desarrollándose sin haber trasgredido ningún específico deber, e incluso, con las correspondientes autorizaciones, originan la correspondiente responsabilidad civil, en caso de causar daños, ya sean éstos originados por el desarrollo de actividades dañosas en potencia (Por ejemplo: la explotación de industrias de sustancias químicas inflamables, tóxicas o contaminantes, de energía nuclear, de gas, eléctricas, de transporte, etc.) o incluso por actividades dañosas en acto; 2) la repugnancia de considerar como hechos ilícitos aquellos en los que, a pesar de la falta de culpa, existe la denominada responsabilidad civil objetiva, la inexistencia de un deber que tuviese por contenido el *neminem non laedere*, en razón de que un deber de esta naturaleza ni estaría previsto por el ordenamiento, ni podría estarlo, so pena de paralizar la marcha de la vida económica y social normal correspondiente a una economía de mercado, con la prohibición de toda actividad que pudiera causar daño a otro; 3) en la latitud del deber de reparar el daño que, al referirse a cualquier daño, parece hacer abstracción del requisito de la antijuridicidad³⁰⁶.

Según esta posición doctrinaria, se concluye que de erigirse a la reparación del daño como elemento axial de la responsabilidad civil, prescindiendo de la antijuridicidad, se atenúa el requisito de la culpa o incluso se llega a prescindir de él, de manera que cualquier daño fuera éste fruto o no de una acción ilícita, generaría la responsabilidad consiguiente. Este corolario no significa la eliminación de la existencia de las causales de justificación, que, sentada la

³⁰⁵ PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, “El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.14.

³⁰⁶ Ver PENA LÓPEZ, José María Prólogo en José M. BUSTO LAGO, “El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.14.

anterior regla, tienen que ser objeto de la correspondiente salvedad o excepción por todos los autores que niegan, a pesar de ello, la existencia de antijuridicidad dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil. Por esta razón, la negación de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, deja de formularse radicalmente en la doctrina, para circunscribirse a la del papel de requisito positivo y normal de la antijuridicidad, de manera que la tesis negativa de la antijuridicidad, en la formulación apuntada, reconoce relevancia jurídica a ésta, pero tan solo como requisito negativo y excepcional de la responsabilidad civil.

Así, para DE ANGEL, “De no existir una causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la máxima de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres”; PUIG BRUTAU, por su parte, señala: “En principio, todo hecho que cause daño y que no esté específicamente justificado o permitido ha de considerarse prohibido o contrario a Derecho”. LACRUZ-DELGADO, señala que “Todo daño infligido a otro es injusto y da lugar al resarcimiento si no concurre alguna de las circunstancias que lo legitiman”; y más concretamente LASARTE apunta que “A la postre es antijurídica cualquier conducta (ilícita o no) que acarree daño para tercero y sólo dejará de serlo cuando concurra a favor del sujeto responsable alguna de las causas que excluyan la antijuridicidad”. DE LORENZO, por su parte, señala que “Toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño o no, salvo que el comportamiento mismo esté justificado...en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado”³⁰⁷.

Como puede apreciarse, en estas posturas la antijuridicidad carece de relieve como elemento generador de responsabilidad civil; lo tiene meramente como elemento obstativo de ésta, la falta de antijuridicidad, esto es, la juricidad del

³⁰⁷ Ver PENA LÓPEZ, José María Prólogo en José M. BUSTO LAGO, “El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”.. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.15.

evento dañoso. Desde esta perspectiva, por consiguiente, lo operativo, en el hecho dañoso, en cuanto que generador de la responsabilidad civil, no es tanto la antijuridicidad como su falta: la juricidad³⁰⁸.

Desde aquí a la afirmación de DELL' ANDRO, negando la existencia ontológica de la antijuridicidad, hay un solo paso según PENA LÓPEZ, en razón de partir de una visión kelseniana del Derecho y afirmar que lo único existente ontológicamente es la juricidad, que es la que obsta al nacimiento de la responsabilidad civil³⁰⁹.

Para otra corriente doctrinaria, es la culpabilidad la que va a originar la pérdida de autonomía y aun el desconocimiento de la antijuridicidad como *conditio iuris* para el nacimiento de la responsabilidad civil.

Así, o la antijuridicidad se identifica con la culpabilidad, como apunta BARBERO al afirmar que "El carácter de la ilicitud deriva precisamente de ser el hecho imputable a dolo o culpa", o como señala DE ANGEL: "Nadie duda de que hay un sinfín de actos dañosos que engendran responsabilidad civil, aunque no exista un mandato legal específico que los reglamente, los prohíba o los condene; su injusticia se deduce de una regla implícita en el ordenamiento jurídico que ordena actuar con diligencia hacia los demás", o se convierte en un elemento integrante de la culpabilidad, como ocurre en la frase de CHIRONI "En la voz, culpa, no obstante la necesidad de no confundir las dos expresiones, se comprende la *iniuria*"; o, finalmente, es la culpabilidad la que se convierte en un elemento integrante de la ilicitud, de tal naturaleza que la ilicitud sin culpa, en el decir de ESMEIN, sería igual que un hombre sin cabeza³¹⁰.

Los Códigos Civiles más modernos han receptado las tendencias doctrinales y jurisprudenciales de países donde rige la economía de mercado y han hecho

³⁰⁸ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, "El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.15.

³⁰⁹ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, "El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.15.

³¹⁰ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, "El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.16.

expresa mención de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Entre ellos se encuentra el BGB alemán, el Código Suizo de las Obligaciones, el portugués, el italiano de 1942 y el holandés.

Para la tendencia doctrinaria que abona esa posición tanto la licitud como la ilicitud son las dos constantes sobre las que pivota, a través de la historia, la sistematización de las fuentes de las obligaciones. Ya en el Derecho justiniano, se sistematizaron también “causas varias” que se reconducen a dos unidades, porque mientras una, el cuasicontrato, se asimila al contrato, por razón, precisamente de su licitud, la otra, el cuasidelito se asimila al delito por causa, precisamente, de su ilicitud. Se forma así en torno a dos ejes, la cuatripartición que domina todo el *ius commune* y que es asimilada por la Doctrina del Derecho natural, con la fórmula pentapartita que añade, a las fuentes del derecho común, la de la ley, fórmula que es recogida por POTHIER y luego por el *Code* francés³¹¹.

Siendo ello así, tal posición sostiene que cuando no hay antijuridicidad el daño debe ser soportado, como regla general, por la víctima; esto es, como principio, cuando falta antijuridicidad en la producción del daño, éste, no puede ser transferido o imputado a su autor mediante la correspondiente obligación de repararlo. Luego, efectuado este descarte, si la responsabilidad es objetiva, con este requisito basta para imputar a su autor, tan sólo cuando es subjetiva hace falta además, culpa en su autor para que le pueda ser transferido aquél³¹².

1.2.2. Daño jurídico y antijurídico

Los supuestos en los que existe obligación de indemnizar los daños causados, a pesar de que se trate de actividades permitidas, en abstracto o en concreto, y que se desarrollan sin infracción de los específicos deberes, que han de ser

³¹¹ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.18.

³¹² Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.22.

observados en su desarrollo, no contradicen la existencia del requisito de la antijuridicidad, puesto que éste, en el ámbito de la responsabilidad, incide inmediatamente sobre su resultado: el daño. El que una actividad sea lícita, o permitida o fomentada, inclusive por el ordenamiento jurídico, no quiere decir que los daños que produzca sean de la misma naturaleza, esto es, lícitos, porque si existe y cuando existe un interés protegido *erga omnes*, este tiene que ser correspondido ontológicamente en el plano jurídico, por el deber de abstenerse de dañarlo por todos, de la obligación pasiva universal de no dañarlo; violado este deber, el acto dañoso es ilícito o antijurídico, y por ello el daño debe ser transferido al autor, en los casos de responsabilidad objetiva, sin más, y en los casos de responsabilidad subjetiva, si media culpa³¹³.

Por consiguiente, según esta posición, en el ámbito de la responsabilidad civil aquiliana, la infracción, constitutiva de la antijuridicidad, es este deber que pesa sobre la colectividad de no causar daño a los intereses jurídicamente protegidos. Por esta razón la mera licitud del comportamiento que conduce al resultado dañoso es irrelevante en esta sede, no así la ilicitud, proveniente de una contravención de un específico deber preordenado a la protección del interés dañado, en cuanto necesario exponente de ésta. Lo que demuestra por otra parte, que tampoco es irrelevante la antijuridicidad específica de la acción, aunque de forma mediata, esto es, como medio de determinar si existe protección jurídica para el interés dañado, con el correlativo deber universal de respetarlo³¹⁴.

Ahora bien, continúa esta postura, cuando no hay obligación pasiva universal porque no exista protección jurídica del interés, o porque existiendo ésta, el autor actúa en el ámbito de las causas de justificación, es decir, *iure* o jurídicamente, no existe la infracción, la ilicitud o antijuridicidad, y por lo tanto,

³¹³ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, "El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 23.

³¹⁴ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, "El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 23.

no existe responsabilidad civil.; esto no empece, para que en ciertos casos, cuando el ordenamiento considera injusto que el daño sea soportado exclusivamente por la víctima, le conceda el derecho a una indemnización que debe pagar el autor como precio del ejercicio de su derecho, y no como sanción , esto es, no a título de responsabilidad civil, y por lo tanto, sin sujeción a su régimen jurídico³¹⁵.

Los daños producidos en los intereses que gozan de protección pueden ser fruto de acciones prohibidas (penalmente, por ejemplo, homicidios, delitos contra la propiedad, la salud, el honor, etc.; administrativas, por ejemplo infracciones del reglamento de circulación; o civiles, por ejemplo violación de la obligación de no construir), pero también de acciones permitidas: cazar, conducir, fabricar, con perfecto cumplimiento de todas las disposiciones penales, administrativas y civiles, pero en ambos casos hay antijuridicidad en el daño, en el sentido de que el que lo sufre no tiene el deber de soportarlo y el que lo causa no tiene derecho a causarlo, por eso, aquél puede repeler la acción dañosa como causada ilegítimamente, y por la misma razón, puede exigir la reparación del daño. Una cosa es tener derecho a realizar una acción posiblemente y hasta probablemente dañosa: conducir, cazar, fabricar y otra, muy distinta tener derecho a hacer daño. Se tiene derecho a realizar esas acciones siempre que no se lesionen intereses jurídicamente protegidos, salvo que la ley otorgue este derecho a dañar, contra cuyo ejercicio no cabe la legítima defensa, ni la reparación derivada de la ilicitud de la acción, sometida al régimen, como tal, de la responsabilidad civil, lo único que cabe es, cuando la ley lo disponga específica, explícita e inequívocamente, a título excepcional, una compensación económica al empobrecimiento experimentado por la víctima del

³¹⁵ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 23.

daño. La antijuridicidad es un requisito ontológico de la responsabilidad civil, se concluye³¹⁶.

Si la latitud de la protección jurídica de los intereses frente al daño fuera tan amplia que abarcara cualquier interés, podría afirmarse que cualquier daño sería antijurídico, salvo que existieran causas de justificación. De ser ello así, la antijuridicidad sería circunstancial al daño, de modo que, comprobado éste sería innecesario verificar la antijuridicidad, porque esta se produciría por la simple existencia del daño. Y así, cualquier daño sería antijurídico o se presumiría como tal, salvo la existencia de una causa de justificación³¹⁷.

Se pregunta PENA LÓPEZ si son en verdad antijurídicos todos los daños o existen daños no antijurídicos a pesar de no concurrir una causa de justificación. Para ello, ejemplifica con la muerte de la prostituta, que no puede originar un derecho a favor del proxeneta, por razón de los daños que le haya causado a éste por la muerte de la mujer explotada. Ello, obviamente, no permite deducir que quien la mató obraba en ejercicio de un derecho propio que venga a justificar el reclamo del proxeneta, sino que el interés que éste proyectaba sobre la persona explotada es considerado ilegal o inmoral por el ordenamiento jurídico, y por tanto indigno de protección³¹⁸.

Concluye PENA LÓPEZ que la antijuridicidad en el daño estaría constituida por “la lesión de un interés jurídicamente protegido” (conforme con IHERING) y protegible –agrega- frente a la actuación del dañante. Si ese interés no lo está, por ser alegal, ilegal o inmoral, no puede haber antijuridicidad porque, al no existir el deber jurídico de proteger estos intereses, no puede haber infracción del mismo. Si por el contrario, el interés goza de protección jurídica en abstracto, pero no en concreto frente a la actuación del dañante, por estar ésta, a

³¹⁶ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”.. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 24.

³¹⁷ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 24.

³¹⁸ Ver PENA LÓPEZ, José María Prólogo en José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 25.

su vez, desplegada también para la satisfacción de un interés jurídicamente protegido: en el ejercicio de un derecho o de un deber o de la autotutela ciudadana de un bien jurídicamente protegido, en los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad, tampoco puede existir antijuridicidad, porque, al estar esta conducta justificada, deja de existir aquel deber para el dañador, y éste, al causar el daño, realiza un acto jurídico perfectamente lícito, y como tal, carente absolutamente de la antijuridicidad exigida para el nacimiento de la responsabilidad civil³¹⁹.

De allí que el criterio básico o primario, en virtud del cual el derecho decide la imputación del daño, es el de si existe o no protección jurídica para los intereses dañados. Si esta protección no existe, bien porque se trata de intereses que el derecho no toma en cuenta, por metajurídicos, bien porque los reprueba, por ilegales o inmorales, el autor del daño no lo ha inferido contra *ius*, y, al no tener obligación de indemnizarlo, debe de soportarlo quien lo ha padecido. Al contrario, si existe tal protección del interés dañado, éste se transferirá mediante la correspondiente obligación reparatoria a su autor. En este último caso, puede ocurrir que exista una colisión de intereses jurídicamente protegidos, es decir, que se dañe un interés protegido en abstracto. En este supuesto, el interés protegido lo será el que se considere que goza de una mayor protección, por concurrir en él los extremos de una causa de justificación³²⁰.

1.2.3. La indemnización como precio al ejercicio de un derecho

Se decía en el apartado precedente que cuando el ordenamiento considera injusto que el daño sea soportado exclusivamente por la víctima, le concede el derecho a una indemnización que debe pagar el autor como precio del ejercicio de su derecho, y no como sanción, esto es, no a título de responsabilidad civil, y

³¹⁹ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, "El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 25.

³²⁰ Ver PENA LÓPEZ, José María. Prólogo en José M. BUSTO LAGO, "El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 26.

por lo tanto, sin sujeción a su régimen jurídico. Ello, siempre y cuando la ley disponga específica, explícita e inequívocamente, a título excepcional, una compensación económica al empobrecimiento experimentado por la víctima del daño.

Diversos ejemplos podemos extraer del Código Civil argentino, a saber:

en el contrato de locación de cosas: el art. 1519, cuando el locador se dispusiese a hacer las reparaciones que son a su cargo, y ellas interrumpiesen el uso o goce estipulado, en todo o en parte, o fuesen muy incómodas al locatario, podrá éste último exigir, según las circunstancias del caso la cesación del arrendamiento o una baja proporcional del precio locativo, por el tiempo que duren las reparaciones. A tal punto que si el locador no conviniera alguna de tales opciones, podrá el locatario restituir la cosa locada, disolviéndose el contrato; el art. 1520, en igual sentido, establece que el locatario tendrá los mismos derechos del artículo anterior, cuando el locador fuera obligado a tolerar el trabajo de un vecino en las paredes divisorias i hacer éstas de nuevo, inutilizando por algún tiempo parte de la cosa arrendada. En ambos casos, el precio de la compensación está dado por la baja en el precio del canon locativo, que constituye una de las opciones.

En el contrato de locación de obra. El art. 1638, establece que el dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Sin embargo, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujere a una notoria injusticia.

En materia de tenencia de cosas. El art. 2466 confiere al tenedor de una cosa el derecho a retenerla hasta ser indemnizado por el poseedor, cuando hubiese hecho gastos o mejoras necesarias para conservar la cosa.

En la adquisición del dominio por transformación. El art. 2569 establece que si la transformación se hubiese hecho de mala fe, sabiendo o debiendo saber el

transformador que la cosa era ajena, y fuera imposible reducirla a su forma anterior, el dueño de la materia tendrá derecho a ser indemnizado de todo el daño, y a la acción criminal a que hubiere lugar, salvo que prefiriese tener la cosa en su nueva forma, pagando al transformador el mayor valor que hubiese tomado por ella. La primera parte de la norma responde al principio de “no dañar”. El derecho del dueño de la materia a quedarse con la cosa, constituye una facultad que le confiere la ley, siempre que pagase el mayor valor que hubiese obtenido la cosa.

Adquisición del dominio por edificación, siembra o plantación. El art. 2588 confiere al dueño del terreno el derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación cuando un tercero de buena fe edificare, sembrare o plantare con semillas o materiales propios, siempre que abonare las indemnizaciones correspondientes, sin que el dueño de las semillas o materiales pueda destruir lo edificado o plantado no mediando consentimiento del dueño.

Molestias que ocasionan el humo, calor, olores y ruidos. El art. 2618 establece que las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños la cesación de tales molestias. De dicha norma se infiere que quien ocasiona molestias por humo, calor, olores, luminosidad, ruidos tiene facultad para provocarlas hasta el límite de la normal tolerancia. Pero, aun cuando contaren con autorización administrativa, establece que los jueces, según el caso concreto, podrán fijar una indemnización. Se trata de un supuesto, como en los anteriores, de la aplicación de las reglas de la equidad.

En supuestos de servidumbres de tránsito, acueducto y de recibir aguas de predios ajenos. El art. 3068 establece que el propietario, usufructuario o usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la

interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarcido todo otro perjuicio. En el mismo sentido, el art. 3082 dispone que toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o a favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, o a favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una justa indemnización. En un sentido similar, el art. 3097 ordena que los propietarios de los fundos interiores están sujetos a recibir no sólo las aguas naturales sino también las artificiales que corran de los terrenos superiores a los cuales hubiesen sido llevadas o sacadas de allí por las necesidades de riego o de establecimientos industriales, salvo la indemnización debida a los predios inferiores teniendo en consideración los beneficios que pueda obtener de esas aguas. A su tiempo, el art. 3100, dispone que todo propietario que quiera desaguar su terreno de aguas que le perjudiquen, o para evitar que se inunde o que deje de ser bañado, o para la explotación agrícola, o para extraer piedras, arcillas o minerales, puede, previa una justa indemnización, conducir las aguas por canales subterráneos o descubiertos. Por entre las propiedades que separan su fundo de una corriente de aguas, o de toda otra vía pública.

Se trata, en todos los casos, y al solo efecto enunciativo, de supuestos donde se prevé una compensación económica, por razones de equidad, y no a título de responsabilidad civil.

2. Unidad de la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico

Si bien la antijuridicidad es un concepto elaborado fundamentalmente por la dogmática penal, ha trascendido del ámbito de la Teoría del delito para pasar a

ser una categoría general del Derecho que puede referirse a cualquiera de los sectores integrantes del mismo³²¹.

Como el ordenamiento jurídico es uno solo, el hecho es antijurídico para todo el Derecho.

No hay ilicitud penal, civil, laboral, etcétera, sino ilicitud lisa y llana. Diferente resulta el supuesto en que un hecho antijurídico pueda producir efectos en alguna rama del Derecho y no en otra. Por ejemplo, hay delitos penales que no generan responsabilidad resarcitoria, como es el caso de las tentativas de homicidio o lesiones. Pese a ello, hay hechos ilícitos dañosos de los que no surge responsabilidad penal, como en el caso de la destrucción culpable de una cosa, ya que el tipo delictivo exige que se haya actuado con dolo³²².

No es posible fragmentar la ilicitud, pues el Derecho no permite en un sector, lo que veda en otro, en virtud de principio lógico de no contradicción³²³.

En Derecho penal, por ejemplo, la norma es algo que se obedece o se desobedece, por lo que sus reglas exigen el “deber”. Si se desobedecen, ha habido una “infracción” al derecho y lo que se ha hecho es jurídicamente “incorrecto”, la “trasgresión de un deber”, o un “delito”.

La ley penal cumple la función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de éstos.

La pena o “sanción” que las normas imputan a las infracciones o violaciones del Derecho penal busca crear un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades (aunque la pena pueda servir otro propósito).

En la órbita de la responsabilidad civil extracontractual, cuyo objetivo consiste en resarcir a los individuos los daños sufridos como consecuencia de la

³²¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 49.

³²² Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 333

³²³ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 339.

conducta de otros, sus reglas determinan qué tipo de conducta constituyen ilícitos civiles que dan lugar a acciones judiciales, imponen deberes u obligaciones de abstenerse de tal conducta. A ese comportamiento se lo denomina “violación de un deber” y a la indemnización u otros remedios jurídicos, “sanción”³²⁴.

Para BUERES³²⁵, la antijuridicidad es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad. Es indudable, sostiene, que existen múltiples ilicitudes puras (o ilegalidades con otro léxico), extrañas al marco de la responsabilidad civil.

La antijuridicidad supone un juicio de menosprecio³²⁶ hacia el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema, y hasta las reglas del orden natural.

Particularmente, en materia de responsabilidad civil, la antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*. Es decir, lo antijurídico es la conducta trasgresora de la norma en la medida en que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño).

La doctrina dominante insiste en la unidad de la antijuridicidad y reconoce a cada rama del derecho la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes de las consecuencias jurídicas. Así por ejemplo, dice ENGISCH que “las fundamentaciones de deberes jurídicos y las exclusiones del injusto tienen eficacia general....Pero al ordenamiento jurídico siempre le queda intacta la posibilidad de vincular a un injusto correcto...sólo alguna de las consecuencias posibles, o sea, que haya sólo reparación del daño sin pena, o sólo pena sin reparación del daño, etc. Pero hablar de antijuridicidades del Derecho privado y del Derecho penal debido a esa diversidad de consecuencias del injusto, es un

³²⁴ Ver HART, H. L..A. El concepto del derecho. Traducc. De Genaro R. Carrió. 2ª.edición (reimpresión). . Ed. Abeledo Perrot. Bs.As. marzo de 2004.

³²⁵ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 148-

³²⁶ Ver BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As.1991. p. 148.

error. Esta posición tiene razón en que existen en los diversos campos del Derecho divergencias, que se limitan a las consecuencias jurídicas³²⁷.

La antijuridicidad, señala ZAVALA DE GONZÁLEZ, no se decide sólo por la oposición de la conducta con un precepto legal determinado, sino atendiendo a la totalidad del ordenamiento jurídico. De tal modo, ejemplifica, para determinar si un homicidio es o no antijurídico no basta la comprobación de que la ley penal castiga a quien mata a una persona, pues de otros preceptos surgen hipótesis en que esa conducta es lícita, como en el caso de la legítima defensa³²⁸.

Durante mucho tiempo los autores han coincidido en admitir un distingo cualitativo entre el ilícito civil y el ilícito penal, disintiendo únicamente en determinar el criterio que proporciona esa diferencia.

La concepción objetiva, al referir la acción a la norma jurídica que regula el caso con prescindencia de la culpabilidad del autor –por esencia personal-, permite arribar a una noción general y omnicomprensiva de la antijuridicidad.

Todos los injustos tienen un denominador común: la violación al orden jurídico. No obstante ello, ese concepto indiferenciado de ilícito puede ser diversamente estructurado por cada rama del Derecho, dando lugar a variadas especies de ilícitos. Pero ontológicamente no cabe efectuar distingos: las disciplinas se separan sólo para facilitar su conocimiento y aplicación³²⁹.

Según una primera teoría, sostenida particularmente por UNGER, ZUCKER, BUCCELLATI Y SCROJEN, existe delito civil si el derecho violado es un derecho subjetivo; si por el contrario, es el derecho objetivo, el delito es penal. No obstante es imposible lesionar un derecho subjetivo sin ofender

³²⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 570/571.

³²⁸ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. T^o 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 1999. p. 332.

³²⁹ Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. T^o 1999. Ed. La Ley, Bs.As. 1999. p. 1002.

simultáneamente el derecho objetivo, desde que ningún derecho subjetivo existe sin una norma correspondiente.

Conforme a una segunda opinión, la diferencia debe buscarse en la naturaleza de la norma violada o del interés protegido por la misma. Si aquélla es de orden público y éste es social, el delito es penal; si la norma es de orden privado y el interés individual, el delito es civil. Al mantenimiento y al progreso de la sociedad humana, todo el derecho es público porque está enderezado al logro del bien común, y no cambia de naturaleza porque una norma cualquiera esté destinada a la protección de un interés privado, por cuanto su desconocimiento acarrea “una cierta perturbación social, una cierta ofensa al interés público”.

Con arreglo a un tercer criterio, la distinción entre actos ilícitos penales y actos ilícitos civiles deriva de la sanción que castiga el mismo acto. Según CARNELUTTI, propugnador de esta tesis, hay ilícito civil cuando el acto está castigado con sanciones diversas de la pena; viceversa, habrá ilicitud penal cuando también se aplica contra ella la pena.

Un acto no constituye ilícito penal por estar castigado con una pena, sino que se aplica ésta por presentar aquel carácter.

En esencia, la ilicitud es única desde que supone en todos los casos, un acto voluntario cuyo cumplimiento contraviene una regla de derecho y determina una reacción del ordenamiento jurídico.

Hoy la doctrina, tanto en lo penal como lo civil, coincide en reconocer esta unidad de lo ilícito, si bien admite que cuando es recogido por los ordenamientos jurídicos parciales, adquiere nuevas notas o rasgos que permiten individualizarlo dentro de cada orden particular.

Si sustancialmente la ilicitud civil y la ilicitud penal no difieren entre sí, cuantitativamente son distintas:

En materia civil, ilícito es todo acto voluntario ejecutado contra una prohibición legal; en materia penal, ilícito es todo acto voluntario ejecutado contra una prohibición legal, previsto y castigado por la ley. Mientras la ilicitud civil es una

categoría abstracta y general que se presenta cada vez que concurre el quebrantamiento de una norma de Derecho por culpa del autor del acto; la ilicitud penal es específica y concreta, pues a más de requerir la presencia de los dos elementos objetivo y subjetivo premencionados, exige a la vez, la tipicidad, es decir, que el acto encaje en el tipo que la ley ha descrito previamente como ilícito.

La finalidad del ordenamiento jurídico civil y la del ordenamiento jurídico penal es diferente al establecer la ilicitud de un acto. En aquél, es la de reparar el daño experimentado por el ofendido; en este, la de infligir una pena al ofensor.

La distinta finalidad de la sanción dice también que ha de ser distinto el criterio que la determina: en lo ilícito civil la reparación se fija en la extensión del daño inferido a la víctima, con prescindencia de la mayor o menor culpabilidad del autor del acto; en lo ilícito penal, la pena está en función de la gravedad del hecho y de acuerdo a la peligrosidad del sujeto.

Ello, señala, asimismo, que si la reparación es de orden patrimonial, la muerte del culpable no extingue la obligación resarcitoria, que pasa a sus herederos. En lo criminal, como la pena es personalísima, la muerte del imputado extingue la acción penal.

Esta última circunstancia permite apuntar, que en principio, sólo las personas naturales son susceptibles de responder criminalmente, en tanto que la responsabilidad civil comprende por igual a ellas como a las jurídicas³³⁰.

Es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo. No es engañoso clasificar así normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos o contraer matrimonio, y normas que confieren potestades a funcionarios, por ejemplo, la de decidir litigios a un Juez,

³³⁰ Ver SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. T^a IV. Fuentes de las obligaciones. 2^a. Ed-actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Arturo Acuña Anzorena. Tipográfica Editora Argentina. Bs.As. 1958.p. 22 a 25

la de dictar reglamentos a un Ministro, la de aprobar ordenanzas a un Consejo Departamental.

Debe sostenerse firmemente el concepto de la antijuridicidad en todo el campo del Derecho, sin distinción de sus ramas. Un hecho es o no es antijurídico en sí mismo, sin que pueda serlo para una rama jurídica y no serlo para otra. Esto sin perjuicio de que siendo antijurídico el hecho, produzca efectos en una de ellas y en otras no. Por ejemplo, la destrucción culposa de un objeto es un acto ilícito civil, pero por no encuadrar en el art. 183 del Cód. Penal argentino, no produce efecto en el campo penal.

La unidad de la antijuridicidad del hecho resulta de la unidad de la norma jurídica de valuación que regula su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho, con prescindencia de que, por su tipificación penal o por sus efectos civiles, se le atribuyan consecuencias jurídicas de una u otra índole o ambas³³¹.

Para ROXIN³³², a la pregunta de si las autorizaciones o derechos de intromisión del Derecho civil o del Derecho público excluyen en todos los casos y circunstancias la antijuridicidad de una conducta típica, debe responderse afirmativamente. Sería una contradicción axiológica insoportable, y contraría la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente. En ese aspecto hay que reconocer por consiguiente la tan invocada “unidad del ordenamiento jurídico, que abarca todas las normas vigentes en el territorio federal, con independencia del órgano creador de las normas”, exactamente igual que el principio de que las causas de justificación

³³¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 814.

³³² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 20077. p. 570.

relevantes en Derecho penal proceden de todo el ámbito del ordenamiento jurídico³³³.

Adoptar el criterio de la antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta, presupone considerar el orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita³³⁴.

La jurisdicción debe proceder de modo no contradictorio, y por ende no puede dar lugar a escándalo jurídico, esto es, afirmar y negar algo al mismo tiempo. En este sentido, una conducta lícita en un ámbito del Derecho, no puede ser ilícita en otro. No obstante, nada impide que una acción considerada lícita por una rama del derecho, no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escándalo jurídico no se produce y la unidad o no contradicción del orden jurídico se mantiene. Acto ilícito para el Derecho civil es todo acto contrario a la ley, que abarca los actos personales del responsable, pero que se extiende a los actos ocasionados por sus dependientes, a las cosas que son de su propiedad o de las que se sirve, incluso llega hasta los actos de personas vinculadas con el principal por una especial relación de autoridad o de cuidado. Se trata de formas de culpa extrañas al Derecho penal, que en éste serían inadmisibles por ser responsabilidad objetiva, pero que se introdujeron en el Derecho civil para ampliar los márgenes de reparación, con la consigna de que ningún daño puede quedar sin indemnizar³³⁵.

Asumido de forma generalizada el carácter interdisciplinario del concepto antijuridicidad, dos son fundamentalmente las tesis que se han formulado en orden a la forma de entender este rasgo de la misma:

³³³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 570.

³³⁴ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2005. p.459.

³³⁵ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2005. p.460.

la tesis que podemos considerar minoritaria, sostenida por algunos penalistas italianos, para quienes, encerrada dentro de los límites de cada rama del Derecho, la antijuridicidad tendrá el carácter de tal, simplemente, en el ámbito de cada una de aquéllas, pero no en las demás. La primera objeción que se puede formular a esta tesis proviene de la dificultad de diferenciar a qué sector del ordenamiento jurídico pertenece una determinada norma, pues estos no forman compartimientos estancos, sino que sus lindes son difusos y variables, de forma que hasta la clásica bipartición Derecho público / Derecho privado está sometida a una profunda revisión crítica.

La tesis que goza de mayor predicamento en la doctrina y que ha alcanzado en la actualidad un consenso prácticamente generalizado es la que aboga por la pertenencia de la antijuridicidad al ordenamiento jurídico *in genere*, demostrando que no existe una antijuridicidad que se contraiga al ámbito correspondiente a cada rama del Derecho³³⁶.

La antijuridicidad es, en este entendimiento, siempre la misma, si bien hay supuestos específicos del ilícito (el delito, el ilícito civil, el ilícito administrativo o la conducta antisindical) a los que las distintas disciplinas jurídicas atribuyen consecuencias diversas (la pena, el resarcimiento, el cese inmediato y la reparación de consecuencias³³⁷.

Una conducta sólo es antijurídica cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico. Así lo exigen los arts. 19 de la Constitución Nacional y 1066 del Cód. Civil.

El primero dispone que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, en tanto que el art. 1066 del Cód. Civil señala que “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales

³³⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 49

³³⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 49.

o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere dispuesto”.

3. Antijuridicidad subjetiva y objetiva

Existen dos formas de entender materialmente la antijuridicidad: ambas presuponen una determinada concepción de la norma jurídica. Además, están ligadas a diversas posiciones acerca de los fines a cumplir por el sector del ordenamiento en el que operan, o bien a una específica ontología que impone un concreto entendimiento de algunas categorías jurídicas. De allí, que se habla de antijuridicidad subjetiva y objetiva³³⁸.

La cuestión a dilucidar consiste, en palabras de OSSOLA, acerca de si el concepto de ilícito sólo expresa una formal oposición entre lo jurídicamente debido y lo efectivamente ocurrido (antijuridicidad objetiva); o si, por el contrario no basta la mera contrariedad entre el acto y el orden jurídico, sino que es necesario además la concurrencia del elemento psíquico (voluntariedad) por parte del trasgresor (antijuridicidad subjetiva)³³⁹.

Para quienes sostienen la antijuridicidad objetiva, la norma jurídica es primordialmente un juicio de valor. La finalidad fundamental de las normas jurídicas es resolver conflictos de intereses declarando, en cada caso, el interés que consideran predominante y estableciendo determinadas consecuencias jurídicas para el supuesto de que el mismo sea vulnerado. Los partidarios de esta tesis postulan que el juicio de antijuridicidad consiste en el desvalor que recae sobre el hecho en el caso que contravenga el interés declarado preponderante por la norma jurídica. De allí que el juicio de antijuridicidad es un juicio de desvalor sobre el hecho objetivo por haber producido un resultado

³³⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 815.

³³⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.815.

contrario a las valoraciones de las normas. En este juicio, no se tiene en cuenta componente subjetivo alguno. El análisis del comportamiento del sujeto será analizado en un momento posterior: el juicio de culpabilidad³⁴⁰.

Los objetivistas, sostienen que la ilicitud de un acto es juzgada con prescindencia de la condición anímica del agente; es suficiente que una regla de Derecho haya sido vulnerada. Consiste en la violación de la norma considerada en sí misma. La noción objetiva de la ilicitud responde a la necesidad científica de concebir idealmente el fenómeno de la conducta de una persona en oposición con los mandatos legales. La ilicitud presupone un juicio de valor en el cual se afirma una contradicción con las normas jurídicas. Una contradicción entre el hecho y el Derecho. Se determina por su antagonismo con el orden jurídico: la antijuridicidad en su esencia no es sino la negación del Derecho. Negación del Derecho desde la perspectiva del conflicto entre la conducta y la norma que la valora: pero su reafirmación en cuanto al injusto constituye la condición necesaria del acto coactivo imputado por el ordenamiento como consecuencia. Lo que interesa a la sociedad es el acto que provoca la alteración del orden jurídico. Un determinado proceder se declara ilícito cuando contradice las reglas del ordenamiento, el juicio valorativo recae exclusivamente sobre el acto; la culpabilidad o inculpabilidad del autor es indiferente a ese respecto y sólo se toma en cuenta para discernir su responsabilidad³⁴¹.

Otro sector de la doctrina sostiene que también en la responsabilidad objetiva puede encontrarse el presupuesto de la antijuridicidad objetiva. El núcleo axiológico de dicha postura no reside en la desobediencia del autor a los preceptos jurídicos, sino en la perjudicialidad de la acción, en sus efectos desfavorables o negativos, por contrariar los fines perseguidos por el sistema de

³⁴⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley, Bs.As. 2004. p.815.

³⁴¹ Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. T^o 1999. Ed. La Ley, Bs.As. 1999. p. p. 1000/1001.

Derecho. Se desaprueba el hecho (que por eso es antijurídico) aunque eventualmente no se reproche a su autor (por no ser imputable o no ser culpable).

La antijuridicidad subjetiva, es la que ha sido denominada concepción subjetiva de la antijuridicidad, y tiene como base, esencialmente el entendimiento de la norma jurídica como un imperativo de conducta. Para ellos, las normas no resuelven intereses. La resolución de tales conflictos la resuelve el legislador en un momento previo al dictado de la norma. Una vez que se ha decidido otorgar preponderancia a un interés en un conflicto determinado, dicta una norma mediante la cual prohíbe a los particulares que realicen cualquier comportamiento, que, por sus características subjetivas, pudiese vulnerar el interés que ha decidido proteger. Cualquier conducta que infrinja la prohibición es antijurídica³⁴².

De ello se infiere que el juicio de antijuridicidad es, para esta postura, un juicio de desvalor que recae sobre el comportamiento que se ha rebelado contra las órdenes contenidas en la norma. Todas aquellas acciones en las que no sea posible encontrar rastro alguno de rebeldía contra las órdenes del ordenamiento carecerían de carácter antijurídico. Sólo las acciones dolosas o negligentes serán constitutivas de injusto, ya que el dolo y la culpa constituyen los dos comportamientos rebeldes respecto a la orden normativa³⁴³.

Los subjetivistas subrayan el elemento de reproche argumentando que los mandatos jurídicos tienen como destinatarios a sujetos capaces de comprenderlos y, en consecuencia, acatarlos. El Derecho, alegan, sólo puede ser ofendido mediante acciones voluntarias. Los actos de los inimputables al igual que las fuerzas naturales, se consideran acontecimientos fortuitos; están excluidos de la apreciación jurídica y no pueden ser calificados como ilícitos por

³⁴² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.816. PEÑA LÓPEZ, Fernando. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Comares. Granada. 2002. P. 265.

³⁴³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.816.

hallarse fuera de la conciencia inteligible del individuo. No existen, conforme a esa tesis, ilícitos inculpables. La acción contraria a la norma debe ser culposa o dolosa. Quienes consideran que la voluntariedad es un elemento constitutivo de la infracción no admiten la existencia de un ilícito inculpable. Sólo puede atentarse contra un imperativo legal que el sujeto conoce o ha debido conocer (casos de intención y de negligencia, respectivamente) la naturaleza antijurídica o por lo menos lesiva de su comportamiento, siendo insuficiente la simple materialidad de la trasgresión: es menester también una conducta reprobable del sujeto³⁴⁴.

Es decir, sostienen que el acto ilícito civil requiere, necesariamente, imputabilidad del agente (ilicitud subjetiva). Ilícitud e imputabilidad constituirían dos nociones inescindibles.

Conforme con esta postura, no puede considerarse ilícita la conducta de una persona privada de discernimiento. Y en ese orden de ideas, la responsabilidad objetiva por riesgo creado constituye un supuesto de responsabilidad por actos ilícitos³⁴⁵.

GOLDENBERG admite la existencia de ilicitud aunque no haya voluntad – y por consiguiente imputabilidad – en el agente pues conceptualmente la punibilidad es sólo una consecuencia posible de la antijuridicidad, pero no un elemento estructural de la misma. Diferenciar idealmente, sostiene, las notas de antijuridicidad y culpabilidad permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable³⁴⁶.

De tal modo, si existe un accidente de tránsito por el reventón de un neumático y el vehículo embiste a un peatón, no puede afirmarse que el conductor haya obrado antijurídicamente. Eventualmente, la situación fáctica ha superado su actuación y dominio, y sin embargo, ese daño es injusto y responsabiliza al

³⁴⁴ Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. T^o 1999. Ed. La Ley, Bs.As. 1999. p. 1000.

³⁴⁵ Ver PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. T^o I. Ed. La Ley, Bs.As. 2006. p. 80.

³⁴⁶ Ver GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. T^o 1999. Ed. La Ley, Bs.As. 1999. p. 1001.

dueño o guardián del automotor por no ser extraño al riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 del Cód. Civil).

Por consiguiente la antijuridicidad sólo puede predicarse a propósito de la conducta humana dañosa y no del daño mismo, que éste sea injusto no significa que siempre o necesariamente lo haya ocasionado ilícitamente una persona. La injusticia del daño no presupone forzosamente antijuridicidad del hecho que lo causa.

Es cierto que detrás de todo “hecho de la cosa” hay siempre una acción del hombre, por acción o por omisión. En el ejemplo antes propuesto, el reventón del neumático puede deberse a un defecto de fabricación (conducta ilícita del fabricante) o a una falla en la conservación (conducta ilícita del dueño o guardián); pero la ley no exige que se averigüe ni que se califique esa conducta, y sólo libera de responsabilidad si el perjuicio obedece a una causa ajena. No es causa ajena el caso fortuito interno, como la rotura de un neumático producida por una piedra, un vidrio o un clavo en el trayecto, hipótesis en las cuales no hay una acción humana ilícita, y sin embargo no se elimina la responsabilidad.

Para que un hecho humano pueda calificarse de antijurídico se requiere una acción; es decir, que el agente pueda reputarse como autor material del proceder que despliega.

En su cabal significación, “acto” es el hecho cumplido voluntariamente, presidido por la comprensión de su sentido y gobernado de manera inteligente; no un mero proceso causal. Esta es la noción requerida en la responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpabilidad, donde el Derecho no se conforma con cualquier voluntad, sino con una madura, sana y no afectada por causas accidentales de privación del discernimiento (art. 921, a *contrario sensu*, del Cód. Civil). Sin embargo, en la antijuridicidad disminuye radicalmente el grado de voluntad requerido para la comprobación de la existencia de un acto.

En dicho ámbito es suficiente un mínimo de participación subjetiva, en cuya virtud pueda decirse que el hecho ha sido “conducido” por el agente por el impulso propio; es decir, obrando como sujeto y no como objeto.

Por ejemplo, cuando un niño de ocho años causa un daño bajo la dirección impresa por él mismo (tira una piedra y rompe una ventana), el perjuicio es atribuible a su propio gobierno sicofísico, aunque su voluntad sea inmadura. Existe entonces una acción antijurídica a pesar de emanar de un inimputable, y puede generar responsabilidad para el agente (art. 907, Párr.2, CC) y para sus padres o tutores (arts. 908 y 1114 CC).

En cambio, si el niño causa el daño bajo el impulso de una fuerza física irresistible (rompe la ventana con su cuerpo porque lo empuja otra persona), el inícuo acto computable es el del tercero y sólo este debe responder, pues el desplazamiento del primero ha sido en carácter de mero instrumento.

En este aspecto, un sector de la doctrina sostiene que en la responsabilidad objetiva derivada del riesgo o vicio de la cosa no se advierte la presencia de antijuridicidad, por lo que se trataría de una responsabilidad por actos lícitos³⁴⁷.

En efecto, PIZARRO, citando a MORELLO señala que el concepto de ilicitud no se aplica con propiedad sino a los hechos personales del autor. Por el contrario, afirmar que el dueño de una caldera ha cometido un hecho ilícito cuando ella estalla, es expresar una idea que no tiene sentido. Habría un daño que proviene de una actividad lícita, pero peligrosa.

En apoyo de esta postura se sostiene que es síntoma de evolución y de progreso que la comunidad pueda disponer de máquinas y elementos de precisión, que permitan producir más y mejor en menor tiempo, y con costos más ventajosos. De allí que la obligación de reparar el daño que surja de esta conducta o actividad lícita no sería suficiente para transformarla en ilícita.

³⁴⁷ Ver PIZARRO, Ramón Daniel . Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. Tª I. Ed. La ley. Bs.As. 2006. p. 84

Quienes sostienen estas ideas estiman que no es correcto construir la responsabilidad objetiva con elementos propios de la subjetiva encontrando antijuridicidad en el daño o la responsabilidad por riesgo creado. La antijuridicidad es un carácter de un hecho humano, de modo que la existencia o no de un “derecho a dañar” sólo puede predicarse con relación al hombre, y nunca cuando permanece desconocido el papel que el responsable ha desempeñado en la causación del daño³⁴⁸.

Citando a BOFFI BOGGERO, PIZARRO señala una variante, al sostener que en la denominada doctrina del hecho autónomo de la cosa se entiende que la cosa es causa del daño, y que los hechos de las cosas constituyen hechos naturales (y no actos) y por consiguiente no pueden ser ni lícitos ni ilícitos.

Por ello, puede haber ilicitud con o sin culpa. Por ejemplo, la injustificada privación de la vida de una persona se desapueba jurídicamente, es ilícita, inclusive si se causa involuntariamente (por ser el autor de la muerte un niño menor de diez años o un demente). Hay ilicitud sin voluntad y sin culpabilidad, y en el campo civil, hay ilicitud sin que haya daño causado. En razón de que la licitud o ilicitud no dependen de las circunstancias concernientes a los sujetos, sino de la conformidad o disconformidad del acto con el derecho objetivo se dice que la licitud y la ilicitud son objetivas³⁴⁹.

Para ZAVALA DE GONZÁLEZ³⁵⁰, la antijuridicidad reviste carácter objetivo. Una conducta es antijurídica con independencia de la subjetividad del autor, es decir, aun cuando éste sea inimputable o no haya obrado culpablemente. De allí, que quien lesiona a otra persona obra ilícitamente, salvo que mediare alguna causa de justificación³⁵¹.

³⁴⁸ Ver PIZARRO, Ramón Daniel . Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. Tª I. Ed. La ley. Bs.As. 2006. p. 84/85

³⁴⁹ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 334.

³⁵⁰ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 332

³⁵¹ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de Daños. Tª 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Ed. Hammurabi. Bs.As. 332.

Para TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, la doctrina civil debería operar con una concepción de la antijuridicidad que permita construir un Derecho de daños adecuado a los fines que persigue la responsabilidad civil extracontractual. La concepción objetiva de la antijuridicidad resulta adecuada, por cuanto, permite cumplir con los fines de prevención y reparación del daño, por un lado, y porque permite distinguir perfectamente este presupuesto de la culpa. Esta postura no impide que los criterios de imputación puedan consistir en valoraciones sobre la conducta del dañador inspirados por una finalidad de carácter preventivo, pues para tal posición la norma no sólo realiza valoraciones declarando preponderantes unos intereses sobre otros, sino que, una vez que ha realizado tal valoración, puede establecer que sólo se atribuya la correspondiente consecuencia jurídica en el caso de que el particular se rebele contra lo dispuesto por la norma. Esto es lo que sucede con la responsabilidad civil en el caso general de que se requiera culpa o negligencia. En este supuesto, el haber realizado un comportamiento reprobado por el ordenamiento y por ende antijurídico, no será bastante para atribuir al autor la consecuencia jurídica por la obligación de indemnizar, sino que, además, se requiere un reproche subjetivo de su conducta, un reproche personal porque debía haberse comportado de forma distinta a como actuó³⁵².

Esta tesis corresponde en el Derecho penal a la llamada “teoría de la doble función de la norma penal”³⁵³.

En Derecho penal, la ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico. La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. El peligro también lo es en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento

³⁵² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.817.

³⁵³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p.87, nota al pie.

realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. Este último concepto (de peligro) es irrelevante para nuestro objeto de estudio, tal como surge de lo expuesto en el Capítulo I.

El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico. No toda lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción). Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. De allí que parece superflua la polémica sobre la prioridad entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento³⁵⁴.

La antijuridicidad es un predicado objetivo del valor, porque expresa el desequilibrio objetivo entre acción y orden jurídico. En cambio, la acción que constituye el objeto de la valoración de la antijuridicidad contiene elementos tanto “objetivos” (del mundo exterior) como “subjetivos (psíquicos). Por eso, la afirmación de que la antijuridicidad es un juicio valor objetivo (generalmente válida) no contiene la afirmación de que el objeto de la antijuridicidad debe ser un sustrato “objetivo” (del mundo exterior) a pesar de que ambas afirmaciones suelen ser frecuentemente mezcladas³⁵⁵.

4. Antijuridicidad formal y material

³⁵⁴ Ver MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal. Parte general, 2ª edición, Revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.p. 319.

³⁵⁵ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p. 58.

Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva³⁵⁶.

Dichos en otros términos, en sentido formal, antijuridicidad significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho³⁵⁷. Consiste en un proceder que infringe un deber jurídico preestablecido en una norma o regla de derecho y que causa daño a otro, obligando a su reparación a quien resulte responsable en virtud de una imputación o atribución legal del perjuicio. El comportamiento humano que contraría al ordenamiento jurídico configura el *subtractum* del hecho ilícito, y constituye a la vez el elemento material u objetivo imprescindible para que nazca la responsabilidad civil extracontractual³⁵⁸.

Como señala JESCHECK, “las normas jurídicas no son puros mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden de la comunidad, que por su sentido racional apelan a la comprensión de los sujetos de derecho y reclaman consecuentemente obediencia cívica”³⁵⁹.

Doctrina y jurisprudencia han destacado que la antijuridicidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral. En esta misma línea se ha dicho que la antijuridicidad es una contradicción con el ordenamiento jurídico- y no sólo una contrariedad con una concreta norma jurídica-, una lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo carente de justificación que repercuta en al esfera jurídica ajena³⁶⁰.

³⁵⁶ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 558

³⁵⁷ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 809.

³⁵⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 809.

³⁵⁹ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 51.

³⁶⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 810

Ello, pues puede darse el caso de que un determinado acto estuviera prohibido por una norma y autorizado por otra, no siendo en tal caso posible calificarlo como antijurídico. Por ejemplo: el terminar con la vida de una persona constituye un acto antijurídico conforme con los arts. 79 y ss. Cód. penal; sin embargo, si la muerte fuera – por caso- de un delincuente que entró a la vivienda de un pacífico ciudadano quien, al resistirse legítimamente a una tentativa de robo con violencia, lo ultima, entra a jugar en el caso el art. 34, inc. 6 del citado Cód., que establece que *“no son punibles...6) el que obrare en defensa propia o de sus derechos”*³⁶¹.

La norma prevista en el tipo penal se encuentra desplazada por otro más general legitimante (justificante) que hace a la conducta, jurídica.

Jurisprudencialmente se la ha definido diciendo que la antijuridicidad es una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico apreciado con sentido unitario, agregándose que se trata de un presupuesto de la responsabilidad independiente de la voluntariedad y la culpabilidad. Concretamente no es otra cosa que el causar un daño a otro sin causa de justificación. De tal modo, para que exista no es necesario que haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, pues es suficiente que se cause un daño sin justificación³⁶².

De modo que existe una estrecha vinculación entre el concepto de “antijuridicidad” y “ordenamiento jurídico objetivo”, de connotaciones impersonales a este juicio de reproche, en contraposición a la culpabilidad de índole subjetiva, al estar íntimamente relacionada con la previsibilidad³⁶³.

El acto es materialmente antijurídico en tanto que produzca menoscabo en los derechos o intereses ajenos jurídicamente protegidos – derechos subjetivos,

³⁶¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 810.

³⁶² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 812.

³⁶³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 812. MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General (Traducción de la 2^a. ed. Alemana y notas de Derecho español por J.A. RODRIGUEZ MUÑOZ) Ed. EDERSA. Madrid. 1935. p.134., n^o 31.

intereses legítimos e incluso expectativas ciertas y legítimas -. Por lo tanto, la antijuridicidad no se agota en la relación entre acción y norma, sino que posee también importancia por sus contenidos³⁶⁴.

VON LISZT, que es el primero en formular la distinción entre antijuridicidad formal y material, según JESCHECK, señala que el acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas, siendo la protección de aquéllos el primer deber de éstas³⁶⁵.

Ambos aspectos de la antijuridicidad – formal y material- son inseparables en el ámbito de la responsabilidad civil, puesto que la mera trasgresión de una norma jurídica no es jurídicamente relevante si no lesiona efectivamente, a su vez, el interés por ella tutelado. De la misma manera tampoco puede estimarse antijurídica la lesión de un interés no tutelado por ninguna norma: “la esencia de la contrariedad al Derecho radica en el quebrantamiento de un interés jurídico”, en palabras de CARBONELL MATEU³⁶⁶.

PIZARRO sostiene que la antijuridicidad material tiene un sentido más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, de la moral y las buenas costumbres. La conducta materialmente antijurídica es tal por cuanto tiene una determinada manera de ser que la vuelve contraria a derecho, aun cuando no pueda ser alcanzada formalmente por el sistema de prohibiciones que contempla el sistema normativo.

Desde esta perspectiva, el ejercicio abusivo del derecho, es antijurídico y apto, por lo tanto para generar responsabilidad civil.

³⁶⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 52.

³⁶⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 52.

³⁶⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 52

Se llega a la antijuridicidad material, cuando la ilicitud deja de confundirse con la ilegalidad. Cuando se comprende que el Derecho no se agota en la legalidad. Cuando se integra el ordenamiento jurídico o plexo normativo, dando cabida a las otras fuentes del Derecho: las buenas costumbres, la moral social, los principios generales del derecho.

La formal contraría una prohibición específica. La antijuridicidad es determinada con ajuste estricto a una o varias normas jurídicas, precisamente por la contradicción de la conducta con lo explícitamente ordenado por ellas³⁶⁷.

Antijuridicidad formal y material no son sino aspectos de un mismo fenómeno. Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté jurídicamente protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.

En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción³⁶⁸.

Conclusiones parciales

De lo analizado e interpretado en cada una de las partes del presente Capítulo, se puede arribar a las siguientes conclusiones parciales:

De la relación entre lo citado como notas al pie 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 299, 300, 301, 303, 312, 314, 338, 341, 351, 352, 353, 354 y 355, resulta contrastado que la doctrina dominante sostiene que una conducta sólo es antijurídica cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico, por lo que sin un mandato legal incumplido no existe conducta reprochable. Consecuentemente, en función del principio de legalidad consagrado en la

³⁶⁷ Ver PIZARRO, Ramón Daniel . Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. Tª I. Ed. La ley. Bs.As. 2006. p. 80.

³⁶⁸ Ver MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal. Parte general, 2ª edición, Revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.p. 319.

Constitución Nacional, sin reprochabilidad del acto no queda comprometida la responsabilidad civil.

De la relación entre lo citado como notas al pie 321, 322, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334 y 335, resulta contrastado que la doctrina dominante sostiene la unidad de la antijuridicidad, como acto contrario a la ley, y reconoce a cada rama del Derecho la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes en sus consecuencias jurídicas.

De la relación entre lo citado como notas al pie 394, 395, 396, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319 y 320, resulta plausiblemente corroborado que la antijuridicidad del daño está constituida por la lesión de un interés jurídicamente protegido o protegible frente a la actuación del agente, salvo que la ley le otorgue derecho a dañar, por mediar una causa de justificación.

CAPITULO III

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL. APLICACIÓN DE SUS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO CIVIL.

La finalidad del presente capítulo consiste en aplicar los principios generales de las causas de justificación en general del Derecho Penal al ordenamiento jurídico civil para determinar sus consecuencias jurídicas.

Su hipótesis orientadora sostiene que los principios generales de las causas de justificación contempladas en el Derecho penal son aplicables al ordenamiento jurídico civil.

La primera parte del presente capítulo trata sobre “Los alcances del concepto”; la segunda parte sobre “Los efectos de la ausencia de antijuridicidad”; la tercera parte sobre “La unidad de las causales de justificación en el ordenamiento jurídico”; la cuarta parte, sobre “La sistematización de las causales de justificación”; la quinta parte, sobre “Las diversas cuestiones que se plantean en las causas de justificación”, la sexta parte sobre “Los elementos subjetivos de justificación”, la séptima parte sobre “Las causas de justificación y causas de inculpabilidad”, arribando finalmente a conclusiones parciales.

Las técnicas de técnicas de investigación y validación consistieron en el análisis bibliográfico, de contenidos y documental y el análisis lógico.

1. Alcances del concepto

El concepto de “causas de exclusión de la antijuridicidad” es conocido, sobre todo, en Derecho penal, si bien encuentra también acomodo en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual³⁶⁹.

En nuestro país, como en España, carecen de una regulación legal específica en el ámbito del Derecho civil, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno cultural: Alemania (BGB, art. 226 y ss), Italia (Cód. Civil italiano, arts. 2044 y 2045), Portugal (Cód. Civil portugués de 1966, arts. 335 a 340), Suiza (Cód. Suizo de las Obligaciones, art. 52).

Sin embargo, para ORGAZ, en el Derecho argentino, tales “causas de justificación” de lo ilícito (o de “exclusión de la ilicitud” o “antijuridicidad”), las mencionan los Códigos Civil y Penal: el ejercicio regular de un derecho, el cumplimiento de una obligación legal, la obediencia debida, el estado de necesidad, la legítima defensa (arts. 1071, Código Civil y 34, incs. 2º y sigts., Código Penal), el consentimiento del damnificado y diversos supuestos de autorizaciones legales (v. gr., arts. 2470, 2517, 2553, 3939 y sigs., Código Civil; 86, Código Penal; 368, Código de Proced. Penal de la Nación; 332, íd. de Córdoba)³⁷⁰.

Nuestro Código Penal, enuncia las causas de justificación en el art. 34, que dice: *“No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal*

³⁶⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 246.

³⁷⁰ Ver ORGAZ, Alfredo, Las causas de justificación en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 313.

ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso; 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente; 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; 4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; 5º. El que obrare en virtud de obediencia debida; 6º. 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. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; 7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

Siguiendo la línea de ideas de la presente investigación, corresponde analizar algunos aspectos de las causas de justificación en el sector de la dogmática penal y su posible aplicación en la parcela del Derecho civil.

Para BUSTO LAGO³⁷¹, la primera cuestión que se plantea es la relativa al *nomen iuris* de la institución, puesto que ni en la doctrina civil, ni en la doctrina penal se utiliza un único término para hacer referencia a la misma categoría jurídica. Así, unos autores hablan de “causas de justificación” y otros de “causas de exclusión” o “causas excluyentes de la antijuridicidad”. Concluye en que la doctrina mayoritaria computada por ellos habla de “causas de justificación”,

³⁷¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.246

por ser el término más usual, sin que ella se cuestione la posibilidad de que tal divergencia terminológica pueda albergar diferencias de contenido.

No obstante, algunos autores, advirtiendo el uso de ambas expresiones como equivalentes, entendieron que indirectamente se admitía la posibilidad de su diferenciación. A fines del siglo XIX, BINDING y BELING, entre otros, distinguieron: acciones prohibidas (o antijurídicas), acciones jurídicamente neutrales y acciones jurídicamente permitidas (o no antijurídicas). Es decir, se introduce una tercera categoría –las acciones jurídicamente neutras, indiferentes o meramente no prohibidas-, lo que da lugar a que se puedan identificar las causas de exclusión de la antijuridicidad con las circunstancias por las que una acción resulta meramente no prohibida, y las causas de justificación con aquellas otras por las que la acción es jurídicamente permitida (en un sentido positivo)³⁷².

Siguiendo tal argumentación, ZIMMERI afirma que las causas de justificación conceden derechos subjetivos, mientras que las causas de exclusión de la antijuridicidad excluyen meramente tal característica, sin conceder derecho subjetivo alguno³⁷³.

Para este sector doctrinal, todas las circunstancias que motivan que una acción no sea ilícita son causas de exclusión de la antijuridicidad, y por tanto, todas las causas de justificación son, en consecuencia, causas de exclusión del antijuridicidad. Pero no a la inversa, puesto que para que una causa de exclusión de la antijuridicidad pueda catalogarse como causa de justificación, será necesario que el ordenamiento jurídico en su conjunto la valore de una forma positiva. De conformidad con esa inteligencia, se suele citar como ejemplo de causa de justificación, la legítima defensa³⁷⁴.

³⁷² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 247-248. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona.1978. p.111.

³⁷³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 248.

³⁷⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 248. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel . Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona p.14.

KERN mantiene respecto de esta controversia una posición particular, al afirmar que “la distinción dentro de las acciones no antijurídicas entre acciones jurídicamente permitidas y jurídicamente neutras, en sí es correcta y digna de apoyo”, pero, en cambio, piensa que “no parece convincente ordenar de modo distinto, legítima defensa, estado de necesidad, o legítima defensa y realización permitida del propio Derecho en esas categorías –antijurídico, jurídicamente indiferente, conforme a Derecho”³⁷⁵.

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, no acoge tal distinción tripartita e incluso algunos autores (Por ejemplo, SAUER) se oponen expresamente a ella. “Es injusta – aunque mejor sería decir “incorrecta” – la opinión que ve en las causas de justificación (expresión corriente ya desde BERNER) un contraste con las causas de exclusión del injusto; las primeras deben conceder un derecho contrario, las últimas a ser posible deben dejar un espacio libre, de manera que el autor no pueda invocar un derecho, lo que naturalmente traería amplias consecuencias”³⁷⁶.

En realidad hay dos y no tres posibilidades: Si un actuar – o un resultado, un daño en el caso de la responsabilidad civil – no es antijurídico, es conforme a Derecho, o lo que es lo mismo, jurídicamente permitido. Una tal indiferencia del Derecho es una imposibilidad jurídica. En esta misma línea de ideas, ZAFFARONI señala que sólo existen acciones jurídicas o antijurídicas, pero no acciones neutras³⁷⁷.

Concluye BUSTO LAGO que se trata de una razón carente de rigor científico, apoyándose exclusivamente en razones de índole práctica que no convienen a una categorización científica mínimamente rigurosa³⁷⁸.

³⁷⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 248.

³⁷⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 249. SAUER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General (Traducción de J. Del Rosal y J. Cerezo). Ed. Bosch. Barcelona. 1956. p.104.

³⁷⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 249.

³⁷⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 249.

En otro orden de cosas, frente a la postura tradicional que considera a las causas de exclusión de la antijuridicidad de un modo predominante o totalmente objetivo, recayendo sobre la conducta del sujeto, más coherente con las tesis sobre la antijuridicidad en sede de responsabilidad civil por las que se ha mostrado cierta predilección, resulta atribuir relevancia al hecho de que su concurrencia implica una justificación del resultado que en sentido naturalístico resulta de igual modo dañoso para una esfera jurídica ajena³⁷⁹.

Señala SCHÜNEMANN que las causas de justificación, con la excepción del consentimiento, pueden concebirse como casos de aplicación del *riesgo permitido*. De conformidad con esto, se articulan en forma de *valores de la conducta* (“valores de la tentativa de acción”, esto es, valores de la intención llevados a la práctica), *valores de la posibilidad de salvación* y *valores del resultado*; todos ellos pueden compensar, en el caso concreto, los desvalores de la conducta, del riesgo y del resultado propios del hecho doloso.

Así pues, el contenido y los límites de las normas jurídico-penales de conducta resultan de la conjunción de las normas de comportamiento prohibidas o mandadas, por un lado, y de las acciones permitidas, por otro lado. Sin embargo, la puesta en práctica de un riesgo permitido sin atención a la existencia real de una posibilidad de salvación no constituye, por sí sola, el objeto de una norma permisiva. En efecto (y contra lo señalado por ZIELINSKI) el prototipo de la exclusión del injusto no viene dado por la justificación putativa.

Las causas de justificación tienen como objetivo la protección excepcional de intereses que se estiman más valiosos. Ello significa que lo permitido, en el sentido de objeto de un juicio de valor jurídico, no es la acción justificante, por sí sola, en tanto que expresión de una especie de obediencia al Derecho, es decir, la intención salvadora puesta en práctica. Si la acción salvadora se

³⁷⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 249.

permite es, más bien, por la posibilidad *real* de protección del bien jurídico más valioso, que aparece asociada a ella (“*valor de la acción*”).

Las proposiciones permisivas deben entenderse como excepciones a las prohibiciones de poner en peligro o incrementar dicho peligro, que se explican por establecer posibilidades de salvación. Así, el prototipo de la justificación es la creación de una *posibilidad de salvación*. Al valor de la conducta (valor de la tentativa de acción) se asocia típicamente el valor de la posibilidad de salvación. Solo la conjunción de ambos (el “valor de la acción”) da lugar a la aparición de la norma permisiva. También ésta tiene tanto una fuerza motivadora como otras de fijación de pautas valorativas. Debe obtenerse pues, en la misma forma, del valor de la conducta y el valor de la posibilidad de salvación. El interés real más valorado se sitúa así en el centro de la doctrina de la exclusión del injusto. Finalmente, cuando la posibilidad de salvación creada a sabiendas por el autor se plasma en una salvación efectiva, se completan la justificación y la exclusión del injusto con el *valor del resultado de salvación*³⁸⁰.

Cuando se habla de justificación de la acción, parece claro que no se quiere dar a entender que desaparezca el “desvalor de la acción” (consistente en que no exista dolo, imprudencia, ni ejecución del acto de una forma reprobable desde el punto de vista del Derecho) como contrapuesto al “desvalor de resultado”, sino que aquí “acción” es un término entendido en sentido amplio y comprensivo de la causación de un resultado (Por ejemplo: la legítima defensa como causa arquetípica de exclusión de la antijuridicidad determina la justificación del resultado lesivo producido por la reacción a una agresión ilegítima, de manera que el potencial daño causado en la esfera jurídica del agresor no es antijurídico)³⁸¹.

³⁸⁰ Ver SCHÜNEMANN, Bernd. El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Ed. Tecnos. Madrid. 1991. p.112-113.

³⁸¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 249.

En presencia de un daño causado a otro –homicidio o lesiones, destrucción o sustracción de cosas ajenas, etc.-la ilicitud formal del acto determinará, como consecuencia, la obligación de resarcir el daño por el autor, a menos que éste acredite, si ello no resultare inmediatamente de las circunstancias, una causa concreta en cuya virtud la ley hubiere de antemano justificado ese acto.³⁸²

Esta relación de principio y excepción, sin embargo, no debe ser tomada aquí en sentido propio y estricto, sino solamente –según se ha señalado con acierto- como un método utilizable para la comprobación de la antijuridicidad en un caso concreto y para la exposición didáctica de la materia. Sería un error, por tanto, sacar de este método consecuencias ajenas a tales finalidades.³⁸³

En relación a este alcance limitado, debe advertirse, en efecto, que el esquema descrito no significa que una acción u omisión, en sí ilícita, se *convierta* en lícita por virtud de la causa de justificación. No hay conversión alguna a este respecto, y lo exacto es afirmar que los actos lícitos y los ilícitos lo son *desde el comienzo*, sin que los unos deriven de los otros. Ambos constituyen categorías igualmente principales y, por tanto, independientes.³⁸⁴

No obstante, decir que el resultado dañoso producido en los derechos e intereses legítimos está justificado, puede equivaler a decir que *ab initio* la lesión es totalmente antijurídica, siendo el resultado justo solamente en virtud de algo positivo que lo contrapesa. Ello ocurrirá si se asumen las teorías de la colisión o ponderación de intereses³⁸⁵.

Para estas teorías el daño es “en sí antijurídico” y sólo podrá justificar eliminar su antijuridicidad un interés preponderante³⁸⁶.

³⁸² Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil - Doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 313.

³⁸³ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil - Doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 314.

³⁸⁴ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil - Doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 314.

³⁸⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 250.

³⁸⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 250. DIAZ PALOS, Fernando. La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal. . Ed. Colex. Madrid. 1991.1964.

Estas teorías se apartan de la “metódica clasificación mezgeriana” –teoría pluralista o dualista – que distingue entre las causas de exclusión de la antijuridicidad aquellas fundadas en el principio de ausencia de interés (Por ejemplo: el consentimiento del perjudicado) y aquellas fundadas en el principio del interés preponderante (Por ejemplo: la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho)³⁸⁷.

ROXIN, después de descartar la existencia de causas de exclusión de la antijuridicidad fundadas en la ausencia de interés, al considerar que el consentimiento no entra en esta categoría, estima que no es necesaria la prevalencia de un interés preponderante para la existencia de una justificación. “La ponderación de los intereses según el criterio de lo socialmente correcto, es, naturalmente, sólo un principio regulativo, que no expresa nada acerca del contenido de lo que es considerado socialmente correcto. Este resulta del Derecho positivo, y en caso de silencio normativo, de los principios sociales del ordenamiento, que puede deducirse del ordenamiento jurídico conjunto”. Un comportamiento es justificado, cuando la colisión entre dos bienes jurídicos es resuelta conforme a la ley, de suerte que la incidencia sobre un bien jurídico resulte permitida³⁸⁸.

Las teorías de la colisión de intereses y similares – que descansan en la idea de que en las causas de exclusión de la antijuridicidad (salvo en el caso del consentimiento del perjudicado, que respondería al principio de ausencia de interés) se enfrentan derechos, intereses o bienes jurídicos y es necesario elegir entre ellos con arreglo a su valor, siendo su formulación base la “colisión de intereses”- parten de una concepción incompatible con la aquí mantenida respecto de la antijuridicidad del daño – del daño injusto -³⁸⁹.

³⁸⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 250.

³⁸⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 250.

³⁸⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 251

El resultado dañoso o lesivo de derechos e intereses legítimos consecuencia de la legítima defensa, de la actuación en estado de necesidad o del ejercicio legítimo de un derecho; en definitiva, el daño causado concurriendo una causa de exclusión de la antijuridicidad no es en sí antijurídico porque la lesión de los derechos e intereses de la contraparte (Por ejemplo: del agresor en el caso de la legítima defensa) no es lesión de derechos subjetivos, ni de intereses legítimos, ni de bienes jurídicamente protegidos, pues estos derechos, intereses y bienes han perdido la protección que el Derecho les otorgaba. No hay por tanto, trasgresión por el agente de vínculo jurídico; esto es, utilizando la terminología penal, falta el desvalor de resultado³⁹⁰.

En el ámbito penal adquiere relevancia la distinción entre dos tipos de causas de exclusión de la antijuridicidad: a) aquellas que implican justificación del resultado y en las cuales si subsiste el desvalor de acción la conducta es punible como tentativa; b) aquellas que suponen la desaparición del desvalor de acción. En estas, aunque subsiste el desvalor de resultado, la conducta es impune³⁹¹. En contra de esta posición se expresa BACIGALUPO, quien, siguiendo a STRATENWERTH, señala que “lo más que es posible decir sobre todas las causas de justificación es que como consecuencia de la intervención de una contranorma debe caer o eliminarse tanto lo ilícito del resultado como lo ilícito de la acción”³⁹².

Dentro del primero de los grupos enunciados, estaría la legítima defensa. La concurrencia de los presupuestos objetivos de la misma no exime de responsabilidad penal *per se* en el caso de que subsista el desvalor de acción. Es decir, si el sujeto desconoce la concurrencia de los presupuestos objetivos de la exención de antijuridicidad, en el caso de actuación dolosa, tales hechos serán

³⁹⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 251. .

³⁹¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 251. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel . Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona.1978. p.126.

³⁹² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 251, nota al pie.

punibles como tentativa. Esta es la razón fundamental en virtud de la cual la distinción apuntada adquiere una determinada virtualidad práctica en sede de responsabilidad penal³⁹³.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, puede afirmarse que, en determinados supuestos, pese a haberse producido un daño como consecuencia de un comportamiento humano culpable, no surge para el agente la obligación de resarcir el daño causado, puesto que no concurre el presupuesto objetivo de la antijuridicidad. La violación de un derecho subjetivo de otro o de una norma destinada a proteger intereses ajenos constituye, en principio, un hecho ilícito o antijurídico; sin embargo, esta violación puede estar cubierta mediante la concurrencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad idónea para eliminar la aparente antijuridicidad del evento dañoso³⁹⁴.

La lesión de derechos o intereses legítimos ajenos, la producción de un daño en sentido jurídico, resulta inocua desde el punto de la antijuridicidad. El desvalor de resultado que ésta entraña no concurre en estos supuestos. La trasgresión del vínculo jurídico que el daño ilícito requiere se ha verificado, pero al haber concurrido en el supuesto de hecho –potencialmente generador de responsabilidad civil – una de las llamadas causas de exclusión de la antijuridicidad, se elimina este presupuesto, lo que de manera inexorable conduce a que la obligación resarcitoria, - efecto principal de la responsabilidad civil extracontractual - , no surja para el agente³⁹⁵.

Las causas de exclusión de la antijuridicidad pueden definirse, siguiendo a SCHELESINGER y a TORRENTE, como aquellas circunstancias en presencia de las cuales un comportamiento dañoso, que en otro caso sería fuente de

³⁹³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 251.

³⁹⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 252. ANTUNES VARELA, Joao de. Das Obrigacoes em peral. Ed. Livraria Almedina. Coimbra 2000.10ª ed. Vol. I. p.543-544.

³⁹⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 252.

responsabilidad para el agente, deviene justificado, de forma que no ha de resarcirse el daño que del mismo se haya derivado³⁹⁶.

La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica: no sólo penal sino también civil, administrativa, etc. Y no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo hayan ayudado o inducido. En el ordenamiento jurídico (penal), sin embargo, el único dato con el que se puede identificar una causa de justificación es la exclusión de la pena. Pero esta característica es compartida por las causas de justificación con las que excluyen la responsabilidad por el hecho, que no benefician a los partícipes y que no eliminan la responsabilidad civil, así como con las llamadas excusas absolutorias, que según la teoría dominante, sólo excluyen la punibilidad³⁹⁷.

El tipo penal, en sentido estricto consiste en la descripción de la conducta contraria a la prohibición o al mandato, a la que se refiere la conminación penal³⁹⁸. De modo que, en principio, el tipo abarca todos los elementos que fundamentan el ilícito³⁹⁹.

Sólo en muy contadas ocasiones aparecen disposiciones penales formuladas de modo tan indeterminado que aprehendan del mismo modo conductas penalmente relevantes y otras totalmente “normales”. En estos casos, la tipicidad no basta para fundar la antijuridicidad. El ejemplo más claro de un tipo “abierto” de esa índole, en cierta medida, incompleto, es el delito de coacciones. En este caso, la antijuridicidad necesita una fundamentación adicional, caso por caso, sobre la base de un parámetro muy vago, a saber, la de la cuestión de si “el ejercicio de la violencia o la amenaza del mal para la obtención del fin perseguido debía considerarse reprochable”: un

³⁹⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 252.

³⁹⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 352

³⁹⁸ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 127.

³⁹⁹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 127

procedimiento más que cuestionable desde la perspectiva de los principios del Estado de Derecho. Pero aunque una conducta determinada muestre todas las propiedades que hacen falta para la fundamentación del ilícito, no necesariamente será antijurídica en todos los casos⁴⁰⁰. Se trata de un esquema de regla y excepción.

WELZEL señala al respecto que quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuridicidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuridicidad. Esta relación de la adecuación típica con la antijuridicidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el “indicio” de la antijuridicidad. Cuando exista esa relación, sólo surge problema en los casos en que la antijuridicidad está, una vez por excepción, excluida, a pesar de darse la adecuación típica; por ejemplo, porque el autor actuó en defensa legítima o con el consentimiento del lesionado. En tales situaciones de excepción, un actuar adecuado al tipo es adecuado al Derecho. Por eso, aquí, la antijuridicidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.

Se pueden llamar tipos “cerrados” a los que tienen las características señaladas, porque enumeran exhaustivamente los presupuestos materiales de la antijuridicidad. Frente a ellos hay tipos “abiertos” o “que requieren ser completados”, los que no indican de por sí la antijuridicidad, y en los que debe ser fundamentada ésta a través de un juicio ulterior independiente. En ellos, para averiguar la antijuridicidad, no basta el establecimiento de la circunstancia negativa de que no intervienen fundamentos de justificación. El ejemplo más importante para ello lo ofrece el art. 240, versión nueva (coacción), tal como se adelantara. En esta disposición no se indica de ninguna manera la

⁴⁰⁰ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 207.

antijuridicidad con el cumplimiento del tipo, pues hay en la vida social un sinnúmero de coacciones, a través de amenaza de un mal sensible, que son completamente adecuadas al Derecho, de modo que desde un principio no se puede decir que está indicada la antijuridicidad con el cumplimiento del tipo de coacción. El legislador ha tomado en cuenta esta situación de hecho, al agregar una regla positiva para el establecimiento de la antijuridicidad al tipo de coacción del art. 240, inc. 2. del StGB. Es antijuridicidad la coacción, si el empleo del medio concreto de coacción (fuerza o amenaza) es socialmente reprobable para la obtención del objeto aspirado. Por lo tanto aquí la antijuridicidad debe ser averiguada mediante un establecimiento positivo e independiente del desvalor jurídico. Lo mismo rige para la disposición penal estructurada en forma análoga contra el chantaje (art. 253, StGB). Pero, por encima de ello, rige para todas las disposiciones penales con características “especiales” de deber jurídico, como “jurídicamente válido” (art. 110), “adecuado al Derecho” (art. 113), “competente” (arts. 110, 116, 137, 153 y ss., y otros); “no facultado” (arts. 132, 168, 290, 299, 300, y otros). Estas características no designan la acción típica del autor, sino su deber jurídico, por lo tanto no son circunstancias de hecho, en el sentido del art. 59, sino puras características del deber jurídico (elementos de la antijuridicidad como tal).

En el art. 110 actúa adecuadamente al tipo, el que exhorta a la desobediencia contra las leyes; sin embargo, esta acción típica es antijurídica solamente si la ley respectiva es “jurídicamente válida”. La validez jurídica es un elemento del deber jurídico del autor. Igualmente actúa en forma adecuada al tipo, según el art. 113, el que ofrece resistencia dolosamente a una acción administrativa; esa resistencia es antijurídica solamente si la acción administrativa es adecuada al derecho; también aquí la adecuación jurídica es un elemento del deber jurídico del autor. Igualmente, la característica “competente” designa el deber jurídico del autor de respetar solamente actos de determinadas autoridades; por ejemplo, indicar correctamente el nombre frente a tal autoridad (art. 360. 8) o

permitir sus actos de embargo (art. 137), o declarar ante ellas conforme a la verdad en la prueba de absolución de posiciones (arts. 153 y ss.).

En todos los casos, la antijuridicidad no está todavía indicada con el sólo establecimiento de la adecuación típica, sino que debe ser averiguada positivamente mediante la comprobación de las características especiales del deber jurídico (validez jurídica, adecuación jurídica, competencia, etc.).

En mayor grado aun, rige para los delitos culposos y para los delitos de omisión. En estos grupos de delitos, las características materiales del tipo (como por ejemplo, la existencia de lesión de un bien jurídico) no indican todavía, de ninguna manera, la antijuridicidad, sino que la fundamentan solamente, en relación con el deber jurídico, materialmente no descrito, del autor. Es decir, de su deber objetivo de diligencia, de su deber de garantía, de sus demás deberes de ayuda. En ellos se puede hablar, por tanto, de tipos, solamente en un sentido figurado y no propio.

Señala WELZEL que tampoco en los tipos arriba caracterizados como "cerrados", rige el precepto de que la adecuación típica indique la antijuridicidad en forma completamente ilimitada. Por cierto que toda privación de libertad es, en principio, antijurídica, ya que el "estado normal" presumido en la Constitución política alemana es la libertad de movimiento. Por eso la privación de libertad puede ser justificada solamente en casos de excepción (Por ejemplo, mediante un fallo del juez). Sin embargo, hay gran cantidad de restricciones a la libertad en las que no surge siquiera la cuestión de una justificación especial, porque están vinculadas en tal forma con nuestra vida social, que resultan completamente normales, o "socialmente adecuadas". Así, en el hecho de que los trenes, tranvías, ómnibus, etc., se detengan solamente en determinadas paradas, existe una restricción a la libertad de los pasajeros, en las que ni siquiera surge la cuestión de la justificación, ya que no entra en consideración ese problema. Tales acciones típicamente adecuadas, que se mueven completamente dentro del margen de los órdenes ético-sociales de la

vida común, no constituyen delito, porque en ellas la adecuación típica no indica la antijuridicidad. La adecuación social no deja surgir la antijuridicidad de una conducta típicamente adecuada, porque esta conducta, socialmente normal, es también socialmente adecuada.

Así hay una doble excepción del precepto según el cual una conducta adecuada al tipo es en principio antijurídica: la primera, la da la conducta socialmente adecuada, que impide, desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuridicidad; la segunda está fijada por los fundamentos de justificación que eliminan la antijuridicidad *indicada*, en virtud de determinadas situaciones excepcionales. Aquélla comprende actividades que se mueven todavía completamente dentro del margen de los ordenes normales de la vida de la comunidad, conforme a su desenvolvimiento; ésta, en cambio, acciones que se efectúan ya fuera de los órdenes de la vida social en forma preponderante, pero que son justificadas a consecuencia de una situación especial de excepción.

Una significación especialmente digna de mención tiene la adecuación social en los delitos culposos: el peligro socialmente adecuado de bienes jurídicos, se elimina, desde un principio, de los tipos de injusto de los delitos culposos, aunque, en el caso concreto, tenga como consecuencia una lesión de bienes jurídicos⁴⁰¹.

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al Derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un

⁴⁰¹ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p. 86-90.

comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró⁴⁰².

Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene a favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad. Precisamente porque aquélla señala la posibilidad de que ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente porque sólo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento presunto)⁴⁰³.

En el ordenamiento jurídico español la única regulación de las causas de exclusión de la antijuridicidad en relación a la responsabilidad civil es la contenida en el art. 118 del Cód. Penal español a propósito de la responsabilidad surgida como consecuencia del daño producido por un hecho tipificado como delito o falta. Se trata, según BUSTO LAGO, de una norma de innegable naturaleza civil, pese a estar inserta en el Código Penal; aplicable analógicamente a supuestos de responsabilidad no anexos a la comisión de un delito o una falta. Sin embargo, afirma el citado autor, la admisión de la categoría de las causas de exclusión de la antijuridicidad en el Derecho civil, no implica automáticamente la transposición integral a este ámbito de las soluciones ofrecidas por el Código Penal⁴⁰⁴.

⁴⁰² BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 351.

⁴⁰³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 351.

⁴⁰⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 252.

BUSTO LAGO sostiene que, si una circunstancia es susceptible de justificar la comisión de un tipo penal, puede *a fortiori* eliminar la antijuridicidad de un daño meramente civil⁴⁰⁵.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico español, la presencia de una de las causas de exclusión de la antijuridicidad en el evento jurídico dañoso determina consecuencias jurídicas diversas para el agente según cuál de ellas concurra. Así, algunas – la legítima defensa, el ejercicio legítimo de un derecho o el consentimiento del perjudicado- provocan la no resarcibilidad del daño; otras – el estado de necesidad -, por determinación de la propia ley que las contempla, determinan la necesidad de una compensación pecuniaria o indemnización pese a que se esté en presencia de un daño justo⁴⁰⁶.

La doctrina italiana ha realizado un intento de clasificación de las causas de exclusión de la antijuridicidad en función de la virtualidad en el ámbito de la “responsabilidad civil ex delicto”. Se trata de un intento que ha tenido escaso eco en la doctrina española. La tesis ha sido formulada por CARACCIOLI, al distinguir entre causas de exclusión de la antijuridicidad objetivas y subjetivas. Para este autor son subjetivas aquellas que, excluyendo la responsabilidad penal, dejan residualmente la responsabilidad civil – un delito extrapenal en palabras del autor citado. Ejemplo de ello es el estado de necesidad. Son objetivas las causas de exclusión de la antijuridicidad que excluyen la antijuridicidad total, esto es, tanto la operante en el seno de la responsabilidad penal, como en la responsabilidad civil. Ejemplo de estas últimas es la legítima defensa⁴⁰⁷.

2. Efectos de la ausencia de antijuridicidad

⁴⁰⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 253.

⁴⁰⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 253. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano . Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ed. Reus S.A. Madrid. 1993. Vol. I. p.135.

⁴⁰⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 253. GROSSO, D.F. Difesa legittima e statu di necessita. Ed. Giuffrè. Milano. 1965. p.156 y ss.

Para ROXIN, en el plano de la antijuridicidad (ubicándola entre las cuestiones fundamentales de la teoría del injusto, dentro de la teoría del delito) la concepción predominante toma como punto de partida que una conducta típica es, conforme a Derecho o antijurídica, ya sea que entre en juego, o no una causa de exclusión del injusto, es decir, una causa de justificación⁴⁰⁸

Una acción que esté amparada por una causa de justificación es en todo caso conforme a Derecho. Por ello, por ejemplo, nunca cabe legítima defensa, que presupone una agresión antijurídica, contra una causa de justificación⁴⁰⁹.

Aparte de esto, las causas de justificación conceden también derechos de intromisión, es decir, que el afectado no sólo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos. Por tanto, quien por ejemplo se ve en peligro por una acción de legítima defensa, ciertamente no tiene que ofrecer su cabeza, sino que puede sustraerse a la “defensa agresiva” del sujeto al que ha agredido; pero lo que no puede es invocar, en vez de la legítima defensa que tiene totalmente vedada, el estado de necesidad justificante (art. 34 StGB) en el caso de que, para evitar graves daños a su propia persona, lesione físicamente en “defensa contra la defensa” a la persona inicialmente agredida por él⁴¹⁰.

En las causas de justificación (preceptos permisivos) el Derecho autoriza, permite, cuando se dan ciertas circunstancias, la realización de la conducta típica y si ello es así, es porque en dichas circunstancias la valora positivamente.

⁴⁰⁸ Ver MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la Antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003. p. 110.

⁴⁰⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.602.

⁴¹⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.602.

De este juicio de aprobación se acostumbra a extraer la consecuencia de que el comportamiento justificado no se limita a negar una prohibición, sino que además reconoce un derecho de actuar. De este modo un comportamiento justificado es aquella conducta que se tiene el deber o el derecho a realizar. Consiguientemente, el ámbito de lo permitido en Derecho penal se compone exclusivamente de deberes y derechos. Todos los permisos conllevan o un derecho o un deber de actuar; ambos agotan el contenido de las causas de justificación. En síntesis, una causa de justificación es un juicio de aprobación que se emite cuando existe un deber o un derecho de lesionar un bien jurídico⁴¹¹.

Por su parte, la renuncia incluso genérica a “motivar” por medio de la pena no comporta todavía la concesión de un régimen de prerrogativa, que solamente surge cuando se veda *erga omnes* la facultad de oponerse al hecho, o visto desde la perspectiva opuesta, cuando se establece la obligación general de soportarlo, lo que no sucede, evidentemente, en los supuestos de inculpabilidad⁴¹².

No obstante, en algunos casos habrá que admitir una excepción en causas de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, cuando alguien posea un conocimiento especial sobre la verdadera situación de hecho que prive de su fundamento a la actuación justificada. “Quien por casualidad sepa que los síntomas de una grave enfermedad en una persona que se ha desvanecido son sólo simulados, podrá impedir con moderada energía que se avise al servicio de urgencias, sin incurrir por ello en responsabilidad penal por coacciones”. Nada se opone a una justificación de la acción de impedir que se mantenga dentro del marco del art. 34 StGB lo que aquí significa: dentro de límites muy estrictos, que no permiten lesionar al salvador putativo-, porque el estado de necesidad no presupone una agresión antijurídica, sino un peligro que no se pueda

⁴¹¹ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. DMadrid, 1997. p.58.

⁴¹² Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. DMadrid, 1997. p.58.

contrarrestar de otro modo. Situaciones similares pueden producirse, por ejemplo, en el consentimiento presunto, si por casualidad llega alguien que conoce la verdadera voluntad contraria del titular del bien jurídico. Lo infrecuente de tales posibilidades de defensa no se debe sólo a que por regla general no estarán presentes personas con dicho conocimiento especial, sino sobre todo a que el sujeto que conoce mejor la situación naturalmente lo primero que tendrá que hacer es aclararle la situación fáctica real a la persona dispuesta a ayudar, y tras ello en la mayoría de los casos no procederá ya la propia causa de justificación. Por tanto, sólo quedan algunos casos en los que ya no es posible una aclaración en la situación de necesidad putativa que se está agudizando o en que la explicación no resultaría creíble⁴¹³.

Sin embargo, incluso esa posibilidad sumamente limitada de impedir la actuación de quien obra justificadamente desaparece allí donde el propio ordenamiento jurídico ya ha previsto posibilidades institucionalizadas de rectificación. La persona que sea detenida conforme a Derecho en virtud de una orden de arresto no se puede defender contra el mismo aunque sepa con certeza que es inocente; pues para revisar la base fáctica en que se apoya la privación de la libertad ya están previstos el recurso de queja contra el arresto y el procedimiento de revisión del arresto (arts. 117 y ss. del StPO). La situación será distinta si el mejor conocimiento del afectado sólo se podría hacer valer – y con resultado dudoso- por la vía de la querrela: así la víctima inocente de una difamación no a sabiendas (art. 186 StGB) puede defenderse contra su publicación dentro de los comedidos límites trazados por el art. 34 del StGB, incluso aunque la difamación esté amparada por la salvaguarda de intereses legítimos (art. 195 StGB)⁴¹⁴.

⁴¹³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.603.

⁴¹⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.603.

También existe un derecho de intromisión cuando una conducta que amenaza provocar un desvalor de resultado es conforme a derecho sólo porque no infringe el cuidado requerido en el tráfico. Así puede suceder si alguien, pese a observar la conducta ordenada en el tráfico, pone en peligro a otro, o si alguien supone erróneamente, pero de modo objetivamente invencible, que concurren los presupuestos materiales de una causa de justificación. La persona amenazada por tal conducta conforme a Derecho no tiene derecho a la legítima defensa, pero puede defenderse conforme al art. 34 del StGB⁴¹⁵.

En el ámbito del Derecho penal la presencia de un determinado supuesto hecho típico de una causa de exclusión de la antijuridicidad, desvirtúa el indicio de antijuridicidad que supone la tipicidad, deviniendo éste ilícito y aprobado por el ordenamiento jurídico en su globalidad. Pero, al margen de este efecto principal de la concurrencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad, éstas conllevan otras consecuencias, a saber:

La primera y más importante es que determinan la exclusión de la responsabilidad penal, impidiendo que el autor del hecho justificado pueda imponérsele una pena, una medida de seguridad o cualquier otro tipo de sanción penal.

Contra un hecho justificado no es posible la legítima defensa, ya que ésta supone una agresión antijurídica (por el contrario, un hecho antijurídico realizado inculpablemente sí puede representar una agresión antijurídica o ilegítima).

En virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, ésta cabe en el hecho de un inculpable, pero no es posible cuando al hecho concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad. “La *cooperación en, o la inducción a, la realización de un hecho justificado* no puede, en ningún caso, generar

⁴¹⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.604.

responsabilidad alguna, desde el momento en que tiene lugar respecto de una actividad que es, lisa y llanamente, conforme a Derecho”.

No procede la imposición de medidas post-delictuales, a diferencia de lo que sucede cuando concurre la antijuridicidad aunque falte la culpabilidad. Ello se debe a que la ley requiere como presupuesto de tales medidas la comisión de un delito, término que en su uso por el Código Penal equivale a tipo total de injusto⁴¹⁶.

Para WELZEL, los fundamentos de justificación tienen por efecto eliminar la antijuridicidad indicada por el cumplimiento del tipo. En primer plano están los siguientes grupos de situaciones de excepción: a) la necesidad (defensa legítima; estado de necesidad jurídico-civil; estado de necesidad supra-legal.); b) situaciones que exigen el empleo inmediato de fuerza (auto-ayuda; detención provisional); c) el consentimiento del lesionado.

Estos fundamentos de justificación están reglamentados en el Código Penal alemán en disposiciones especiales, fuera de los tipos legales. Al lado de éstos, hay fundamentos de justificación citados en los tipos mismos, sin que se conviertan por eso en tipos penales. Así en los arts. 284 y ss. del StGB, “el permiso de la autoridad” es un fundamento de justificación para la organización de los juegos de azar; lo mismo que en el art. 330, c. del citado Código, la existencia de un peligro propio considerable es un fundamento de justificación para la omisión del deber de prestación de ayuda.

Se han considerado muchas veces –desde ADOLFO MERKEL- los fundamentos de justificación como “características negativas del tipo”: su no existencia debe ser un presupuesto para el tipo y, a la inversa, su existencia debe excluir el tipo. Esta opinión desconoce para WELZEL, la función de la adecuación típica, que debe tipificar las acciones que se realizan fuera de los órdenes de la vida social. La defensa legítima no excluye la adecuación típica de una acción de lesión; su

⁴¹⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 263-264.

efecto es el de eliminar, solamente, su antagonismo con el orden jurídico, es decir, la antijuridicidad. Lo mismo rige, también en los casos en que el fundamento de la justificación está citado en la norma legal misma. Así, por ejemplo, la exigencia del “permiso de la autoridad” (art. 284 del StGB) no caracteriza la acción de hecho o el objeto de la acción, sino el estar permitido, y su falta el estar prohibido, de la concreción del tipo; no es, por lo tanto, circunstancia alguna del hecho, sino una característica de la antijuridicidad.

La opinión defectuosa de los fundamentos de justificación, como circunstancias negativas del hecho, tiene para el mencionado autor, un efecto fatal en el ámbito de la teoría de la culpabilidad, al tratar el error de prohibición⁴¹⁷.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual se puede afirmar, en línea de principio, que la presencia de un evento dañoso de una causa de exclusión de la antijuridicidad excluye el nacimiento de la obligación resarcitoria derivada de la responsabilidad civil. Sin embargo, esta afirmación inicial va a sufrir importantes matizaciones y limitaciones derivadas fundamentalmente de la actual regulación de los daños causados en estado de necesidad en la legislación española, por ejemplo. Ante el silencio del Código Civil español en lo atinente a la problemática suscitada por la presencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad en un supuesto que, de no concurrir esta circunstancia, vendría disciplinado por los arts. 1902 y cc. del Cód. Civil español, la solución de estos casos habrá de buscarse, en el marco de lo posible, de los principios informadores de las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal español destinadas a regular la mal llamada responsabilidad civil derivada del delito⁴¹⁸.

Por otra parte, bien se podría alegar que ni siquiera sería necesario trasladar los principios contenidos en las normas sobre responsabilidad contenidas en el

⁴¹⁷ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p. 90.

⁴¹⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 264

Código punitivo a los demás supuestos de responsabilidad civil extracontractual, en los que el daño no aparece unido a la comisión de un delito o falta, pues si no concurre alguno de los presupuestos de la responsabilidad civil, si el daño no es antijurídico, no deviene en aplicación el art. 1902 del CC español, y en consecuencia, no surge obligación resarcitoria alguna. Si se aplica estrictamente este razonamiento y considerando el obrar en estado de necesidad como una de las causas de exclusión de la antijuridicidad operantes en el ilícito meramente civil – como ocurre en todos los Códigos Civiles del entorno político cultural español que regulan las causas de exclusión de la antijuridicidad -, nos llevaría a concluir que tampoco en estos casos surge a cargo del agente dañador ninguna obligación resarcitoria fundada en la responsabilidad civil. En estos supuestos de estado de necesidad, de acuerdo con una larga tradición el daño no antijurídico ocasionado se resarce, no por el causante del daño sino por el beneficiario del sacrificio que se ha impuesto a la víctima y no se resarce en la medida del daño, sino del enriquecimiento⁴¹⁹.

De la función unificadora de la antijuridicidad se extrae una consecuencia ulterior para las causas de justificación. En efecto, es opinión mayoritaria en la doctrina española que, una vez que se constata que un comportamiento típico está amparado por una causa de justificación, esta declaración produce sus efectos para y todos los sectores del ordenamiento jurídico. En resumen, una causa de justificación proviene de y produce efectos en todo el ordenamiento jurídico⁴²⁰.

3. Unidad de las causales de justificación en el ordenamiento jurídico

Si como hemos puesto de relieve, el ordenamiento jurídico sólo conoce un concepto unitario de antijuridicidad, siendo ésta una categoría general jurídica,

⁴¹⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 264-265.

⁴²⁰ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. DMadrid, 1997. p.55.

variando tan sólo en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico las específicas consecuencias de la acción antijurídica (Por ejemplo: reparación de los daños y perjuicios causados en el Derecho civil, anulación de un acto antijurídico en el Derecho administrativo, penas y medidas de seguridad en el Derecho internacional), consecuentemente, como pone de relieve JESCHECK, también las causas de justificación deben extraerse de la totalidad del ordenamiento jurídico por imperativo del principio de la unidad del ordenamiento jurídico: “Esto significa que, por ejemplo, una causa de justificación presente conforme al Derecho civil o al público es también de aplicación directa en el Derecho penal, y que las causas de justificación específicamente jurídico penales justifican también el hecho en todas las restantes áreas jurídicas. En esta inteligencia, se puede afirmar, como regla general, que las causas de exclusión de la antijuridicidad tienen eficacia general”⁴²¹.

Por otra parte, un sector de la doctrina penal, que tiene su matriz en la teoría de origen germánico de la acción socialmente adecuada, ha puesto de relieve que las causas de exclusión de la antijuridicidad no pueden limitarse a un número tasado del Derecho positivo. Esta consideración ha llevado a estos autores a hablar de causas supraleales – de Derecho suprapositivo – de justificación.

Es opinión generalizada en la teoría que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico: es indiferente que la realización de una acción típica esté autorizada por el Derecho civil, por el Derecho administrativo o por el Derecho penal. En este sentido, el que detiene a un sospechoso bajo las condiciones que establecen las leyes procesales lo priva de su libertad, o sea, realiza una acción típica (art. 163 del Cód. Penal español), pero la misma no es antijurídica si se mantiene dentro de la autorización que le acuerdan aquéllas. Lo mismo ocurre en el derecho de retención establecido en

⁴²¹ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 265.

ciertos casos por el Derecho civil español (arts. 1730, 1780, etc. Cód. Civil español). La retención de una cosa mueble bajo esas condiciones excluye la antijuridicidad de la acción de apropiación indebida o abuso de confianza (art. 252 del Cód. penal español)⁴²².

De ello se deduce como afirmación habitual que un comportamiento amparado por una causa de justificación no sólo excluye la pena, sino toda consecuencia jurídica⁴²³.

Al respecto es clarificadora la exposición que realiza JESCHECK y que por ello repetimos en su integridad.

Dice el precitado autor: "Del carácter limitado de sus fuentes se desprende que una enumeración exhaustiva de todas las causas de justificación imaginables no es posible ni en una ley ni en una exposición científica. Tampoco podrá el legislador actual regular por sí mismo todas las causas de justificación, puesto que en parte escapan de su competencia, como, por ejemplo, las reglas generales del Derecho internacional (Por ejemplo: sobre las acciones de guerra adecuadas al Derecho internacional o las atribuciones de una potencia ocupante) o las causas de justificación supralegales. Debe repararse, finalmente, en que las relaciones exteriores y las representaciones valorativas dominantes en la sociedad varían, de forma que continuamente pueden surgir nuevas causas de justificación o desaparecer las ya existentes, o extenderse o reducirse. De ahí que una regulación legal no deba siquiera ser cerrada. Por ello, habrá que continuar tomando también en cuenta, junto al Derecho legal, el Derecho internacional, el Derecho consuetudinario y el Derecho suprapositivo (Derecho natural) acorde con las más elevadas representaciones valorativas de la comunidad"⁴²⁴.

⁴²² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 352

⁴²³ Ver HASSEMER, Winfried y LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid. 1997. p. 55.

⁴²⁴ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 266. JESCHECK, Hans.H. Tratado de Derecho Penal. Parte General (Traducción de la 4ª. ed. Alemana alemana por J. L. Manzanares Samaniego) Ed. Comares. Granada .p. 294

Si estas argumentaciones son válidas en el ámbito del Derecho penal donde rigen con toda virulencia los principios de legalidad y tipicidad, con mayor razón habrán de estimarse perfectamente trasladables al sistema de responsabilidad civil, donde tales principios, de ser aplicables, lo serán de una forma mucho más relajada. En esa inteligencia, conforme a los argumentos aquí expuestos, que el legislador civil no haya previsto una relación específica de causas de justificación aplicables a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, no es óbice para estimar su validez y eficacia de acuerdo con los principios informadores del ordenamiento jurídico en su conjunto. Es más, algunas de las causas de exclusión de la antijuridicidad, encuentran su fundamento en el Derecho natural, y por lo tanto, presentan una virtualidad genérica en cualquier sector o rama del ordenamiento jurídico⁴²⁵.

En contra de esta postura se ha expedido, sin embargo, JAKOBS. En ese sentido, BACIGALUPO afirma que actualmente se pretende sostener que las causas de justificación no pueden ser transferidas alegremente de un ámbito jurídico al otro. Por consiguiente, resulta a su juicio, necesario establecer y aclarar los criterios básicos que deben decidir “la extensión de las causas de justificación no penales al ámbito del Derecho penal”.

Así, afirma, será dudoso de que cualquier autorización de actuación tenga que conducir inevitablemente a una autorización para realizar un tipo penal.

JAKOBS, por su parte, entiende la diferencia entre causas de justificación específicamente penales, que excluyen la antijuridicidad penal, pues disminuyen el contenido de ilicitud por debajo del mínimo exigido por el principio constitucional de proporcionalidad para legitimar una sanción penal.

La consecuencia jurídica consistiría en una conducta penalmente justificada que (no obstante) no lo está en el ámbito civil, en el que el deber de indemnizar el daño causado continuaría subsistiendo. JAKOBS propugna la necesidad de

⁴²⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 266.

distinguir entre las que tienen un carácter general, porque hace llegar sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (Por ejemplo, la legítima defensa y el estado de necesidad) y los estrictamente penales.

Otros autores se inclinan a sacar consecuencias similares, aunque ni idénticas, al distinguir entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención. Los primeros únicamente permiten justificar la realización de la acción, sin imponer al afectado por la autorización de la acción, el deber de consentir la lesión a un bien jurídico. Por ejemplo, la persona que sabe que un reportero va a publicar una imputación que afecta su privacidad y su honor, y antes de que ello ocurra sustrae el trabajo periodístico. Tal situación está justificada por un estado de necesidad, ya que la autorización de acción queda referida estrictamente a eso, pero no otorga un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos. El que sustrae, queda ubicado dentro del estado de necesidad). Las autorizaciones de intervención obligan al afectado a soportar (como un auténtico deber) en sus bienes jurídicos, los resultados o consecuencias de la acción justificada, precisamente por ser él el elemento desencadenante de la situación jurídica producida (impone sobre el afectado el deber de soportar, en sus bienes jurídicos, las consecuencias de la acción justificada. Tiene su manifestación más clara en la no eficacia de la “legítima defensa”, contra quien se está defendiendo legítimamente)⁴²⁶.

En Francia, el *Code Civil* no dedica ninguna disposición a la regulación de las causas de justificación, motivo por el cual la doctrina civil francesa, al igual que la española ha tenido que elaborar la *théorie des faits justificatifs* a partir del Derecho penal, en concreto sobre los arts. 327 a 329 del derogado *Code penal* que referían exclusivamente al homicidio y a las lesiones y reconociéndoles efectos justificativos solamente a la legítima defensa, a la orden de la ley y al mandato de autoridad legítima. La doctrina penal francesa ha elaborado y la

⁴²⁶ Ver MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la Antijuridicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003. p. 44-45.

jurisprudencia ha ratificado una teoría general de las causas de justificación aplicable a toda infracción, legitimando no sólo los actos lesivos realizados con la finalidad de ejecutar un deber o de ejercitar un derecho, sino más ampliamente, todos aquellos actos que, en razón de las circunstancias en las que han sido realizados, no aparezcan como socialmente rechazables⁴²⁷.

El expediente jurídico-formal que nos permite trasladar al ámbito de la responsabilidad civil los efectos exoneratorios de las causas de exclusión de la antijuridicidad previstos en la normativa penal es la aplicación de estas normas por vía analógica. Conforme el art. 4.1. del Código Civil español, “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”⁴²⁸.

El Código Civil español, siguiendo la tradición filosófica que se inicia en Aristóteles y continúa en la escolástica, define la analogía como integración de un supuesto no normado específicamente, en una norma cuyo supuesto de hecho guarde con aquél una relación de semejanza, pero con identidad de razón. Son dos las notas a tener en cuenta para que la analogía no sea meramente externa: semejanza entre los supuestos, cercanía en la definición y fijación del hecho; que la aplicación de la consecuencia jurídica de la norma convenga al supuesto nuevo, porque éste exija el mismo tratamiento en Derecho⁴²⁹.

La jurisprudencia española ha enunciado – si bien sobre la base del antiguo art. 6 del Código Civil español – los siguientes presupuestos para que proceda la aplicación analógica de las normas: existencia de una laguna legal una vez agotadas las posibilidades interpretativas de la norma (STS de 13 de febrero de

⁴²⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 267.

⁴²⁸ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 268.

⁴²⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 266.

1963, Ar. 805); concurrencia de la *eadem ratio decidendi* o igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el no previsto (SSTS de 12 de junio de 1944 – ar. 815 -, 20 de marzo de 1945 – ar. 441 y 21 de junio de 1963, ar. 3645); inexistencia de una prohibición legislativa para su empleo (presupuesto en las sentencias dictadas).

Que se cumplen todos los requisitos y presupuestos enunciados en el supuesto en estudio es algo de lo que, por evidentes, huelgan ulteriores aclaraciones. Por tanto, si la legítima defensa extingue la responsabilidad civil *ex delicto*, análogamente – existe *eadem ratio*- debe extinguir la responsabilidad derivada del ilícito civil⁴³⁰.

SANTOS BRIZ señala que “hay que generalizar los preceptos penales y despojarlos de su carácter de normas punitivas de acciones contra el orden público, dejando reducido el supuesto a infracción contractual o acto puramente civil”⁴³¹.

Para ORGAZ, las causas de justificación son, en rigor, excepciones de otra excepción mas amplia –la ilicitud- ya que el verdadero principio es el de la libertad: por esto, precisamente, los casos de ilicitud deben resultar de prohibiciones y mandatos “expresos” (arts. 1066 y 1074, Código Civil argentino). Las causas de justificación, excepciones de esta excepción, significan un retorno al principio de libertad y, por esto, no necesitan ser expresas. Ellas pueden ser simplemente deducidas de los conceptos esenciales de las diversas instituciones y del espíritu de la legislación⁴³².

4. La sistematización de las causales de justificación

⁴³⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 269. MARIN PEREZ, Pascual y ALVAREZ DE MIRANDA y TORRES, Fernando. “Comentario del art. 1902 del CC”, en Código Civil Comentado y Concordado de Quintus Mucius Scaevola, ED. Reus, Madrid, 1974 (2ª. edición), t. XXXI (arts. 1902 a 1929). p 243.

⁴³¹ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 270. SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho de Daños. Ed. EDESA. Madrid. 1963 (4ª. edición). p. 81.nota nº 59

⁴³² Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley.Bs.As. 2007. Pág. 315.

Una sistematización de las causas de justificación, de modo que queden lógicamente ordenadas bajo unos pocos principios fundamentales o según características comunes, es, desde luego, necesaria, tanto científica como técnicamente. Sólo un conocimiento así jerarquizado es un verdadero conocimiento; por otra parte, solo él permite una exacta y precisa aplicación de las normas jurídicas.⁴³³

Sin embargo, no es posible determinar de modo concluyente el número de estas causas de justificación; éste depende del grado de generalización alcanzado. A lo largo de la evolución dogmática ha ido cristalizando cierta solución intermedia, que se mantiene por igual alejada tanto de una regulación demasiado concreta (que aún caracteriza a la Carolina de 1532, al tratarse la legítima defensa exclusivamente con relación al homicidio, pero allí con gran extensión), como de un nivel de abstracción exagerado (que conduce a fórmulas vacuas como la teoría de los fines, conforme a la cual la acción típica no será antijurídica cuando se presente como medio adecuado para la consecución de un fin jurídicamente reconocido). Por ello, el Derecho vigente conoce un número relativamente amplio de causas de justificación, que no configuran un sistema cerrado, sino que presentan numerosas intersecciones y lagunas⁴³⁴.

En el ámbito del Derecho penal, señala ROXIN⁴³⁵, no se ha logrado hasta ahora una sistematización fructífera de las causas de justificación. Y sostiene que tampoco se puede lograr de modo cerrado y definitivo; pues los puntos de vista que pueden dar lugar a que se excluya el injusto material de un hecho pese a encajar en el tipo son tan variados, y el número de causas de justificación procedentes de todas las partes del ordenamiento jurídico es tan grande y está

⁴³³ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 318.

⁴³⁴ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p.208.

⁴³⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 572

sometido – especialmente en las intervenciones de la autoridad – a necesidades tan cambiantes, que unos principios unitarios, y que además tengan capacidad expresiva en cuanto al contenido, en todo caso sólo pueden tener una validez limitada. Mientras que las clases de delitos descritas en los tipos – detenciones, allanamientos de morada, lesiones, etc.- representan una cierta estática, a través de las causas de justificación penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito. Las causas por las que está permitido detener a personas, penetrar en domicilios o efectuar intervenciones con repercusión sobre la integridad física, cambian constantemente. Cada modificación del ordenamiento penal o civil, cada revisión de las leyes de policía, así como los cambios en concepciones sobre derechos de corrección, vacunación obligatoria, esfera privada o los derechos de manifestación, crean o suprimen causas de justificación. En la configuración de los derechos de intromisión, que procuran un equilibrio entre necesidad social y libertad individual, coopera todo el ordenamiento jurídico, cuyas tendencias escapan en gran medida a una sistemática de contenido, y que por su alto grado de complejidad no se pueden abarcar en una “fórmula de sociedad” abreviada.

Por eso, las denominadas teorías monistas, que intentan reconducir las causas de justificación a una idea rectora omnicomprendiva, tienen necesariamente que quedarse en un plano abstracto y sin contenido. Históricamente ha sido especialmente importante la “teoría del fin”, que ha influido hasta en el actual art. 34 BGB, y según la cual, una conducta típica será justificada cuando sea “el medio adecuado (correcto)” para conseguir “un fin reconocido por el legislador como justificado (correcto)”. SAUER plantea como “ley jurídica fundamental” el “principio de más beneficio que perjuicio”: “Conforme a Derecho (en sentido material) es una actuación..., que en su tendencia general le garantiza a la comunidad estatal de modo generalizado más beneficio o provecho (ideal, cultural) que perjuicio”. NOLL considera la “ponderación de valores como principio de justificación”, para lo que incluye entre los valores que deben

ponderarse en la justificación no sólo bienes jurídicos, sino también “ciertas relaciones sociales como las ordenanzas del Estado, la Administración de Justicia o la Familia”. Según SCHMIDHÄUSER una causa de justificación en el delito de acción es “el fragmento del curso del hecho que contiene un respeto al bien prioritario frente al bien lesionado de modo típico”; y en la causa de justificación se “constata que lo valioso del respeto al bien es prioritario frente a lo desvalioso de la lesión al bien”⁴³⁶.

Próximas a las concepciones “monistas” se presentan aquellas teorías “pluralistas” que siguiendo a MEZGER, reconduce la justificación a dos principios: el de “interés preponderante” y el de la “ausencia de interés”. Aquí, al igual que en la distinción de BLEI entre el “principio del derecho preponderante” y el “principio de la ausencia de injusto”, se trata sustancialmente de asignar un lugar autónomo en el sistema de las causas de justificación al consentimiento (y como consecuencia del mismo al consentimiento presunto) que se cree no es posible explicar como supuesto de colisión de intereses, valores o bienes. Pero el consentimiento es realmente un caso de tipicidad o de exclusión del tipo, concluye ROXIN, y por tanto no pertenece al sistema de las causales de justificación. En cambio, en el consentimiento presunto sí que se trata de un caso de ponderación de intereses, por lo que no hace falta ningún principio de justificación propio para el mismo. Lo que hay que ponderar es la voluntad presunta del titular del bien jurídico frente a la posibilidad de que en el momento de la intromisión haya una voluntad real distinta, pero no comprobable, del bien jurídico⁴³⁷.

Aunque las diversas fórmulas acentúan de modo algo diferente el principio rector de la justificación, todas resultan iguales en que de ellas no se pueden

⁴³⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 573.

⁴³⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 574.

derivar resultados concretos. Pues saber cuál es en el caso concreto el medio justo para el fin justo, qué conducta produce más beneficio que perjuicio, o qué valor es el superior, qué interés el preponderante y qué pretensión del bien es la que tiene rango prioritario, es algo que no se puede reconocer partiendo de esas fórmulas, sino sólo a partir de otros puntos de vista. Si se quiere establecer un principio omnicomprendivo, éste reside en la idea de que todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de intereses que coliden. Con ello, por una parte, también se abarca el supuesto en el que se produce la justificación aunque sean equivalentes en rango los “valores”, “bienes jurídicos”, “pretensiones del bien” etc., que coliden entre sí (como ocurre en la colisión de deberes, cuando, por ejemplo, un médico es llamado simultáneamente para atender a dos enfermos graves y tiene que decidir él a cuál de ellos quiere salvar). Por otra parte, con la alusión a la regulación “socialmente correcta” de los intereses en pugna se hace referencia al punto de vista de la antijuridicidad material, conforme al cual la exclusión del injusto depende en última instancia de la corrección social (o falta de dañosidad social) de la conducta típica. Para concretar más un principio de justificación tan comprensivo sólo se puede aducir el punto de vista de que la acción que se pretende justificar ha de ser como regla general necesaria *ex ante* para la protección del bien jurídico en conflicto; una medida no necesaria a costa del bien típicamente lesionado en la mayoría de los casos no puede ser una regulación socialmente correcta del conflicto⁴³⁸.

Una ulterior estructuración de las causas de justificación sólo es posible mediante un enfoque pluralista, señala ROXIN⁴³⁹. Empero, señala, éste no se puede llevar a cabo por la vía de una sistematización cerrada y definitiva en sus

⁴³⁸ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 574.

⁴³⁹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 575.

contenidos, sino sólo perfilando la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa. Esos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferentes en las diversas causas de justificación; operan como directrices interpretativas para concretar su contenido y permiten ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular como su contexto. Así, por ejemplo, la legítima defensa se puede explicar mediante el “principio de protección” y el “principio de prevailecimiento del Derecho”; 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 existiera la posibilidad de esquivar o de pedir ayuda). Esos dos principios, señala el autor citado, son extraordinariamente fructíferos para aclarar problemas muy discutidos de la legítima defensa. El estado de necesidad defensivo del art. 228 del BGB combina el “principio de protección” con el “principio de proporcionalidad”: es lícito protegerse frente a peligros procedentes de cosas (Por ejemplo, ataque de animales) con todos los medios necesarios, pero sólo hasta el límite de la desproporción; pues como la vigencia del Derecho no necesita afirmarse contra las cosas, aquí se sustituye el principio del “prevailecimiento del Derecho” por el principio de “proporcionalidad”. Por otra parte, en el “estado de necesidad agresivo” (art.904 BGB) el “principio de ponderación de bienes” es atenuado por el “principio de autonomía”: puesto que el titular del bien jurídico, cuya autonomía se ataca, no ha participado en el peligro que hay que contrarrestar, una intromisión en su autonomía no puede darse ya en caso de simple preponderancia del bien jurídico que se quiere salvar, sino sólo si dicho bien es desproporcionadamente más valioso.

Se han mencionado cinco principios ordenadores sociales, que aun cabe aumentar con muchos otros en el estado de necesidad justificante (art. 34 BGB), el más amplio de los derechos de necesidad, y en otros casos. En su conjunto

dejan claros los criterios según los cuales también hay que resolver colisiones entre bienes jurídicos allí donde el tenor literal de la ley da pie a varias posibilidades. Ahora bien, debido a la pluriformidad y a los cambios de la vida social no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos ni una sistematización cerrada y concluyente de las causas de justificación⁴⁴⁰.

JAKOBS pretende, “enlazando con las teorías pluralistas”, reconducir las causas de justificación a tres principios: el principio de la responsabilidad (o aunque sea sólo del ocasionamiento o el de la provocación) por parte de la víctima de la intromisión, el principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intromisión, y el principio de solidaridad. En el primer grupo encajaría, por ejemplo, la legítima defensa; en el segundo, la autorización oficial justificante; y en el tercero, el estado de necesidad agresivo (como el art.904 del BGB)⁴⁴¹.

En la parcela del Derecho civil argentino, señala ORGAZ que nuestro Código Civil, dictado en una época en que el problema no había sido siquiera formalmente planteado, separa las causas de justificación en dos especies bien caracterizadas y aun opuestas. “El ejercicio regular de un derecho y el cumplimiento de una obligación legal, no pueden constituir como ilícito ningún acto” (art. 1071). De un lado, las justificaciones derivadas del ejercicio de un *derecho*; del otro, las que provienen del cumplimiento de una *obligación legal*⁴⁴².

a) Con respecto a la primera especie, es forzoso comenzar por establecer que significa aquí “derecho”, dada la reconocida ambigüedad de esta palabra: tanto puede convenir ésta al llamado “derecho subjetivo”, como también a las facultades dependientes de “autorizaciones legales” y aun a las meras

⁴⁴⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 575.

⁴⁴¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 576.

⁴⁴² Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 318.

facultades lícitas, que existen por la sola circunstancia de estar “permitidas” – sin “pretensión” y sin texto legal expreso- en cuanto simplemente “no prohibida” (derecho de libertad, art. 19, Constitución Nacional). En todos estos supuestos, los titulares del derecho subjetivo, de la autorización legal y de la mera facultad lícita, pueden decir que tienen el “derecho” de obrar como lo hacen⁴⁴³.

No cabe duda, por cierto, continúa el citado autor, que el precepto civil –como el correlativo penal: “El que obrare...en el legítimo ejercicio de su derecho”, art. 34, inc. 4º- tiene en vista al derecho subjetivo. Pero no solo a él, pensamos, sino a toda acción u omisión lícita, correspondiente al derecho de libertad⁴⁴⁴.

Hay, o puede haber, en efecto, casos de acciones que causan daño a otro y que, por ello, son *prima facie* ilícitas (art. 1109), que encuentran justificación en el ejercicio de una simple facultad lícita, no caracterizable como derecho subjetivo y tampoco expresamente autorizada por la ley: piénsese, por ejemplo, en el caso de uno o más fumadores, que en un recinto cerrado, privado o público, donde no está prohibido fumar, provocan con el humo excesivo una crisis de ahogo a una persona particularmente sensibilizada al humo del tabaco. Los fumadores podrían bien justificarse con el fundamento de que, no estaba prohibido fumar, habían realizado una acción “permitida” o, lo que es lo mismo, ejercido un “derecho”⁴⁴⁵.

Con esta amplitud, la justificación resultante del ejercicio de un derecho puede traducirse en el siguiente principio: “Una acción jurídicamente permitida, no puede ser al mismo tiempo prohibida por el Derecho. O, en otras palabras: el

⁴⁴³ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Pág. 319.

⁴⁴⁴ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Pág. 319.

⁴⁴⁵ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Pág. 319.

ejercicio de un derecho nunca es antijurídico". "Acción jurídicamente permitida" y "derecho" son aquí sinónimos⁴⁴⁶.

Dentro de esta especie, quedan incluidas –entre las justificaciones antes mencionadas- el estado de necesidad, la legítima defensa, el consentimiento del damnificado y algunos casos de autorizaciones legales (aborto eugenésico, art. 88, Código Penal; defensa posesoria, art. 2470, Código Civil; derecho de retención de cosas ajenas, arts. 3939 y sigts., Código Civil, etcétera)⁴⁴⁷.

b) La segunda especie, conceptualmente opuesta a la anterior, reúne las justificaciones que tienen su fundamento objetivo en una obligación o deber impuesto por la ley. Correlativamente al principio antes señalado, también aquí puede afirmarse: "Una acción jurídicamente impuesta, no puede, al mismo tiempo, ser jurídicamente prohibida. O, en otros términos: el cumplimiento de un deber jurídico nunca es contrario al Derecho"⁴⁴⁸.

Esta especie comprende los casos que el Código Penal singulariza como de "cumplimiento de un deber", de obligaciones inherentes al "legítimo ejercicio...de autoridad o cargo" (art. 34, inc. 4º) y los de "obediencia debida" (id., inc. 5º): verbigracia, la obligación del testigo de decir la verdad, aunque perjudique a otro; la obligación de los profesionales médicos de denunciar ciertas enfermedades, en los casos que las leyes sanitarias las disponen; el deber de corrección que incumbe a los padres, tutores y, en general, a quienes tiene a su cargo la educación de menores; la obligación del subordinado de obedecer la orden del superior, etc. El daño que causen en tales ocasiones los titulares de esos deberes y obligaciones, aunque resultante de acciones formalmente ilícitas (art. 1109), está de antemano justificado por la ley⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Pág. 320.

⁴⁴⁷ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 320.

⁴⁴⁸ ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 320.

⁴⁴⁹ Ver ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales, Parte General. Director TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007. Pág. 320.

5. Diversas cuestiones que se plantean en las causas de justificación

5.1. Cuestiones de error en las causas de justificación

Uno de los problemas más discutidos de la teoría del error es el de cómo se ha de tratar el caso en que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos (materiales) de una causa de justificación. El ejemplo más conocido es el de la legítima defensa putativa: alguien toma por un ladrón que ataca al transeúnte que se le aproxima a toda prisa a preguntarle el camino o la hora, y lo mata de un disparo.

Al respecto, la doctrina alemana ha formulado teorías que pueden resumirse en las siguientes:

Teoría de los elementos negativos del tipo. Ella sostiene que la suposición equivocada de circunstancias justificantes es un error de tipo que excluye el dolo por aplicación del art. 16.⁴⁵⁰ y conduce, en su caso, a la punición por delito imprudente. Según esta teoría la no concurrencia de circunstancias justificantes pertenece por tanto también al “tipo legal” en el sentido del art. 16.I del StGB.

La teoría restringida de la culpabilidad, llega al mismo resultado de excluir el dolo, aplicando el art. 16. I al error de tipo permisivo, si bien no de forma inmediata, sino por analogía.

Parte de la idea de que el tipo penal en el art. 16.I sólo se refiere al tipo de delito comprendido en las descripciones del hecho de la Parte especial, pero pretende tratar la suposición errónea de una situación justificante como error de tipo. Se explica de la siguiente manera: según la llamada teoría de la culpabilidad, un error que oculta al sujeto el carácter prohibido de su conducta es un problema de atenuación o exclusión, según las circunstancias de su culpabilidad, pero que no afecta el dolo, a menos que concierna en aplicación inmediata del art. 16, a una circunstancia del hecho. La teoría aquí expuesta, según ROXIN, se aparta de este principio en cuanto que concede efectos excluyentes del dolo también al

⁴⁵⁰ Art. 16. I. Error sobre las circunstancias del hecho. I. Quien durante la comisión del hecho no conozca una circunstancia que pertenezca al tipo, no actuará de forma dolosa. La pena por comportamiento negligente permanecerá...” (StBG)-

error de tipo permisivo, o sea no le reconoce influencia sólo sobre la culpabilidad. Por tanto la teoría de la culpabilidad “se restringe”, porque se considera excluyente del dolo no sólo el caso del art. 16, sino también el error de tipo permisivo.

La teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, no atribuye efecto excluyente del dolo al error de tipo permisivo, pero pretende - sobre todo en virtud de la culpabilidad disminuida del sujeto- equiparar en sus consecuencias jurídicas el hecho en su opinión doloso a un delito imprudente.

En su resultado esta teoría no se diferencia de la teoría restringida de la culpabilidad en el tratamiento del error, sino sobre todo en que hace posible la participación de un sujeto de mala fe en el hecho del que sufre el error: dado que la participación presupone, conforme a los arts. 26⁴⁵¹ y 27⁴⁵², el dolo del autor, pero no su punición (por delito doloso), se puede afirmar una participación punible, aun cuando no se castigue al autor (o en su caso, se lo castigue sólo por un tipo imprudente). Una variante de la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas es la teoría de la culpabilidad dependiente (es decir, dependiente de la pena del delito imprudente) sustentada por JAKOBS. Según ella (naturalmente sólo cuando sea punible la comisión imprudente) debe tener lugar una condena por delito doloso, debiendo ser reducido sin embargo el marco penal del delito doloso al marco del delito imprudente.

La teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas se desliga por completo del art. 16 StBG en el tratamiento del error de tipo permisivo. No sólo aprecia un delito doloso, sino que además construye un marco penal propio para el caso de vincibilidad del error. A este respecto,

⁴⁵¹ Art. 26(StBG) “.. Incurrirá en pena igualmente como inductor el autor que, de forma premeditada, convenza a otro para realizar el hecho ilegal premeditado.”

⁴⁵² Art. 27. (StBG). “Cooperación. I. Incurrirá en pena como cooperador el que, de forma voluntaria, procure ayuda a otro para la realización del hecho igual premeditado. II. La pena para el cooperador se regirá por la correspondiente al autor. Se atenuará de acuerdo a lo dispuesto en el art. 49, apartado I.”

KRÜMPPELMANN y PAEFFGEN proceden no sólo aplicando analógicamente el art. 49 II StBG⁴⁵³.

DREHER pretende tratar de *lege ferenda* el error vencible sobre supuestos objetivos o materiales de una causa de justificación en sus consecuencias jurídicas siempre como un delito imprudente – hasta aquí en coincidencia con la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas -. Pero esto, regiría – y en esto estriba la independencia de la consecuencia jurídica- incluso “cuando la ley no conmine con pena en los demás casos la actuación imprudente”. En tales casos la pena es la pena atenuada conforme al art. 49 ap.I, que está prevista para la actuación dolosa.

Finalmente, la teoría estricta de la culpabilidad, que se ha desarrollado sobre todo en el marco de la doctrina finalista, trata la suposición errónea de circunstancias justificantes como un error de prohibición inmediatamente subsumible en el art. 17 del StGB. Por tanto el error no excluye nunca el dolo, sino únicamente la culpabilidad, en caso de ser invencible; si el error es, como sucede por regla general, vencible, la pena del delito doloso puede atenuarse conforme al art. 17 ap. 2 StGB⁴⁵⁴.

La jurisprudencia alemana sigue en líneas generales la teoría restringida de la culpabilidad. En BGHSt 3, 105, se dice para el caso de suposición errónea del supuesto de hecho legitimador de un castigo en el marco del derecho de corrección. “El sujeto actúa en error sobre la verdadera situación fáctica es...en sí fiel al Derecho; quiere observar los mandatos jurídicos y yerra este objetivo sólo a causa de su error sobre la situación material a partir de la cual se desarrolla su actuación. Por ello le es aplicable la idea del art. 59 del StGB (hoy

⁴⁵³ Art. 49 ...II. (StGB). “Cuando el Tribunal, de acuerdo a una ley que se remita a este precepto, pueda atenuar la pena, se podrá rebajar la pena hasta el límite inferior legal de la pena impuesta o, en su lugar, sustituir la pena privativa de libertad por una multa”

⁴⁵⁴ Art. 17, ap. 2. ...-(StGB). “Si al autor le falta, durante la comisión del hecho, la intención de cometer injusticia, actuará sin culpa cuando no pudiese evitar ese error. Si pudiese evitar el error, la pena podrá ser atenuada según el art.- 49, apartado I.”(StGB).

art. 16) de imputarle, a favor suyo, no la verdadera situación material u objetiva, sino la erróneamente supuesta”⁴⁵⁵.

El error de tipo permisivo excluyente del dolo ha de distinguirse del error de permisión, es decir, de la suposición errónea de una causa de justificación absolutamente inexistente. El error de permisión es de manera indiscutida según todas las teorías un error de prohibición. Su examen más detenido corresponde al ámbito de la responsabilidad. Aquí se trata sólo de delimitar esta forma específica de error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que hay que tratar de modo completamente diferente. Existe un error de permisión, en primer lugar, cuando alguien invoca una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce. El estudiante que perturba o interrumpe la clase cree, por ejemplo, que sus coacciones (art. 240 del StGB) están permitidas por un “derecho de huelga”; una mujer se hace practicar un aborto (art. 218 del StGB) por un curandero, creyendo que eso está autorizado por su “derecho de autodeterminación”; un funcionario admite regalos (art. 331 del StGB) porque piensa que eso está permitido por una causa de justificación del Derecho consuetudinario. Estos errores no modifican para nada la concurrencia de coacciones, aborto o cohecho dolosos; a lo sumo pueden excluir o atenuar la culpabilidad conforme al art. 17 del StGB⁴⁵⁶.

Un subcaso del error de permisión es el error sobre el límite de la permisión. Existe cuando alguien extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente, y, con conocimiento pleno del supuesto de hecho, subsume en una causa de justificación una conducta que ya no es abarcada por aquélla. Por ejemplo: un padre inflige considerables malos tratos a su hijo,

⁴⁵⁵ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.580/583.

⁴⁵⁶ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.589/590.

suponiendo que los mismos están amparados por el derecho de corrección de los padres; o alguien golpea a un agresor que ya está tumbado en el suelo, porque cree actuar en legítima defensa: En ambos casos hay que afirmar unas lesiones dolosas. El sujeto aprecia, para un supuesto de hecho conocido correctamente en sus datos objetivos, una causa de justificación que el Derecho no reconoce. Se halla por tanto en un error de permisión, que sin embargo se apoya en una causa de justificación existente, pero extendiéndola más allá de lo permitido por la ley. La creencia errónea de actuar conforme a Derecho sólo ha de contemplarse aquí como error de prohibición (art. 17 del StGB)⁴⁵⁷. Los problemas de delimitación más difíciles se producen en los “elementos de valoración global del hecho”, que existen no sólo en el tipo, sino también en las causas de justificación. Un elemento de esa clase es, por ejemplo, la “antijuridicidad” de la agresión en el art. 32 del StGB. Cuando alguien opone resistencia frente a una agresión objetivamente conforme a Derecho, suponiendo erróneamente que la agresión es antijurídica, ¿concorre un error excluyente del dolo sobre los presupuestos objetivos del art. 32 o un error de permisión que hay que tratar como un error de prohibición, conforme con el art. 17 del mismo Código? Depende, señala ROXIN. Cuando alguien se defiende de una detención preventiva o provisional conforme al art. 127 StPO, suponiendo erróneamente que los particulares no podrían detener a nadie, de modo que el proceder de quien le detiene constituiría una agresión antijurídica, el mismo se halla en error de prohibición. Pues, cuando cree poder oponer resistencia frente a tal detención, supone una causa de justificación que no existe. El error sobre la antijuridicidad de la agresión es aquí idéntico a la representación errónea sobre el Derecho y el injusto de la propia conducta. Cosa distinta sucede en cambio con el error sobre la antijuridicidad de la agresión que no atañe a la valoración del suceso global, sino a los hechos en los que se basa el juicio de

⁴⁵⁷ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.590.

antijuridicidad. Cuando un particular, a consecuencia de una confusión de personas, pretende, en su proceder conforme al art. 127 del StPO, detener a un inocente, y actúa luego en “legítima defensa” frente a la resistencia legítima de éste, tal error sobre la antijuridicidad de la agresión es un error de tipo permisivo excluyente del dolo. Pues, si el supuesto de hecho fuera como él se lo representa, su actuación estaría efectivamente amparada por la legítima defensa⁴⁵⁸.

Lo propio rige para la ponderación de intereses en el marco del art. 34 del StGB. Quien en un caso de colisión pondera los intereses de forma distinta a como lo hace el ordenamiento jurídico, y por ejemplo, cree que para salvar bienes patrimoniales, dado el caso, se puede infligir lesiones graves a una persona no implicada, se halla en error de prohibición. Quien por el contrario supone una preponderancia sustancial de los intereses por él salvaguardados, porque no se ha percatado de lo que está en juego para los otros, actúa sin dolo. Pues no emite un juicio jurídico global equivocado, sino que yerra, existiendo una ponderación de intereses jurídicamente acertada, sobre sus presupuestos objetivos. El principio antes desarrollado se confirma por tanto también aquí: los elementos de valoración global se han de dividir; el error sobre circunstancias que sirven de base a la valoración jurídica global ha de tratarse conforme a las reglas del error de tipo y en cambio, el error sobre la valoración global ha de tratarse como error de prohibición⁴⁵⁹.

La jurisprudencia antigua, no abandonada hasta hoy, parte de la base de que, en algunas causas de justificación, la justificación exige un examen conforme a deber por parte de quien actúa de las circunstancias que las fundamentan. Ello regiría para el caso de estado de necesidad justificante, para la salvaguarda de

⁴⁵⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 590.

⁴⁵⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.591.

los intereses legítimos (art. 193 del StGB) y para distintos derechos relacionados con el ejercicio del cargo. La doctrina científica ha rechazado en general tal deber de examen para el caso de estado de necesidad justificante (art. 34 del StGB), pero lo ha admitido en reiteradas ocasiones en los restantes casos y además en el consentimiento presunto, no tratado hasta ahora por la jurisprudencia. En la literatura científica la mayoría de las veces se halla tras ello la idea de que la justificación que atiende a un riesgo permitido o de mera sospecha, que por tanto considera suficiente para la justificación en determinadas circunstancias una suposición equivocada, al menos debe requerir un examen cuidadoso de parte de quien actúa. La jurisprudencia lo hace sobre todo para poder no obstante, castigar por delito doloso en caso de errores sobre los presupuestos objetivos o materiales de estas causas de justificación; en efecto, si la punición por delito doloso no se excluye ya por la situación de justificación objetivamente existente y también subjetivamente supuesta por el sujeto, sino sólo añadirsele un examen conforme a deber, con mayor objetivo la suposición errónea de una situación justificante no puede impedir la punición por dolo. De este modo el reconocimiento del deber de examen conduce en su resultado a la teoría estricta de la culpabilidad⁴⁶⁰.

Hay que rechazar sin embargo tal deber de examen. El mismo conduce al resultado insostenible de que alguien que no ha examinado suficientemente los presupuestos de la justificación habría de ser castigado por delito doloso, incluso cuando concurre una causa de justificación y el sujeto ha actuado suponiendo su concurrencia. Pero esto resulta inaceptable, pues falta tanto un desvalor del resultado como también un desvalor doloso de la acción, dado que el resultado es objetivamente correcto y la finalidad del sujeto coincide con los mandatos del Derecho. La falta de examen fundamenta sólo una falta de cuidado –inocua in concreto–; se trata de una tentativa imprudente, que no está

⁴⁶⁰ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.592.

penada. La misma tampoco puede dar existencia a ningún dolo cuando el sujeto supone erróneamente la situación justificante; también en este caso conduce sólo a una producción imprudente del resultado⁴⁶¹.

Las causas de justificación para las que con frecuencia se hace una excepción no merecen un tratamiento distinto. Cuando por ejemplo, un policía detiene preventivamente conforme al art. 127 II. del StPO a alguien en quien concurren realmente indicios fundados de delito y una causa de arresto, no hay motivo para castigar por detenciones ilegales dolosas a quien practica la detención habiendo supuesto acertadamente estos presupuestos, sólo porque no examinó con el suficiente cuidado si existían los presupuestos para la detención. Ello no significa que un policía haya de ser absuelto por falta de dolo de una acusación por detenciones ilegales cuando, por ejemplo, lleva a cabo injustamente una detención del art. 127 II del StPO en virtud de indicios vagos. Pues cuando toma unos indicios vagos por unos indicios fundados de delito que facultan a la detención, se trata de un error de subsunción que conduce únicamente a un error de prohibición (art. 17 del StGB). El dolo sólo se excluye cuando el policía representa unas circunstancias verdaderamente concretas que justifican una detención provisional o preventiva; castigarle en tal caso, si el error es vencible, por delito doloso del art. 239 del StGB sería sin embargo también inadecuado⁴⁶². Tampoco en el consentimiento presunto, se excluye ya el dolo cuando alguien que, por ejemplo castiga (para corregirle) a un niño ajeno o abandona el lugar de un accidente supone por negligencia o ligereza, sin especiales indicios, que los padres del niño o el propietario del coche por el dañado estarán de acuerdo con su conducta. Por el contrario, hay que castigar aquí también, conforme a la teoría restringida de la culpabilidad, por un delito de lesiones (art. 223 StGB) o

⁴⁶¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.592.

⁴⁶² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.592.

de fuga del lugar del accidente (art. 142 StGB); existe una exclusión del dolo sólo cuando quien actúa se ha representado unas circunstancias concretas que, según parámetros jurídicos, permitan concluir que existe un consentimiento presunto. Por tanto, sobre el dolo no decide lo que el sujeto haya examinado, sino lo que se haya representado. Sin embargo, quien no examina en absoluto las circunstancias justificantes, en muchos casos tampoco se las habrá representado en concreto y no actúa por ello sin dolo⁴⁶³.

Con relación a nuestra ley penal, BACIGALUPO entiende que todas las hipótesis de error sobre la antijuridicidad tienen un mismo régimen. Con esto se afirma que los casos en que el error sobre la antijuridicidad deriva del desconocimiento de la ley, es decir, el error de prohibición abstracto o directo deben regirse también según el art. 35, Cód.Penal argentino. En efecto, no hay ninguna razón para eliminar una hipótesis que no tiene diferencias esenciales con el error sobre la antijuridicidad de las eximentes putativas y con el que fundamenta la atenuación del exceso.

Por lo tanto el sistema del Código Penal en materia de error sobre la antijuridicidad puede sintetizarse de esta manera:

Existen tres formas de error sobre la antijuridicidad:

- a) El error que se funda en el desconocimiento de la norma que es fundamento de la antijuridicidad (que alcanza también al error sobre la *existencia* de una causa justificación).
- b) El error sobre el límite de una causa de justificación (exceso) reconocida por el ordenamiento jurídico.
- c) El error sobre circunstancias de hecho, que de concurrir justificarían según el Derecho vigente la realización del tipo eximentes putativas.

Deben distinguirse dos consecuencias diferentes según que el error sea evitable o inevitable:

⁴⁶³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.593.

a) El error sobre la antijuridicidad *inevitable* excluye totalmente la culpabilidad por aplicación del principio de culpabilidad pero deja subsistente el dolo.

b) El error sobre la antijuridicidad *evitable* atenúa la culpabilidad, dejando subsistente el dolo (principio del art. 35, Cód.Penal). En este último caso deben distinguirse también dos posibilidades:

a') En los casos en que exista un delito culposo tipificado, el margen de la atenuación estará dado directamente por la pena fijada para este delito.

b') En los casos en que no exista un delito culposo tipificado, la atenuación deberá practicarla el juez, dentro de la escala penal del delito doloso, y *teniendo en cuenta las proporciones que, en general, guarda el legislador en estas escalas respecto de las más leves* (culpa) y en especial las del art. 44, Cód.Penal.

En el Código Penal argentino, el error de prohibición es una derivación de la capacidad de culpabilidad y de la esencia misma de la culpabilidad. El "error de hecho" del art. 34, inc 1º, Cód. Penal argentino no sólo no excluye el error de prohibición, sino que nada tiene que ver con él.

En este sentido, el sistema al distinguir los efectos del error del art. 34, inc. 1º, de los errores que dan lugar a los casos del art. 35, Cód.Penal, contempla con exactitud las exigencias que se derivan de la función de la pena, dando cabida a las que se han formulado como requerimiento de un sistema justo.

A juicio del citado autor, este es el criterio adecuado para el tratamiento de la conciencia de la antijuridicidad sin negarla. Pues la solución que pretende afirmar el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad, pero reconociendo al "error de derecho" el carácter de única excepción se apoya en una contradicción insuperable porque el único efecto que puede tener tal reconocimiento es el de asignar relevancia al error sobre la antijuridicidad⁴⁶⁴.

WELZEL, por su parte, afirma que si el autor supone erróneamente una situación de legítima defensa, el hecho es antijurídico, pero, a consecuencia del

⁴⁶⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Tipo y Error. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs.As. 1973. p.113-116.

error sobre la antijuridicidad, queda excluida la culpa. En caso de evitabilidad del error, el autor es punible más benignamente⁴⁶⁵.

En la parcela de la responsabilidad civil extracontractual se configura igualmente un supuesto de legítima defensa putativa cuando por un error de hecho una persona tiene la creencia de que está siendo atacada y usa para repeler el peligro imaginario los medios que serían proporcionados al mismo, si él fuera cierto y real. Es menester que se trate de un error esencial acerca de la existencia de la agresión ilegítima, y que tal error no resulte imputable al procesado (conforme con la aplicación analógica del art. 34, incs. 1º y 6º del Cód. Penal argentino)⁴⁶⁶.

5.2. Elementos de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras

Una modificación de las reglas del error se puede derivar del hecho de que muchas causas de justificación exigen la valoración de circunstancias que son indeterminadas o que dependen aun de una evolución inminente. Así, el art. 34⁴⁶⁷ StGB presupone un “peligro actual no evitable (afrontable, eludible) de otro modo”. Si, conforme a un juicio objetivo *ex ante*, hay que afirmar tal peligro, quien actúa está justificado, aun cuando posteriormente se demuestre que el peligro no existió en realidad. No existe, por tanto, a pesar de la valoración de la situación, un estado de necesidad putativo, sino un verdadero estado de necesidad. Algo similar sucede en el consentimiento presunto. Cuando hay indicios suficientes que indican que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la ingerencia en su esfera, si el sujeto actúa confiando en ello, el que el titular del bien jurídico en realidad no aprobara la intromisión en nada

⁴⁶⁵ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p.95.

⁴⁶⁶ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 922-923.

⁴⁶⁷ Art. 34. (StGB). *Quien en un caso de peligro presente, y no otro, para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, incurra en un tipo penal para alejar el peligro de sí o de otra persona, no actuará antijurídicamente cuando en la ponderación de los intereses contrapuestos, particularmente de los bienes jurídicos afectados y del peligro que los amenaza, el interés protegido predomine esencialmente sobre el perjudicado.*

modifica el consentimiento presunto; existe entonces una justificación real y no meramente putativa. Incluso en la legítima defensa se suscitan estas cuestiones. En una agresión aparente (Por ejemplo, con una pistola cargada), ¿hay que determinar lo que era “necesario” para defenderse según las circunstancias reales o según lo que el agredido conoce o podría conocer en el momento de la defensa?⁴⁶⁸

En la medida en que se tenga en cuenta circunstancias inseguras en beneficio del agente – lo cual también puede ser distinto en cada caso- la dificultad radica en el problema de a partir de qué límite un enjuiciamiento erróneo de la situación o de su evolución puede transformar la justificación en una justificación putativa que se ha de tratar conforme a las reglas del error. ¿ Hay que enjuiciar, por ejemplo, la cuestión de si existe un peligro en el sentido del art. 34 StGB desde la perspectiva subjetiva del que se ingiere, desde la valoración de una persona cuidadosa del sector de la vida del que actúa o desde el punto de vista de un experto provisto del mayor conocimiento de su época?. Y, ¿conforme a qué parámetros hay que determinar cuándo hay que apreciar un consentimiento presunto aun en caso de voluntad discrepante del titular del bien jurídico en el momento de la ingerencia? No se puede dar una respuesta unitaria a estas cuestiones. Sólo se pueden responder según las peculiaridades de las distintas causas de justificación y desde el contexto del correspondiente elemento prospectivo. En cualquier caso, el estado actual de la discusión, aun no clarificada en muchos puntos, no permite la formulación segura de los principios generales. Sin embargo, “de momento” hay que atenerse a la idea de que es inadmisibles recurrir a las reglas del error cuando la falta de certeza de un juicio que hay que emitir *ex ante* – y hay que decidir conforme a muy distintos criterios – pasa a formar parte del supuesto de hecho justificante. Aun cuando el sujeto suponga erróneamente los presupuestos de una causa de justificación,

⁴⁶⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.593

sigue no obstante sin realizar un injusto imprudente, si observa en esa situación el cuidado exigible en el tráfico⁴⁶⁹.

Menos tratada y esclarecida hasta hoy ha sido la cuestión de cómo hay que enjuiciar el caso en que alguien se representa sólo como posiblemente existente la situación justificante. El BGH resolvió una vez un caso en que un conductor se abalanzó sobre los tres hombres que le cerraban el paso, porque consideró posible que le fueran a dar una paliza. (BGH VRS 40 -1971-, 104, 107); el BGH apreció en el sujeto una legítima defensa putativa. Pero esto es difícilmente correcto para ROXIN. Pues quien sólo considera posible una agresión actual cuenta seriamente también con la posibilidad de que se trate de un suceso inocuo, de modo que hay que atribuirle por tanto un dolo eventual. Si por el contrario confía en la concurrencia de una causa de justificación, se debería apreciar un error de tipo permisivo⁴⁷⁰.

Lo correcto será partir de la idea de que cuando se puede examinar la situación o evitar un peligro, no se puede actuar en modo alguno sobre la base de una mera representación de posibilidad. Un policía que considera sólo posible que una persona observada por él sea el delincuente buscado y que hay que detener conforme al art. 127 II⁴⁷¹, no puede por tanto detener al azar, sino que debe examinar más detenidamente el supuesto de hecho, antes de, en su caso, proceder a la detención. Si actúa a la buena de Dios, se le ha de castigar por detenciones ilegales dolosas, si atrapa a un inocente; si casualmente captura al que correspondía, no hay sin duda desvalor de resultado, pero sí subsiste una tentativa (en su caso punible por el art. 240 III⁴⁷²). De manera análoga, alguien que ve a un hombre que salta sobre él, del que no sabe si es un ladrón o un

⁴⁶⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T⁸ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.594.

⁴⁷⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T⁸ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.594.

⁴⁷¹ Art. 127. *Constitución de grupos armados...II. (StGB) Quien se asocie a un tal grupo armado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.*

⁴⁷² Art. 240. *Coacción...III (StGB).La tentativa será punible.*

corredor de obstáculos entrenándose, deberá asegurarse en la medida de lo posible; si “por sospecha” mata de un disparo a un deportista, es penalmente responsable por homicidio doloso⁴⁷³.

Las mayores dificultades las ofrece la situación en que alguien no está seguro si concurre una situación de justificación, pero esperar más produce el peligro de que sea demasiado tarde para evitar el daño. En no pocas ocasiones habrá que apreciar un estado de necesidad justificante. Si, por ejemplo, alguien ve zozobrar una barca de vela en la mar agitada y fuerza un almacén para apresurarse a auxiliar a los accidentados con una lancha motora, porque desconoce si sabrán nadar lo bastante bien como para salvarse por sus propios medios, existe en todo caso un peligro. El mismo justifica las acciones típicas (art. 303⁴⁷⁴ y 123 StGB⁴⁷⁵) conforme a los arts. 904 BGB y 34 StGB, aun cuando posteriormente se demuestre que los naufragos habrían estado en condiciones de ponerse a salvo sin ayuda ajena⁴⁷⁶.

Pero esta solución a través del estado de necesidad, que también puede ser útil en circunstancias dudosas de legítima defensa, falla cuando se enfrenta vida con vida. Cuando uno no sabe si la figura que se le aproxima en circunstancias sospechosas es un asesino o un perturbado mental inofensivo y cualquier titubeo le puede costar la vida, no se le podrá exigir que asuma el grave riesgo de dejarse quitar la propia vida. Si el que se siente amenazado empuña la navaja o el revolver, sólo hay que apreciar una exculpación según el art. 35⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T⁸ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.594/595.

⁴⁷⁴ *Daños materiales*. Art. 303. I...-(StGB). *Quien dañe o destruya ilícitamente una cosa ajena será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa. II. La tentativa será punible.*

⁴⁷⁵ *Entrada ilegal en domicilio*. Art. 123. - (StGB). *Quien penetre ilegalmente en el domicilio, en el establecimiento comercial o la posesión de otro o en espacios acotados que estén destinados al servicio o tráfico público, o quien permanezca ahí sin autorización y no se retire al serle ordenado por persona acreditada para ello, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa. II. El hecho sólo será perseguido a instancia de parte.*

⁴⁷⁶ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T⁸ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.595.

⁴⁷⁷ *Estado de necesidad eximente*. Art. 35. I. *Quien en un caso de peligro presente, y no otro, para la vida, el cuerpo o la libertad incurra en un tipo penal para alejar el peligro de sí, de un familiar o de otra persona próxima a él, actuará sin culpa. Esto no será así en la medida en que el autor pueda ser forzado a aceptar el peligro, de acuerdo a las circunstancias, en particular porque el mismo causó el peligro o porque se encontraba en una posición legal especial (por su oficio). Sin embargo, se podría atenuar la pena de*

La situación no puede variar (teóricamente) en nada si posteriormente se demuestra que en realidad existía una agresión peligrosa, que habría otorgado a la víctima un derecho de defensa si la víctima no hubiera actuado sobre la base de una sospecha incierta para él mismo. Pero en su resultado tal exculpación equivale en este caso a una justificación, dado que el agresor antijurídico no puede reivindicar un derecho de defensa legítima⁴⁷⁸.

5.3. “Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación

Una de las cuestiones que suelen presentarse en doctrina son aquellas relacionadas con aquello de si es posible imputar una conducta posterior, impune en sí misma, a la previa conducta dolosa o imprudente con la que el mismo sujeto ha provocado el hecho posterior. Ello recibe en doctrina penal la denominación de “*actio libera in causa*” (*a.l.i.c.*). Se trata de aquellos casos en los que falta la culpabilidad o incluso la acción al realizar el hecho –o, con más precisión, la parte objetiva del tipo-, pero dicha situación ha sido causada (provocada) por una anterior conducta, dolosa o imprudente al menos, y culpable del propio sujeto. Ahora bien, en el caso de anterior provocación de una conducta típica pero amparada por una causa de justificación una parte de la doctrina sostiene que también le es aplicable una construcción sobre la imputación análoga a la *a.l.i.c.*, esto es la figura de la *actio illicita in causa* (*a.i.i.c.*).

Sostiene LUZÓN PEÑA⁴⁷⁹, que, según esta construcción, en la última fase, la causación del resultado típico o, en general la realización de la acción típica, dada la concurrencia de una causa de justificación como la legítima defensa o el

acuerdo al art. 49, apartado I, si el autor no había aceptado el peligro teniendo en cuenta una situación legal especial. II. Cuando el autor, durante la comisión del hecho, asuma erróneamente circunstancias que de acuerdo al apartado I le inculpen, sólo incurrirá en pena si pudo evitar el error. La pena se podría atenuar de acuerdo al art. 49, apartado I.

⁴⁷⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T⁸ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.595/596.

⁴⁷⁹ Ver LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Ed. Ministerio de Justicia e interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones T⁹ XLVII. Fascículo III. SEPTIEMBRE-DICIEMBRE Madrid. 1994. p. 61 a 79.

estado de necesidad, estaría en sí misma permitida, es decir que no sería antijurídica; pero si anteriormente el propio sujeto ha provocado injustificadamente y dolosa o imprudentemente la situación de justificación y la subsiguiente acción típica, entonces, debido a su creación antijurídica de una situación de colisión en la que jurídicamente se tiene que tolerar el sacrificio de bienes jurídicos dignos de protección, ha de responder por la realización antijurídica dolosa o imprudente del hecho (esto último en caso de que sea punible la modalidad comitiva impudente). Así pues, se sustituye la falta de antijuridicidad de la última acción por la antijuridicidad de la conducta anterior provocadora de aquélla y se imputa esa actividad posterior en sí misma no prohibida y, en su caso, su resultado a la primera acción.

La posibilidad de recurrir a la construcción de la *a.i.i.c.* presupone que al menos haya algunos casos en que, pese a la provocación de la situación, la acción típica siga estando justificada, pues de lo contrario la conducta posterior ya sería antijurídica *in actu* y no haría falta en absoluto acudir a una posible antijuridicidad en origen.

La mayoría de la doctrina reconoce esta justificación de la acción final pese a la provocación de la situación justificante, aunque con diferencias en cuanto a los límites de la justificación. Así, por ejemplo en la legítima defensa y en el estado de necesidad justificante la doctrina mayoritaria sostiene (como mínimo) que no toda provocación imprudente o incluso dolosa de la situación de necesidad excluye el derecho pleno de legítima defensa o de estado de necesidad.

Y en efecto, por lo que respecta a la provocación de la situación de legítima defensa, a juicio de LUZÓN PEÑA, y con la única excepción de la provocación o reto (o la aceptación de tal provocación) al duelo o a la riña mutua y libremente aceptada, el provocador conserva su pleno derecho a la defensa a pesar de que haya realizado una provocación imprudente, dolosa o incluso intencional. Ello rige también, efectivamente, en la provocación intencionada o de propósito, (es decir, buscando que se produzca la agresión para poder

reaccionar contra ella en legítima defensa), con tal de que el agente se mantenga en los límites de lo necesario para la defensa, pues por mucho que haya habido una provocación intencional, no es en absoluto algo claro y evidente que el provocador no esté legitimado para defender por sí mismo el orden jurídico y el bien jurídico agredidos. Sólo en caso de provocación (o su aceptación) al duelo o a la riña libremente acordada es ostensible frente a todos que los contendientes –mientras y en la medida que la contienda se mantenga dentro de los límites expresa o tácitamente convenidos y uno de ellos no abandone la lucha- renuncian a la protección del Derecho y a la paz jurídica, que por ello no están legitimados para la defensa del orden jurídico y de sus bienes jurídicos (ni siquiera en el caso de que no sean ambos los que se agradan recíproca y simultáneamente, sino que uno de los contendientes ejerza una defensa meramente defensiva) y que, por consiguiente, para el ordenamiento jurídico no existe la necesidad ni el interés en ser defendido precisamente por esas personas. En consecuencia su actuación no está justificada por legítima defensa (aunque se puede admitir una disminución del injusto partiendo del aspecto individual de la legítima defensa y tenerla en cuenta en la determinación de la pena –en el Cód. Penal español a través de la eximente incompleta por falta del requisito 3.º del art. 8,4.º -, en caso de que el rechazo de la agresión se limite a lo necesario para defender los bienes jurídicos.

En el estado de necesidad (tanto en el mayoritariamente considerado justificante, o sea, para salvar un interés superior, cuanto en otras formas de estado de necesidad que a juicio del autor también son justificantes, como el estado de necesidad para salvar un interés equivalente o, desde luego, el estado de necesidad defensivo) se puede partir de la base de que la provocación intencionada de la situación de necesidad o incluso de la acción de estado de necesidad por parte de quien posteriormente resulta necesitado excluye ya la justificación de la acción salvadora debido al aumento de la exigibilidad general y a la correlativa modificación de la ponderación de intereses en perjuicio del

necesitado. Ahora bien, esas razones no se dan si en una provocación intencional, por una parte el provocador y posterior agente salvador y, por otra, el necesitado son personas distintas, es decir si se trata de un estado de necesidad ajeno provocado intencionalmente. Y por lo demás, otras provocaciones meramente dolosas o –aun mas claramente- imprudentes (en otros ordenamientos probablemente y en el español con seguridad, apunta el autor citado) tampoco son lo suficientemente graves para modificar los criterios de ponderación de intereses y de exigibilidad en perjuicio del necesitado y para excluir en consecuencia la justificación de la acción realizada en estado de necesidad en sí misma.

Los defensores de la solución de la *actio illicita in causa* la aplican mayoritariamente de modo indistinto tanto a la provocación de la legítima defensa como a la del estado de necesidad justificante, pero la idea rectora de la construcción se formula de modo tan general que podría ser aplicada sin más a toda causación innecesaria y “culpable” de una situación de intereses en conflicto que por la ponderación de los mismos fundamente una causa de justificación cualquiera.

Así surge por primera vez en KOHLRAUSCH/LANGE claramente el concepto de *a.i.i.c.* para todos los casos en que el propio autor ha provocado intencionadamente la situación que en sí misma justificaría el hecho, para poder cometer impunemente tal hecho (Por ejemplo, en una situación de legítima defensa provocada intencionalmente); y entonces, de modo análogo a la *a.l.i.c.*, habría “aquí una *actio illicita in causa*, es decir una acción que en el momento de la actuación (por ejemplo de la lesión) parece justificada, pero que en definitiva (o sea, *in causa*) es antijurídica”. Según KOHLRAUSCH/LANGE la razón de la punibilidad es “que aquí el momento en el que se comete la acción antijurídica y culpable (el homicidio, las lesiones, etc.) es aquel en el que se crea la “causa de justificación” dolosamente y con voluntad delictiva”, y así por ejemplo en la legítima defensa la incitación a la agresión es una “condición para el resultado

final creada antijurídicamente, una conducta antijurídica y culpable de matar, lesionar o similar”.

BAUMANN propone que en caso de provocación intencional, simplemente dolosa o imprudente de una causa de justificación se aplique la *a.i.i.c.* y se atiende a la conducta anterior del sujeto que es causal para todo el curso del hecho, fundamentándolo en que la justificación de la segunda acción solamente se refiere a dicha acción, pero no cubre anteriores conductas dispuestas por el sujeto y causales para la totalidad del curso del hecho; por ello en la conducta anterior concurre una realización antijurídica del tipo, ya que la causa de justificación no afecta a esa acción. Y también según BAUMANN hay que añadir la similitud con la construcción de la autoría mediata con instrumento que actúa lícitamente, ya que, en su opinión, el autor no justificado *in causa* se utiliza a sí mismo como instrumento justificado *in actu*.

Como crítica a la teoría de la *actio illicita in causa*, por una parte, se utilizan argumentos específicos de la situación de legítima defensa. De ellos, cree el citado autor, que la objeción más importante es que al provocador –incluso intencionado– le falta el dominio del hecho sobre el curso de los acontecimientos y con ello la cualidad de autor del delito de lesión, ya que queda a la libre decisión del provocado y por tanto en sus manos (y también en su responsabilidad) el dejarse o no incitar por la provocación, pasar a la agresión y exponerse con ello al peligro de una lesión producida por la defensa. Pero por otra parte se opone un argumento general, que habla en contra de la aplicación de la *a.i.i.c.* a la provocación de cualesquiera situaciones de justificación: Como expuso por primera vez ROXIN, la antijuridicidad de la causa tendría que derivarse solo del resultado final pretendido y producido, pero ello no es posible, dado que la acción final y sus consecuencias están jurídicamente permitidas y aprobadas. La acción provocadora (Por ejemplo, una burla) puede no ser antijurídica, no estar prohibida como tal, y tampoco puede convertirse en antijurídica por el hecho de pretender o dar lugar a una

acción conforme a Derecho y valorable positivamente; y ello no cambia en absoluto, aunque la provocación (Por ejemplo, una injuria pasada) fuera en sí misma antijurídica, ya que el injusto específico de la conducta posterior, como puedan ser unas lesiones, sólo podría producirse por haber pretendido (o al menos por haber producido de modo previsto o previsible) unas lesiones antijurídicas, pero no si el acto lesivo está justificado. De este modo, concluye ROXIN, mediante la *a.i.i.c.* se llega “al curioso resultado de que una conducta, que no tiene lo mas mínimo de antijurídica en ninguna fase del suceso, aparece como un delito punible”.

A ello se añade una segunda objeción general, a saber, que la justificación y permisión de la acción final sólo sería aparente si en definitiva la misma fuera penada por la lesión de un bien jurídico.

Frente a estas objeciones, los partidarios de la *a.i.i.c.*, como hemos visto anteriormente, insisten en que no es contradictorio en absoluto considerar conforme a Derecho la última fase de la acción en cuanto solucionadora de un conflicto, y en cambio, en cuanto a la acción anterior, en la medida que desencadena el conflicto innecesaria y por tanto injustificadamente y causa con ello el peligro de lesión de otro, calificarla como antijurídica y vincularle el resultado, la lesión del bien jurídico. KÜPER aun da un paso más, y opina que a la acción previa antijurídica y creadora del conflicto y del peligro hay que imputarle justamente por eso el resultado típico a pesar de que en el estado de necesidad justificante provocado no sólo está permitida la acción final, sino que su resultado es un resultado “permitido” “no desaprobado”, esto es, que hay una “aprobación jurídica del resultado” unida al reconocimiento de la facultad de intervenir en estado de necesidad, ya que en la situación de estado de necesidad se suspende la norma protectora, que garantiza la indemnidad de los objetos, en perjuicio de ese bien jurídico.

Desde hace ya varios años, señala el autor citado, ha mantenido en diversas publicaciones la tesis de que es imposible aplicar la solución de la *a.i.i.c.* a los

supuestos de provocación de una causa de justificación excluyente del desvalor del resultado, pero que en cambio puede aplicarse en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que sólo elimine el desvalor de la acción, pero no el del resultado. Y la misma solución rige, en concordancia con ello, para los supuestos de autoría mediata a través de un instrumento que obra lícitamente, o sea, cuando el sujeto que realiza la acción final justificada no es el mismo provocador, sino un tercero.

Ello presupone que hay dos clases de causas de justificación, que se pueden distinguir según que también supriman el desvalor del resultado –y, si se conoce la situación, asimismo el desvalor de la acción (a no ser que la ley exija expresamente una determinada finalidad o motivación como elemento subjetivo de justificación)- o que sólo excluyan el desvalor –subjetivo u objetivo- de la acción, pero no la subsistencia de un resultado desvalorado y jurídicamente indeseado. Entre las primeras se cuentan, por ejemplo, la legítima defensa, los derechos o deberes propios del ejercicio del cargo en caso de concurrencia efectiva de sus presupuestos, el ejercicio del derecho de prenda o el consentimiento justificante del titular del bien jurídico. En cambio, existe sólo justificación de la acción por ejemplo en el estado de necesidad (incluso en el que toda la doctrina considera “justificante”, o sea en el que se trata de salvar un interés superior), en el que el resultado pese a todo sigue siendo un “mal” – aunque sea menor-, es decir, un resultado jurídicamente desvalioso e indeseado, pero no hay desvalor objetivo de la acción debido a la cualidad salvadora de la acción y a la ponderación de intereses. Otros ejemplos pueden ser los riesgos permitidos en casos de carreras automovilísticas o deportes violentos con resultados de lesiones o de muerte, o los casos de vulneración del honor por ejercicio de la libertad de expresión o información (lo que en Derecho alemán se califica como “salv guarda de intereses legítimos”), supuestos en los que la garantía de determinados intereses, tales como la libertad, los juegos y espectáculos, o la libertad de expresión e información, tienen prioridad frente al

riesgo de ciertas lesiones de bienes jurídicos; o también cabe mencionar el cumplimiento de deberes del cargo o el ejercicio de facultades propias del cargo si ha habido una creencia diligente y fundada en la concurrencia de sus presupuestos, que realmente no se da, como por ejemplo en la detención de un sospechoso de la comisión de un delito realmente inocente, o en la condena judicial de un procesado inocente debido a pruebas o testimonios falsos. En todos estos supuestos desaparece sólo el desvalor de la acción, pero no el del resultado –lo que, por cierto, no excluye que la acción esté totalmente permitida y a veces no sólo se valore positivamente, sino que incluso se imponga como deber.

Si la causa de justificación excluye el desvalor del resultado, es decir, que el resultado no es valorado negativamente, sino que a veces es incluso aprobado y positivamente valorado, eso significa que el bien jurídico afectado no es digno de protección en el caso concreto (pérdida de la protección por la conducta – normalmente responsable- del titular del bien jurídico). En tal caso es imposible exigir responsabilidad por la acción final por la vía de la *a.i.i.c.* a quien provoca “dolosa” o “imprudentemente” la situación de justificación (Por ejemplo, una situación de legítima defensa).

Primero, porque en la mayoría de las ocasiones al provocador de una agresión – incluso aunque actúe precisamente con esa intención- (o al policía que provoca a un tercero a cometer un delito, el cual justifica la detención del delincuente) le faltará el dominio del hecho y por tanto no habrá autoría, ya que el sujeto sólo incita a la comisión de una agresión (o de un delito) que depende totalmente de la decisión responsable del provocado. Esta situación sólo cambiaría en caso de provocación de un agresor o delincuente no responsable o no totalmente responsable.

Pero en segundo lugar –y éste es el argumento mas importante, pues afecta a todas las hipótesis posibles-, la causación, aun objetivamente imputable, de un resultado no valorado negativamente, sino jurídicamente aprobado, deseado o

incluso exigido no puede suponer de ningún modo un hecho antijurídico constitutivo de delito de lesión, por mucho que la acción provocadora haya dado lugar innecesariamente a la agresión o a la comisión de un delito y con ello al peligro de lesión del agresor o de privación de libertad del delincuente: pues se trata precisamente del peligro de que se produzca un resultado positivo, jurídicamente valioso, y no del peligro de una acción final permitida, pero que tendría un resultado jurídicamente desvalioso. La lesión afecta a bienes jurídicos del agresor o del delincuente jurídicamente no protegidos *in concreto* debido a su conducta, y, en cambio, en la legítima defensa se logra la defensa del orden jurídico y del bien jurídico agredidos, o en la detención policial de un delincuente se posibilita la acción de la Justicia. Pues bien, dado que sólo puede haber desvalor de la acción en referencia a la producción querida o descuidada de un desvalor del resultado y dado que por ello tanto el desvalor objetivo de la acción como el “desvalor de la intención” (que serían necesarios para la antijuridicidad de la primera acción provocadora) sólo se pueden derivar de la adecuación o incluso predisposición de una acción para producir un resultado (o un hecho) jurídicamente desvalorado, es imposible que sea antijurídica –en relación con el tipo de lesión- una acción provocadora que (prescindiendo ahora de su aspecto de provocación del hecho intentado –de la agresión, en su caso- de un tercero) en definitiva conduce a un resultado valioso.

Esto no significa que el provocador que actúa intencionadamente quede impune. Pues por una parte hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, y debido a que ya esperaba con anterioridad la posterior agresión planeada por el, el provocador se podría defender con medios menos lesivos y no lo hace justamente por su mala intención, con lo que falta la necesidad del medio defensivo empleado (ello también puede suceder, aunque ciertamente mas raramente, en caso de provocación meramente dolosa o imprudente de la situación de legítima defensa. Y por otra parte la acción previa puede ser

antijurídica en cuanto provocación de una agresión o (para la detención policial) de un delito, aunque no en cuanto provocación de la posterior acción de legítima defensa o de detención, como pretenden los partidarios de la *a.i.i.c.* En efecto, aunque la doctrina dominante rechaza la punibilidad del agente provocador, a juicio de LUZÓN PEÑA, el hecho de incitar a otro a una agresión ilegítima o a la comisión de un delito, por mucho que el provocador quiera impedir después la consumación, es una inducción indirecta a una tentativa idónea o –menos frecuentemente- inidónea, y en caso de provocación con la finalidad de una posterior detención puede ser eventualmente incluso inducción a un delito consumado. Ello significa favorecer una puesta en peligro como mínimo del ordenamiento jurídico, y a veces también de bienes jurídicos ajenos (teoría de la participación en el injusto), lo que es contrario a los fines preventivos del Derecho penal, a no ser que haya una causa de justificación que ampare precisamente esa provocación. Y por lo demás, en la determinación de la pena se puede tener en cuenta el menor grado de injusto por la reducción del peligro y por el hecho de que la voluntad del sujeto no pretenda la consumación.

La situación es totalmente distinta si se provoca una situación de justificación que sólo elimina el desvalor de la acción, pero no el desvalor del resultado. En tal caso es en principio aplicable la construcción de la *a.i.i.c.*

El caso paradigmático al respecto es el de la provocación de un estado de necesidad. En el mismo, para solucionar adecuadamente el conflicto ponderando todos los intereses, no se valora negativamente y por ello está autorizada la acción de estado de necesidad debido a su cualidad de acción salvadora, pero, como ya se ha dicho, subsiste el desvalor del resultado: la producción del resultado podrá estar autorizada, pero el resultado es jurídicamente un mal, algo indeseado. El lesionado por una intervención en estado de necesidad no ha perdido la protección de sus bienes jurídicos debido a su conducta, y efectivamente dichos bienes jurídicos no se ven privados de

toda protección jurídica: por ello prevé el art. 20.2.º del Cód. Penal español a favor del afectado una responsabilidad civil de la persona cuyos intereses se salvaguardan (pero no responsabilidad civil de quien actúa en estado de necesidad, si no es también el beneficiado).

En consecuencia, en caso de provocación imprudente o simplemente dolosa de un estado de necesidad para intereses propios, y también en caso de provocación intencional de un auxilio de terceros en estado de necesidad, en los que pese a la provocación está permitida la acción salvadora como tal, sucede lo siguiente: La acción provocadora crea directamente el peligro para el interés que hay que salvar y, con ello, la situación coactiva que obliga con mayor o menor intensidad a lesionar un bien jurídico y a sacrificar con ello un interés – menos valioso en el estado de necesidad mayoritariamente aceptado como justificante, o equivalente en otra forma de estado de necesidad que también cabe considerar, con la doctrina minoritaria, justificante- y determina de ese modo el ulterior curso del hecho (creación mediata de un peligro para el bien jurídico lesionado), por lo cual aquí en principio no se plantean dificultades para afirmar que existe dominio del hecho –en una actuación dolosa- o en todo caso determinación objetiva del hecho –en una actuación imprudente- y por tanto autoría. Pero además, la primera acción causa de modo objetiva y subjetivamente imputable e injustificadamente un desvalor del resultado, por mucho que haya sido causado inmediatamente por una conducta realizada sin desvalor de acción. Por ello, la unión de una conducta previa con pleno desvalor de la acción –ya que aquí concurre una puesta en peligro dolosa o imprudente referida a un desvalor del resultado y sin las razones que justifican la acción final- con el desvalor del resultado supone la total antijuridicidad de la acción previa junto con sus consecuencias en el sentido del tipo de lesión.

La responsabilidad se determinará según que exista dolo o imprudencia respecto del resultado final (no respecto de la creación del peligro que fundamenta el estado de necesidad); y eso explica el hecho de que pueda haber

responsabilidad meramente imprudente incluso aunque en la última fase la correspondiente acción en estado de necesidad haya sido dolosa (en el sentido de dolo “neutro”). Así por ejemplo, si un camión se aproxima peligrosamente a la entrada de un puente estrecho a pesar de que en sentido contrario viene un autobús con preferencia de paso, y entonces el conductor del camión, para no chocar con el autobús con el consiguiente peligro para la vida de muchas personas, se ve forzado a girar a la derecha y a lesionar a un peatón que estaba en ese arcén, tal conductor obra con dolo directo (de segundo grado) o con dolo eventual en la causación de las lesiones con su acción final, pero ese hecho está justificado por estado de necesidad y desaparece por ello el desvalor de la acción; no obstante, la acción previa imprudente, no cubierta por estado de necesidad, causa de modo objetivamente imputable el resultado de lesiones valorado negativamente, y por eso el sujeto responde en este caso por un delito de lesiones imprudentes.

Por las mismas razones, en tales causas de justificación excluyentes del desvalor de la acción, pero no del resultado, es perfectamente aplicable la figura jurídica del autor mediato a través de instrumento que obra conforme a Derecho. Por eso nunca ha habido la menor dificultad en aceptarla por ejemplo en el caso de provocación, mediante falso testimonio, de una condena conforme a Derecho (pero materialmente injusta) de un inocente.

Para concluir, hay que examinar una última crítica de ROXIN contra la aplicación de la *a.i.i.c.* al supuesto de provocación de un estado de necesidad justificante (que, recuérdese, según la doctrina mayoritaria, es aquel en que se trata de salvar un interés superior a costa de otro menos valioso). Textualmente dice ROXIN: “Tampoco merece apoyo la *actio illicita in causa* desde el punto de vista de política jurídica. En efecto, si el autor ha de pensar que al emprender el salvamento es cierto que va a estar justificado por esa acción salvadora, pero que va a ser castigado por su conducta previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar la acción salvadora para no incurrir en responsabilidad

penal. Y sin embargo, el ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor, de tal modo que, si se impone una pena gracias a la *actio illicita in causa*, ¿estaría operando en contra de sus propios intereses!''.

Frente a esta objeción se puede aducir lo siguiente:

En caso de estado de necesidad que afecte a *bienes jurídicos ajenos*, o sea, de causación de una situación de peligro para intereses de terceros no involucrados, no es cierto que el sujeto que ha creado dolosa o imprudentemente la situación de peligro pueda abstenerse luego de realizar la acción salvadora, y que causa un mal menor, con la finalidad de no incurrir en responsabilidad penal por la *a.i.i.c.* Pues en primer lugar, si el sujeto no interviene y tampoco hay ninguna otra persona que emprenda la acción salvadora, se realizará el peligro que él ha creado de una lesión de bienes jurídicos aun más grave, y por tanto el sujeto tendría que responder por ese delito mas grave doloso o imprudente. Precisamente porque el ordenamiento jurídico prefiere la preservación de los intereses de más valor, para el caso de que se realice el peligro creado por el agente de lesión del interés de más valor prevé una pena superior a la que correspondería a la lesión del interés menos valioso, que también sería imputable a la acción previa. Por tanto, el sujeto de ningún modo se ve jurídicamente impedido para emprender la acción salvadora que causa el mal menor, sino que, por el contrario, está obligado a realizarla si quiere evitar la producción de un desvalor del resultado más grave y la correspondiente pena más elevada. Y en segundo lugar, no interviniendo en el momento del peligro, el sujeto tampoco puede eludir la pena porque un tercero lleve a cabo su lugar en la acción salvadora que causa el mal menor, pues la primera acción del autor, al crear el peligro y la situación de colisión, fuerza al tercero a realizar la acción salvadora y determina de ese modo su acción (permitida por falta de desvalor de acción) que causa un desvalor del resultado; por consiguiente el provocador es responsable, como autor mediato –

doloso o imprudente- a través de un instrumento que actúa lícitamente, de la lesión del bien jurídico directamente producida por el tercero y que supone un desvalor del resultado. Es decir, que en tal situación el sujeto que crea el peligro incurriría igualmente en responsabilidad penal tanto si posteriormente actúa como si no actúa y deja que intervenga un tercero; lo que significa que no puede evitar la responsabilidad penal omitiendo su propia acción salvadora y por tanto no tiene ningún motivo (penal) para no salvar el bien jurídico que él mismo ha puesto en peligro.

Por lo demás, el ordenamiento jurídico quiere que el interés más valioso puesto en peligro sea salvado o por el autor o por un tercero, pero prefiere que lo sea por la intervención del provocador, ya que éste, por haber creado el peligro, tiene un especial deber de evitación, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad por un delito comisivo, mientras que el tercero no involucrado al principio tiene simplemente la facultad de actuar o a lo sumo un deber simple de actuación derivados de los tipos de omisión propia (por ejemplo por el delito de omisión de socorro). En cualquier caso, el sujeto estará más bien interesado en realizar su propia acción salvadora pese a sus efectos de fundamentar su punibilidad, ya que de ese modo se puede esforzar de manera especialmente intensa por evitar con seguridad la lesión más grave y la consiguiente pena mayor, y simultáneamente intentar conseguir que se produzca una lesión lo menor posible del interés menos valioso con su correspondiente atenuación en la determinación de la pena, cosa que posiblemente no lograría la intervención de un tercero.

En el caso del estado de necesidad para *bienes jurídicos propios* la situación es ciertamente distinta, pues si el sujeto no interviene activamente para salvar un bien jurídico propio que el mismo ha puesto en peligro, naturalmente que no es responsable penalmente por su autolesión. Pero en la mayoría de los casos se tratará de un peligro para un interés propio que es considerablemente superior al otro interés que hay que perturbar para salvar el propio. Para ello, la

perspectiva de una pena proporcionalmente leve –y en caso de mera imprudencia aun más leve-, que conforma a la *a.i.i.c.* se impondría al sujeto por la lesión del bien jurídico menos valioso, normalmente no será suficiente para contrarrestar el temor del sujeto a la pérdida de su vida, su integridad u otro bien importante. En definitiva, pese a la pena, que con justicia debe imponerse por la causación reprobable de un desvalor del resultado mediante la acción previa, se preferirá el mal menor y se evitará el mal mayor, y ésta es una conducta que también prefiere el ordenamiento jurídico a pesar de la provocación (excepto en el caso de una provocación especialmente grave –intencional- del necesitado).

En una palabra: que se pueda castigar tranquilamente al sujeto por su *a.i.i.c.* –lo que además es justo-, pues el mismo estará no obstante más interesado en realizar la acción de estado de necesidad salvadora del interés mas valioso⁴⁸⁰.

5.4. Exceso en las causas de justificación

Puede ocurrir que una persona, al defenderse en supuestos de legítima defensa o frente a una situación de necesidad justificante, reaccione o actúe en forma desmedida o desproporcionada. En estos casos existe exceso en las causas de justificación.

Nuestro código sanciona la actuación del que en su defensa causó un mal, por exceder los límites fijados a la misma⁴⁸¹.

NUÑEZ, al tomar posición en la polémica acerca de si el exceso es doloso o culposo, dice “Por esto, en la disputa sobre si el exceso es imputable a título de culpa o de dolo, lo más adecuado es decir que la desproporción objetiva del medio de ejecución empleado, subjetivamente debe obedecer a un estado de excitación o perturbación del ánimo del autor o a un abandono por parte de éste

⁴⁸⁰ Ver LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Ed. Ministerio de Justicia e interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones Tº XLVII. Fascículo III. SEPTIEMBRE-DICIEMBRE Madrid. 1994. p. 61 a 79.

⁴⁸¹ Ver DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.46.

de las reglas de prudencia observables en el caso, que, sin alterar su finalidad de ejecutar la ley, ejecutar su autoridad o sortear el peligro, lo ha llevado al exceso. Por consiguiente, el exceso, no sólo es compatible con aquellos estados de ánimo del autor que, por un simple error vencible, y, por consiguiente, culpable, no lo privan de la conciencia de cumplir un fin legítimo, sino, también, con aquellos que acusan una culpa positiva de su parte (real imprudencia). Cuando el error del autor acerca de la debida medida de su acción, no le es imputable, entra en función la justificación putativa”⁴⁸².

“El Código Penal castiga el exceso con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia (art. 35)⁴⁸³. De esta manera, sin declarar expresamente que su esencia es culposa, pero reconociendo su verdadera naturaleza, lo somete a un régimen propio de la culpa, de su castigo sólo en caso de que exista una disposición especial al respecto”. Y termina diciendo: “En este caso, el dolo propio del hecho se transforma en culpa, originando tipos delictivos culposos cuya especialidad consiste en que la culpa excluye la debida medida de una acción que aparece justificada a los ojos del autor”.

Pero donde explica claramente su opinión RICARDO NÚÑEZ es en un artículo publicado en Jurisprudencia Argentina. En este artículo explica las diversas posturas que sobre el tema había tenido, afirmando que en 1935 sobre el pensamiento de IMPALLOMENI se había pronunciado por sustentar que la figura del art. 35 era dolosa, para cambiar después en 1959 y en 1972 por la tesis de la culpa.

NÚÑEZ afirma que la figura es culposa. “Para mí –dice- con arreglo al art. 34, inc. 1º del Código Penal, la conciencia o conocimiento de las circunstancias que determinan la criminalidad del hecho penalmente típico, pertenece al dolo del autor junto con la conciencia o conocimiento de los hechos comprendidos por el

⁴⁸² Ver DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.47.

⁴⁸³ Art. 35 Cód. Penal argentino: “El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

tipo delictivo. Consecuentemente con esto, también según lo dispuesto por el inc. 1º del art. 34, pienso que el error sobre la concurrencia de circunstancias determinadoras de la criminalidad del hecho típico excluye el dolo del autor”⁴⁸⁴.

BACIGALUPO, por su parte, sostiene la teoría de que el hecho es doloso diciendo: “La punibilidad atenuada que establece el art. 35 del Cód. Penal se explicaría, de acuerdo con esto, en la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad (es decir, sobre la falta de necesidad) de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho”.

Y más extensamente lo explica en *Tipo y Error* cuando dice: “Éste artículo (35), en efecto, toma en cuenta los casos de exceso sobre los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, manteniendo para ellos la punibilidad adecuada. La dogmática ha entendido en general que la atenuación que dispone este artículo refiriéndose a la pena del delito culposo, significa que el exceso es una forma de auténtica culpa. Sin embargo, tal caracterización de la atenuación del art. 35 del Código Penal es evidentemente impropia, en la medida en que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quisiera. Por este motivo, el exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo; lo que el autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso. El autor quiso matar y mató; la creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia”⁴⁸⁵.

En efecto, BACIGALUPO, al comentar el art. 35 del Cód. Penal argentino, señala que la dogmática argentina ha aceptado como postulado indiscutible que el Código Penal sólo se ha referido al “error de hecho” en el art. 34 inc. 1º.

⁴⁸⁴ DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.48.

⁴⁸⁵ Ver DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.50-51

Tanto es esto así que el recurso a la tesis de la unificación se funda principalmente en este axioma.

Sin embargo, se ha reconocido que el exceso en la justificación debe basarse en un error y en consecuencia es fácil deducir que el art. 35 del Código Penal también contiene una norma relativa al error.

Lo que debe investigarse en consecuencia, es cuál es el objeto del error del art. 35.

La realización de un tipo sólo está justificada en tanto la lesión causada sea necesaria. Como dice ARMIN KAUFMANN, “la necesidad es el principio estructural general de las causas de justificación”, y agrega, “el fin no santifica los medios: “la santificación” del fin alcanza al medio sólo cuando la medida de la lesión del bien jurídico es necesaria”. Precisamente esto es lo que se quiere decir cuando NÚÑEZ afirma que el exceso “consiste en una desproporción de la acción con lo legal” o cuando SOLER explica qué es la “intensificación *innecesaria* de la acción inicialmente justificada”. Es decir *el exceso es en sí antijurídico*, en tanto traspassa el límite de la necesidad, pero sin embargo la pena que se establece en el Código Penal para estos casos es atenuada.

¿Qué fundamentos tiene la atenuación que dispone el Código?

Señala el mencionado autor que NÚÑEZ, SOLER y FONTÁN BALESTRA, se refieren especialmente al carácter culposo del hecho que se comete excediendo los límites de la necesidad y en ello apoyan el fundamento de la atenuante; luego agregan el aspecto emocional del autor como un segundo fundamento.

En primer lugar intenta demostrar que en tal caso la culpa resulta imposible.

En efecto, reflexiona, el que se excede *hace lo que quiere hacer*, prescindiendo del exceso mismo. Quiere matar y mata. Quiere lesionar y lesiona. Comparando el hecho con el homicidio, se comprueba que en el homicidio más grave, el del art. 79 por ejemplo, el autor tiene que haber querido matar y haberlo hecho para que su acción sea típica, mientras que para el caso del homicidio del art. 84 del Código Penal, precisamente resulta un *presupuesto esencial* que el autor *no haya*

querido el resultado de muerte. Y lo mismo puede decirse, por ejemplo, de las lesiones. Si designamos a los tipos más graves como tipos dolosos y a los menos graves como culposos, se deduce de inmediato que el hecho que constituye el exceso desde el punto de vista de la dirección de la voluntad del autor pertenece a los hechos en que se quiere el resultado y no a aquéllos en los que no se lo quiere. En otras palabras, se trata de un hecho que pertenece a la familia de los hechos dolosos.

En consecuencia, la atenuación nunca podrá determinarse por la naturaleza “culposa” del hecho, ya que para ello es *esencial* que el autor no haya querido el resultado.

Señala que lo único que puede determinar la atenuación es *la no conciencia del exceso sobre los límites de la necesidad*. Y si bien se mira esto es lo que nuestra dogmática ha tenido en cuenta. Puesto que nadie ha negado que el autor quiere el resultado, la única razón que se ha encontrado para sostener que el hecho es culposo, es precisamente la falta de conciencia del exceso, es decir la falta de conciencia de antijuridicidad, puesto que el límite de la necesidad determina – como se afirmó- la juridicidad o antijuridicidad de la realización del tipo.

Es cierto que se ha pretendido encontrar un fundamento de la atenuación exigiendo que el autor haya obrado con el “ánimo perturbado” o el “temor por la situación”. Pero lo real es que, la concurrencia de estos elementos perturbadores del ánimo, en primer lugar no son una exigencia de la ley que ni remotamente los menciona; en segundo lugar, los estados emotivos, no excluyen en sí el dolo (como lo demuestra el art. 81 inc. 1º del Código Penal), ni la responsabilidad, salvo los casos de inimputabilidad. De manera, que este fundamento de la atenuación prevista por el Código no se compagina con su estructura. *La perturbación de ánimo o el temor, solo actuarán como fundamento para –según su gravedad- determinar la inculpabilidad del error*. Por otra parte la culpa se basa en la infracción de un deber de cuidado y resulta sencillamente absurdo aumentar la exigibilidad del grado de cuidado cuando el autor por su estado

emocional se encuentra en peores condiciones para cumplirlo. La emoción, frente a la culpa podría actuar como reductora del nivel del cuidado exigible. Respecto del dolo, en cambio, la emoción no puede modificarlo de ninguna manera.

Ahora cabe preguntarse: ¿Qué especie de error sobre la antijuridicidad (la necesidad) contiene el art. 35 del Código Penal? Previamente es preciso aclarar que la pregunta surge en la medida en que es preciso saber en qué se apoya el mantenimiento de la punibilidad a pesar del error sobre la prohibición.

Desde el punto de vista del calificado autor en análisis, el mantenimiento de la punibilidad sólo tiene un fundamento: la norma se refiere a los errores *evitables*. Y por eso debe concluirse que el *art. 35 C.P.*, es una norma que se refiere a errores *evitables sobre la antijuridicidad*.

Los errores *inevitables* determinan la absoluta impunidad por imperio del *principio de culpabilidad*. Quien no ha podido decidirse a favor del Derecho, quien no ha podido obrar de otra manera por desconocimiento inevitable del derecho, no es culpable⁴⁸⁶.

Para el finalismo, la culpabilidad es el juicio de reproche que se formula al autor por no haber adaptado su conducta a la norma, a pesar de que estaba en situación de hacerlo. Con la antijuridicidad concluye el juicio sobre el hecho, la culpabilidad constituye el juicio sobre el autor, en especial sobre su proceso de motivación.

A su vez, para DONNA, reprochabilidad no es el reproche mismo, “sino el conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochada a su autor. Por ello la reprochabilidad es una característica de la conducta que no se halla en cabeza de nadie, sino en la conducta misma”. O dicho de otra forma: “Reprochabilidad no es el reproche, no es el juicio de desvalor mismo, sino el conjunto de características que fundan el desvalor, en tanto que reproche es el desvalor mismo. Esta reprochabilidad se compone de características que a veces

⁴⁸⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y Error*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs.As. 1973. p.91-95.

están expresamente determinadas, y otras se determinan conforme a criterios que la ley da”⁴⁸⁷.

Esto es explicado también por WELZEL al decir: “La esencia de la culpabilidad puede ser definida del modo más exacto, mediante la palabra no muy bella estilísticamente, de reprochabilidad. Al representarse aquí el ordenamiento jurídico personificado por el legislador o el juez, se denomina también, muchas veces, a la reprochabilidad, reproche de la culpabilidad y a la culpabilidad juicio de culpabilidad. Esto no es nocivo si se tiene siempre presente el carácter metafórico de estas expresiones y se recuerda que la culpabilidad es una cualidad negativa de la acción”⁴⁸⁸.

BACIGALUPO sostiene que la disminución de pena se hace por la existencia de error. Afirmar textualmente: “A nuestro juicio, en cambio, lo único que puede determinar la atenuación es la no conciencia del exceso sobre los límites de la necesidad”⁴⁸⁹.

Afirma que el art. 35 del Código Penal es una norma que se refiere a errores evitables sobre la antijuridicidad⁴⁹⁰.

Y ampliando el tema, sostiene que el Código Penal argentino, en su art. 35, que se refiere al error sobre los límites de la necesidad de la justificación, alcanza tanto a los excesos intensivos cometidos sin conciencia de la antijuridicidad, como a los errores sobre la necesidad proveniente de la falsa apreciación de una circunstancia objetiva que de concernir lo justificaría”. Y termina diciendo: “En tanto la esencia de los supuestos de hecho que designamos como eximentes putativas es idéntica con la de los casos de exceso, será ineludible regirlos por el art. 35 del Código Penal”⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.77 y ss.

⁴⁸⁸ Ver DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.79-80.

⁴⁸⁹ DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.91.

⁴⁹¹ Ver DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.91-92.

Aclara BACIGALUPO que, en primer término, se desprende una consecuencia importante: que sólo el error evitable sobre los límites de la necesidad de la acción de defensa o de estado necesario, etc., es materia del art. 35, C.P. En segundo término, que nada autoriza a considerar que la posible perturbación de ánimo o el temor transforma en culposo un hecho en el que el autor *quiere* el resultado producido, y que su función reside en ser fundamento, de concurrir, para graduar la culpabilidad del error.

De allí, concluye que en las llamadas eximentes putativas, o sea en el caso de error sobre una circunstancia que de concurrir justificaría el hecho, la dogmática no ha encontrado fundamento alguno en la ley que le permita explicar la razón por la cual reputa estos hechos como culposos, y por tanto impunes si falta un tipo que recoja la incriminación de tal naturaleza. Se trata por ejemplo del caso de un locador que cree que su inquilino ha abandonado el inmueble y entonces penetra en el mismo ejerciendo su derecho de propiedad, cuando en realidad tal abandono no se produjo (violación de domicilio); o bien del heredero que ignora que el causante ha enajenado una estatua, que destruye porque no le gusta (daño).

La dogmática alemana solucionó este problema por vías distintas. En primer término recurriendo a la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual, como se adelantara precedentemente, las circunstancias de una causa de justificación forman parte del tipo penal, de tal manera que “la antijuridicidad no resulta un elemento positivo del tipo, pero su ausencia constituye un elemento negativo”. De esta forma, sin admitirse la antijuridicidad del hecho como elemento positivo del tipo (pues siendo éste el objeto del dolo, el dolo no tenía por qué alcanzar a la antijuridicidad), se aceptó que la creencia errónea en la justificación del hecho excluiría el dolo (dado que la *falta* de antijuridicidad es un elemento negativo del tipo, objeto del dolo).

Respecto de esta postura ha sostenido MIR PUIG que aunque pueda parecer puramente sistemático, el problema de si la ausencia de *causas de justificación* es

condición de la tipicidad de la acción se halla vinculado, también, a la función preventiva y motivadora de la norma penal. La tesis tradicional según la cual la justificación de un hecho no elimina su tipicidad ha de suponer que la intervención de una “norma permisiva”, frente a la causa de justificación, no implica una restricción *general* de la “norma prohibitiva” o “preceptiva” referida a la lesión del bien jurídico: la justificación no excluiría el tipo porque pese a la “permisividad” el hecho seguiría estando “prohibido” u “ordenado” *en general*. Es perfectamente comprensible la motivación profunda que inspira ese planeamiento, a saber, el deseo de reflejar el distinto significado que posee una conducta “típica” justificada frente a las que ni siquiera se hallan previstas en una figura de delito. Que existe diferencia entre ambos casos es indudable, porque mientras que en el primero se ha producido *definitivamente* la lesión imputable de un bien jurídico, aunque sea justificadamente, en los demás casos tal lesión no llega a existir o no es objetivamente imputable. Ello sirve de base a la atribución a la tipicidad de una “función de llamada” o de “advertencia” específica. Mas nada de todo ello puede llevar a desconocer que la *categoría* de acciones previstas por el supuesto de hecho de las causas de justificación *no se hallan prohibidas* por el Derecho penal. Y adviértase que no se trata sólo de que la *concreta* acción justificada deje de estar prohibida excepcionalmente en el caso particular, sino de que toda acción que realice el tipo *abstractamente descrito* de una causa de justificación deja de estar prohibida en cuanto perteneciente a aquel tipo abstracto. La *clase* de conducta justificada deja de estar prohibida de *forma general*. Siendo así, deberá admitirse que esta previsión general del supuesto de hecho justificado *ha de restringir de forma igualmente general* el ámbito del supuesto de hecho efectivamente prohibido. Si el “homicidio en legítima defensa” se halla permitido en forma *general*, el supuesto de hecho de la norma que prohíbe el homicidio no puede incluir de forma general aquella clase de homicidios –de la misma forma que el tipo de homicidio no incluye el parricidio–.

Pero todo ello presupone que la prohibición se entienda como el modo que tiene el Derecho preventivo de expresar la voluntad de que no se realicen conductas nocivas para bienes jurídicos: un tal Derecho penal no puede permitir una clase de conductas y al mismo tiempo seguir pretendiendo evitarlas mediante la conminación penal. La situación acaso pudiera ser distinta en un Derecho penal no regulador de conductas, sino concebido para retribuir las según su desvalor. Un tal Derecho penal perseguirá la *valoración* de las acciones de los ciudadanos, por lo que las normas a éstos dirigidas no serían de determinación sino de valoración. Cabría entonces pensar que la tipicidad supondría ya una forma de "antinormatividad", en la medida en que la lesión del bien jurídico es ya susceptible de ser valorada *en sí misma* de forma negativa. En cambio, en un Derecho penal preventivo en que lo injusto equivale a lo que la prohibición quiere evitar y permitir significa no desear evitar, la permisividad *general* de una clase de conducta es incompatible con su prohibición, siquiera sea "general".

Todo ello conduce a la conclusión de que en el Derecho penal propio de un Estado social debe admitirse la tesis de la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual la ausencia de causas de justificación -en el sentido de ausencia de los presupuestos del tipo de una causa de justificación, no en el de la falta de una disposición permisiva que la prevea!- es condición del tipo de injusto y, viceversa, la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación impide el tipo de injusto. Mas es preciso insistir en que ello no tiene por qué suponer la negación de diferencias en cuanto al significado valorativo y a la función del tipo positivo y del tipo negativo. La razón *material* de la no prohibición de un hecho que realiza un tipo positivo pero que se halla justificado es distinta de la que explica que no se prohíban los hechos que ni siquiera realizan ningún tipo positivo que por su importancia se halla protegido por el Derecho penal. Desde el punto de vista *funcional*, la función del tipo positivo es la de fundamentar lo injusto, inversa a la función excluyente del tipo

de justificación. Político-criminalmente puede entenderse que corresponde al tipo positivo la “función de llamada” o “aviso” que supone la constatación de que se ha lesionado, o puesto en peligro, de forma objetivamente imputable, un bien jurídico. Además, sólo el tipo positivo reúne los elementos que fundamentan el *específico* injusto de la *clase* de delito de que se trate –homicidio, hurto, etc.-, lo que da pie a su concepción como *Typus*, esto es, no sólo como “supuesto de hecho” (*Tatbestand*), sino como supuesto de hecho *específico* (“típico” en este sentido).

Esto último tal vez aconsejaría, para compatibilizar la tesis central de la teoría de los elementos negativos del tipo con la conveniente diferenciación del tipo positivo, distinguir entre “supuesto de hecho” (*Tatbestand*) y “tipo” (*Typus*). El “supuesto de hecho” sería la descripción del hecho antijurídico y supondría, por tanto, la ausencia de causas de justificación (equivaldría al supuesto de hecho de la norma prohibitiva o preceptiva completa), mientras que el “tipo” expresaría los elementos específicos (típicos) de la figura de delito de que se trate y vendría a corresponderse con el significado tradicional del término español “tipo”. Debería hablarse, entonces, de la teoría de los “elementos negativos del supuesto de hecho”, y de que las causas de justificación excluyen el “supuesto de hecho” pero no el “tipo”⁴⁹².

Parte de la dogmática argentina en base a la errónea creencia de que los problemas de la teoría del tipo penal que se discuten en Alemania provienen sólo de la redacción del art. 59 StGB, ha creído que no nos atañen y ha preferido la contradicción de negar la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo y excluir éste en los casos de eximentes putativas sin dar ningún fundamento. Así se ha dejado de lado la relevancia del concepto de tipo en relación al error, que es ineludible en cualquier sistema (el alemán, argentino,

⁴⁹² Ver MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª. ed. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. 1982. p.85-89.

italiano, español, etc.) que haga depender el grado de responsabilidad del conocimiento que tenga el autor de ciertas circunstancias definidas en la ley.

En segundo lugar, y ya cuando se asignó al tipo identidad con la antijuridicidad y relevancia a la conciencia de la antijuridicidad, se aplicó, cuando ésta faltara por error, en forma analógica el art. 59 StGB que se refiere al error sobre circunstancias de hecho. En realidad este procedimiento es paralelo al que propone la teoría de la unificación. El fundamento reside aquí nuevamente en la concepción del tipo penal, que ahora se identifica con la antijuridicidad, de tal manera que si el tipo es el objeto del conocimiento que es elemento del dolo, ese conocimiento alcanzará necesariamente a la antijuridicidad.

Si desde nuestro punto de vista procuramos explicar cual es el fundamento y los límites de la atenuación en los casos de eximentes putativas debemos comenzar por reconocer que, precisamente el hecho de quien obra en la creencia de que concurren ciertas circunstancias que de darse justificarían su acto, también pertenece a los hechos en los que el autor produce un resultado *querido*. En efecto, el que se cree atacado quiere repeler la agresión y mata o lesiona, es decir, *quiere* el resultado que provoca. Considerar que estos hechos pertenecen al ámbito de aquéllos en que es base esencial que el autor *no haya querido* el resultado, o sea a los delitos culposos, merece exactamente las mismas críticas que se plantearon con respecto al exceso.

A todo esto debe agregarse que en los casos de eximentes putativas, lo que realmente se *da* es *un error sobre los límites de la necesidad*, o sea sobre la antijuridicidad. Si no fuera un error sobre la antijuridicidad ni LISZT, ni FRANK hubieran necesitado crear las teorías que hemos referido y con los que procuraron resolver el caso de las llamadas eximentes putativas. En efecto, lo que se percibe en el hecho del que supone una circunstancia que de concurrir justificaría la lesión es una discordancia entre lo que el autor cree *necesario* (por ejemplo la defensa) y lo que objetivamente es *necesario* (por ejemplo porque se trata de una broma).

Y si esto es así, es preciso concluir que el Código Penal argentino, en su art. 35, que se refiere al error sobre el límite de la necesidad en la justificación, alcanza tanto a los excesos intensivos cometidos sin conciencia de la antijuridicidad, como a los errores de la necesidad, provenientes de la falsa apreciación de la existencia de una circunstancia objetiva que de concurrir lo justificaría.

Por este motivo, la tesis mantenida hasta ahora, respecto de las eximentes putativas resulta insostenible, pues se ha creído falsamente que el objeto del error es un *hecho* porque se trata de la suposición de una circunstancia objetiva, cuando en realidad tal objeto es la “necesidad”, o sea la antijuridicidad o justificación de la realización del tipo.

Esta óptica equivocada del objeto del error en las eximentes putativas, determinó que “circunstancia objetiva” fuera equiparada a “hecho” y se le aplicaran las consecuencias del art. 34 inc. 1º, impunidad como delito doloso y eventual punibilidad como delito culposo, si el autor obra con culpa (en el error) y la ley prevé esa forma del delito. Pero, en verdad no es un error sobre un hecho, sino sobre la *significación de un hecho*.

El intento de nuestra dogmática de pretender resolver mediante el art. 34 inc. 1º (en su referencia al error) la problemática de las eximentes putativas se muestra de esta forma frustrado. En tanto la esencia de los supuestos de hecho que designa como eximentes putativas es idéntica con la de los casos de exceso, será ineludible regirlos por el art. 35, C.P, remata⁴⁹³.

Para ZAFFARONI el problema se plantea desde otro punto de vista. Aquí se sitúa la antijuridicidad de la conducta y define su apreciación. “Creemos, por consiguiente, que el único fundamento de que la conducta típica sea portadora de una menor carga de antijuridicidad es que la conducta que se inicia y agota como antijurídica es más antijurídica que una conducta que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación, y se agota antijurídicamente”. De ahí que se exige siempre al inicio jurídico de la acción, abarcando el exceso intensivo y

⁴⁹³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Tipo y Error. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs.As. 1973. p.96-102.

el extensivo. Y realiza la crítica a la teoría del error, si se elimina la finalidad defensiva. En este caso se pueden dar tres hipótesis: “a) error invencible y en este caso habrá error de prohibición y por ende se elimina la culpabilidad; b) error vencible de prohibición; y c) que el elegido reconozca que termina la agresión, pero quiera asegurar el resultado. O sea, agota su defensa mas allá de la agresión”. “En este agotamiento de la defensa no hay ningún error, ni vencible ni invencible y no está excluida la finalidad defensiva, pese a haber cesado la agresión”.

Y critica a BACIGALUPO, ya que su posición es extensiva de punibilidad en cuanto requiere el error vencible en el art. 35 y en cuanto a que pretende penar acciones que no tienen pena establecida.

A esta opinión se adhiere GIMÉNEZ afirmando que el art. 35 se presta a objeciones, por la excesiva atenuación de la pena, pero “estas objeciones no podemos hacerlas valer dogmáticamente”⁴⁹⁴.

Quedan como alternativas válidas dos respuestas ya vistas: o que es un caso de error, haciendo operar el art. 35 con el 34, inc. 1º del Código Penal, o es un problema de disminución de la antijuridicidad.

Para DONNA, resulta en principio más atractivo, y hasta más lógico, el sistema del error, sobre todo porque este tema todavía no ha sido clarificado en la dogmática. Además, la opinión de BACIGALUPO es más que singular en este aspecto. Sin embargo, le parece demasiado pretenciosa. Sin perjuicio de que algunos casos deban solucionarse dentro del problema de la culpabilidad, o sea con el error de prohibición.

En cuanto al problema de la gradualidad de la antijuridicidad, “parece claro que ésta es la característica del injusto, de la cual depende en mayor o en menor grado, de ahí la intensidad de la relación”.

⁴⁹⁴ Ver DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.93-94.

Afirmando esto, cree el autor que la atenuación se da siempre cuando quien se excedió, estuvo dentro de la justificación. Para que la ley justifique al autor, tiene que haberse encontrado justificado en un momento de su accionar.

De modo que el art. 35 abarca el exceso intensivo, como el extensivo. Sobre este problema es claro JESCHECK cuando afirma: "Si el que se defiende sobrepasa este límite, actúa antijurídicamente (exceso intensivo de la defensa). También actúa antijurídicamente el defensor cuando se defiende pese a que la agresión no es todavía, o no es ya actual (exceso extensivo en la defensa). En el primer caso, el autor se excede en la medida, en el segundo, se excede en los límites temporales de la legítima defensa".

En síntesis, para DONNA, a partir del dolo en el tipo, se encuentran elementos para afirmar que si bien la antijuridicidad es objetiva, el injusto es subjetivo, y por ende la relación con la norma puede en algunos casos ser menor. Es decir, hay menor grado de antijuridicidad, porque el actuar doloso no alcanza, por diversos motivos, la intensidad normal que requiere la ley. Éste y no otro es el fundamento, en nuestro Derecho, de la disminución de pena que el art. 35 del Código Penal trae.

Sin embargo, y esto es decisivo, el sujeto debe haber empezado dentro de lo jurídico y después caer fuera de esos límites. Nos situamos, pues, en aquellos autores que exigen que se comience dentro de lo jurídico y después aparezca el exceso.

Quien en su primer accionar actuaba ya antijurídicamente, no puede excederse, porque nunca su actuar fue jurídico.

Concluye, señalando: "En este terreno tenemos que afirmar que el art. 35 del Código Penal lleva al intérprete a no pocas discusiones. La forma de redacción, sumada al hecho de que no existe por otra parte de los redactores una clara precisión sobre la naturaleza de él, nos lleva a la situación actual de poca claridad. Desde el principio fue nuestra intención situar dogmáticamente el art.

35 del Código Penal dentro de una sistemática que lo hiciera compatible con la teoría del delito. Para ello, hemos demostrado lo siguiente:

El origen del art. 35 del Código Penal está en el Código Penal italiano de 1889. De allí fue sacado por HERRERA, y luego pasó al Proyecto de 1917. La doctrina nacional discute el carácter doloso o culposo, a punto tal que con posterioridad se le da expresamente el carácter culposo en su nueva redacción. Esto nos lleva de entrada a precisar que no es clara su naturaleza, y más aún, que es ella discutible.

Hemos demostrado desde varias posiciones la idea de que el dolo pertenece al tipo penal. En esto hemos fundado nuestra teoría, y le hemos quitado la conciencia de la antijuridicidad.

Aceptado esto, quien se excede, lo hace dolosamente. Creemos que en este punto no hay duda. Opinar lo contrario sería admitir una forma de culpa extraña a la sistemática del Código Penal argentino. Si el que se excede lo hace por negligencia o imprudencia, podrá caer en el art. 35 del Código Penal, pero deberá aclararse cuál fue la negligencia o imprudencia cometida. En los demás casos, quien se excede lo hace voluntariamente, o sea con dolo.

La disminución de la pena es, a nuestro juicio, por una menor relación del sujeto con la norma prohibitiva. Es decir, hay menor antijuridicidad en aquel que se excede”⁴⁹⁵.

Llevado ello al terreno de la responsabilidad civil extracontractual, TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, siguiendo a distinguidos autores tales como ACUÑA ANZORENA, LLAMBIAS, ENNECERUS-NIPPERDEY, DEMOGUE y SAVATIER, concluyen que en el caso de excesos en la legítima defensa (y entendemos que ello vale para el estado de necesidad), el acto de quien se defiende (o actúa en situación de necesidad, agregamos) será ilícito en la medida de tal exceso; por lo cual, el supuesto deberá considerarse como de

⁴⁹⁵ DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. p.95-99.

culpa concurrente, respondiendo el agredido – defensor (o el sujeto que actúa sobre una cosa ajena en el estado de necesidad ofensivo, o bien, quien lo hace para conjurar un peligro que emana de dicha cosa ajena), en proporción a su culpa, la que existirá por lo superfluo o excesivo del acto que repulsa⁴⁹⁶.

6. Los elementos subjetivos de justificación

En 1935, con VON WEBER, se introduce un elemento subjetivo de la justificación con carácter de permanencia. El autor citado, adelanta también el argumento de la “simetría”, que a lo largo de las décadas posteriores será usado una y otra vez⁴⁹⁷.

Cierto grupo de autores creen, todavía, que la cuestión no es susceptible de ser sometida a generalizaciones y que las respuestas, ante cada caso, sólo pueden ser encontradas en la particular configuración de cada justificante. En Alemania, tal tesis es desoladamente minoritaria, pero cuenta con numerosos adeptos en Italia y España⁴⁹⁸.

Hay otros que creen en la eficacia de las causas de justificación frente a una comprobación mera y solamente objetiva de su presencia. Desde el punto de vista del Derecho penal positivo esta tesis viene apoyada, en Italia, por la letra del art. 59 del Cód. Penal de ese país: “las circunstancias que excluyen (o atenúan) la pena se valoran a favor del agente, incluso si no las conoce o por error las considera inexistentes”. Esta tesis que propugna la impunidad se ha sostenido también como reflejo posible del tratamiento que cierto sector del finalismo le ha dado a los casos de error de prohibición “al revés”.

La tesis dominante entiende, bajo el argumento del respeto al modelo de injusto personal, que tanto la fundamentación del ilícito, como su exclusión, obligan a

⁴⁹⁶ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 922-923.

⁴⁹⁷ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 20.

⁴⁹⁸ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 20.

la consideración de los aspectos subjetivos del comportamiento. En el injusto hay un desvalor de acción y un desvalor de resultado, de allí que en el ámbito de la justificación debe haber un valor de resultado y un valor de acción.

Una última posibilidad reside en considerar a estos supuestos como casos asimilables a una tentativa inidónea punible⁴⁹⁹.

En el marco de la búsqueda de un argumento que explique la necesidad de un tipo subjetivo de la justificación como *conditio sine qua non* para su efectiva manifestación como causa de justificación se han desarrollado, por lo menos, dos tesis:

en primer lugar, se ha acudido al argumento *lege lata* en su expresión más gramatical posible: la eventual alusión que las diferentes normas realizan a momentos o instancias subjetivas. El “para eludir una agresión” del párrafo 32 del StGB alemán, o el “en defensa” del art. 34 inc. 7ª del Cód. penal argentino, indicarían para esta tesis la necesaria presencia de un tipo subjetivo de la justificación de que se trate.

Otro intento ha elegido el camino de la búsqueda de la respuesta en los principios fundamentales o generales de la justificación, como por ejemplo, los conocidos conceptos de “ausencia de interés” o “interés preponderante”⁵⁰⁰.

La cuestión de los elementos subjetivos de justificación supone en lo esencial una inversión de la situación del error de tipo permisivo. El sujeto que actúa en error de tipo permisivo se representa una situación justificante que en realidad no se da. En la constelación que aquí se examina se da objetivamente una situación justificante (Por ejemplo, una agresión antijurídica actual) que sin embargo el sujeto no conoce o que al menos no le motiva a su realización del

⁴⁹⁹ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 21.

⁵⁰⁰ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 22.

tipo. Los casos demostrativos se toman la mayoría de las veces del derecho de legítima defensa, pero pueden producirse en todas las causas de justificación⁵⁰¹. Últimamente W. FRISCH ha propuesto una versión mejorada del argumento que apela a la simetría de la relación injusto personal-exclusión del injusto personal. “La razón de la eventual exigencia del mencionado elemento subjetivo de justificación sólo puede radicar en la especificidad de aquello que debe ser anulado por las causas de justificación: el injusto”. Para FRISCH, la presencia de elementos subjetivos de la justificación viene impuesta por la doctrina del injusto personal y el papel trascendente que esta doctrina le asigna al “injusto de acción”. RUSCONI, sostiene que esta frase esconde un golpe de efecto: si la justificación es anulación del ilícito y el ilícito se manifiesta en forma positiva en el ámbito de la tipicidad, entonces la justificación debe ofrecer los espacios sistemáticos para anular “todas” las dimensiones (léase: objetivas y subjetivas) que han servido para expresar la lesión a la norma⁵⁰². Este tipo de razonamiento, señala el autor citado, esconde la sensación de que la tipicidad se explica por una conjunción de “desvalor de resultado” –básicamente expresado en el tipo objetivo – y “desvalor de acto” – básicamente expresado en el tipo subjetivo -, que a la vez estaría exigiendo que las justificantes –cuya función es anular el ilícito típico- manifiesten un “valor de resultado” –básicamente expresado en el tipo objetivo de las justificantes – y un “valor de acción” – básicamente expresado en el tipo subjetivo de la eximente⁵⁰³.

El espacio sistemático para excluir o anular la tipicidad objetiva se encuentra, justamente, en la tipicidad objetiva, algo similar sucede con el dolo: la tipicidad se excluye en la tipicidad, y se nutre desde el espacio normativo del Derecho

⁵⁰¹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.596.

⁵⁰² Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 25.

⁵⁰³ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.25.

penal; la antijuridicidad o justificación, se nutre desde todo el ordenamiento jurídico⁵⁰⁴.

GÜNTHER JAKOBS comienza por enfrentar la cuestión de si es posible separar la situación justificante en sus dimensiones objetiva y subjetiva: “los elementos de las causas de justificación que han de concurrir realmente (objetivamente *ex post*) existen con independencia de que hayan sido conocidos”, es por ello que ubica el problema donde, a su juicio, se debe decidir la cuestión: “a partir de aquí, acerca de la exigencia de elementos subjetivos de justificación sólo se puede decidir con arreglo a las consecuencias”. En relación a la tesis extremadamente exigente en el ámbito subjetivo que requiere para la efectiva manifestación de la justificante no sólo conocimiento de los presupuestos objetivos de la eximente sino también la “intención de defensa”, sostiene en tono crítico que la posición mencionada “tendrá que imputar a título de consumación antijurídica incluso cuando el autor obra en conocimiento de la situación justificante y en expectativa – según esta concepción, obviamente errónea, de la justificación -, pero no motivado por la situación justificante...La imputación de estos resultados como antijurídicos atendería a elementos que no se manifiestan en la realización del comportamiento; a igualdad de representación del autor, cabría eludir la imputación en cualquier momento mediante un cambio en la motivación; la imputación basada en tales elementos exclusivamente subjetivos contradice el principio de hecho. Aisladamente, por ejemplo, en el derecho de corrección resulta prácticamente imposible que se realice un comportamiento en el marco de la autorización sin intención de efectuar la justificación”⁵⁰⁵.

JAKOBS termina no sólo por no tener en cuenta la producción del resultado, sino que tampoco tiene en cuenta que el agente hace algo que es, desde todo

⁵⁰⁴ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.26.

⁵⁰⁵ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.28.

punto de vista, preferible. Ello nunca puede ser un ilícito. Se aspira a que el ilícito represente, atendiendo a la regla del sentido común más que a estructuras lógico-objetivas, alguna desventaja social. Ya para una “construcción social de la realidad”, no sería sencillo explicar que quien salvó una vida a costa de una pequeña lesión a la propiedad, ha “defraudado expectativas”, por más mala conciencia que tenga el autor del hecho⁵⁰⁶.

CLAUS ROXIN se pliega en forma absoluta a la concepción dominante.

Se pregunta ROXIN si depende en alguna medida la justificación de elementos subjetivos⁵⁰⁷.

Una concepción anteriormente dominante, y hoy sólo defendida por SPENDEL, se fija exclusivamente en si la actuación del sujeto está objetivamente amparada por una situación de justificación. Renuncia por lo tanto a cualquier criterio subjetivo. Esta solución es consecuente con una concepción puramente objetiva del injusto, y aun hoy acierta en que no existe legítima defensa contra el sujeto que objetivamente se mantiene dentro del marco de una causa de justificación, pues el mismo produce una situación conforme a Derecho y que por ello no puede ser impedida. Sin embargo, ROXIN sostiene que en cualquier caso, no puede ser conforme a Derecho una conducta que, sobre la base de la representación del sujeto, constituye la realización de un delito. Desde el punto de vista de la concepción del injusto hoy dominante, señala, una conducta sólo puede ser conforme a derecho si desaparecen tanto el desvalor de la acción como el de resultado; y aquí, sin embargo, subsiste al menos el desvalor de la acción en toda su extensión, concluye⁵⁰⁸.

Para la justificación, es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación

⁵⁰⁶ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.31.

⁵⁰⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.596.

⁵⁰⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.597.

justificante. En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho. La conciencia de producir algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por lo tanto el injusto. No es necesario que el sujeto obre además en virtud de la finalidad de la justificación. Quien derriba a golpes al agresor de una forma que se corresponde con el art. 32 StGB⁵⁰⁹ está por tanto justificado, aun cuando no le haya motivado la finalidad de defensa, sino la ira; quien en legítima defensa de terceros correcta lesiona al agresor actúa justificadamente, aun cuando lo que le importe sea no la protección de la víctima, sino el castigo o corrección del agresor; y quien lleva a la víctima gravemente herida desde el lugar del accidente al hospital está amparado por el art. 34 aun cuando no estuviera motivado por la finalidad salvadora, sino por la intención de eludir las pesquisas policiales⁵¹⁰.

VALLE MUÑIZ parte de la comprobación personal de que las opiniones tradicionales (impunidad, tentativa inidónea y consumación) presentan dificultades dudosamente superables y sostiene que “la presencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no puede dejar indiferente al injusto cometido”. Para ello entiende que lo correcto es que la presencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación funcione como elemento de graduación (reducción) del injusto: “Ciertamente, si la explicación de las causas de responsabilidad criminal se fundamenta en la exclusión del injusto o la culpabilidad, su apreciación incompleta podrá permitir la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, en la medida en que se constate una disminución de la intensidad de la desvalorización de la conducta, o del reproche de culpabilidad por el hecho cometido. En conclusión, la falta de un elemento requerido por una causa de justificación permitirá su

⁵⁰⁹ *Legítima defensa. Art. 32. I. El que incurre en un tipo penal en legítima defensa no actuará contra la ley. II. Legítima defensa es la protección requerida para evitar un ataque presente y antijurídico contra uno mismo o contra otra persona.*

⁵¹⁰ Ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.597/598.

apreciación como incompleta, en la medida en que ello disminuye la gravedad del injusto, y sólo en este supuesto”⁵¹¹.

Por su parte, HUERTA TOLCIDO sostiene en su investigación sobre el contenido de la antijuridicidad, la tesis de la tentativa. “...Ello porque , al igual que en la tentativa, se da un desvalor de acción y no ya un valor de resultado, sino una disminución del valor de resultado idéntica a la que es propia de la tentativa..También en la tentativa se da un cierto desvalor de resultado – puesta en peligro de un bien jurídico a través del principio de ejecución de los actos encaminados a lesionarlo, aunque, desde luego, inferior al presente en el delito consumado. Pues bien: también en estos casos se da un “cierto desvalor de resultado” ya que, a pesar de que la lesión del bien jurídico se produzca para salvar otro bien jurídico” (y en este sentido, deba hablarse de un valor de resultado, o lo que es lo mismo, de un resultado no desvalorado jurídicamente) es indudable que no concurre la relación entre el elemento subjetivo y objetivo que exige nuestro Código Penal (la autora se refiere al español) para declarar ausente la antijuridicidad. De suerte que no puede decirse, sin más, que la simple presencia de una situación objetiva de justificación sea asimilable a la ausencia de lesión del bien jurídico propia de la tentativa...Por ello, pienso que la real concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación, si bien disminuye el desvalor de resultado..., no llega a hacerlo desaparecer del todo. Porque, ¿puede verdaderamente decirse que el Derecho valora positivamente estos resultados, estas lesiones de los bienes jurídicos protegidos cuando son fruto de una acción disvaliosa? A mi juicio, no!”, señala la autora⁵¹².

La tesis de la innecesariedad de un tipo subjetivo de la justificación ha sido sostenida en España por CARBONELL MATEU. “La única tesis coherente con la fundamentación material dada a la justificación es la impunidad. En efecto,

⁵¹¹ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc.Bs.As., abril de 2001. p.33.

⁵¹² Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.35.

si es el interés preponderante el que fundamenta la justificación , lo que importará al Derecho es que éste se produzca: toda acción típica que reporte mayor interés que perjuicio al ordenamiento habrá de ser justificada; con independencia de que el agente participe o no de dicho interés; actúe o no con ánimo de hacerlo jurídicamente, conozca o no la situación, haya ponderado bien o mal los intereses, o no lo haya hecho en absoluto; si la acción es beneficiosa, la conducta debe quedar totalmente impune, pues es plenamente conforme a Derecho. Si A, queriendo matar al perro de su enemigo B, por pura venganza, lo hace ignorando que el can estaba rabioso y pretendía morder al hijo del propio A en ese mismo momento, ...ha producido un beneficio y el ordenamiento jurídico no puede castigarle; su conducta es, en mi opinión, impune⁵¹³.

CARLOS SANTIAGO NINO ha sido el representante de la concepción de la antijuridicidad puramente objetiva.

Una conducta no es enantiotética a pesar de que causa un daño, si no puede afirmarse que ella, abstracción hecha de la producción del daño, fue irrazonablemente peligrosa, de acuerdo con las normas que fijan el cuidado que debe ponerse y los riesgos que puedan razonablemente asumirse en distintas actividades...esta evaluación de la conducta es independiente de las actitudes subjetivas del agente. Aunque el agente quiera causar daño, su acción no es enantiotética, y no hay razón para penarlo dentro de un sistema jurídico que se desentienda de la evaluación moral de la personalidad de los individuos, si la acción es objetivamente correcta de acuerdo con las normas del debido cuidado y no produce la clase de riesgo o daño que el Derecho está destinado a precaver". Nuestra Constitución Nacional, en su art. 19, adoptó la posición liberal en esta materia, limitando la interferencia estatal sólo al ámbito de aquellos actos que afectan a la moral pública o inter- subjetiva, es decir, que

⁵¹³ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.38.

lesionan los intereses de terceros. La incorporación de este principio liberal que puede llamarse el principio de la inter-subjetividad del Derecho penal”, como parte de una teoría de la responsabilidad penal tienen notorias implicaciones: no sólo queda descalificada toda norma penal que esté destinada a prevenir formas de autodegradación moral y no el daño a terceros, sino que también queda excluida la valoración del carácter moral y de los propósitos de los individuos, aunque sólo sea como condición necesaria (y no suficiente), para imponer una pena o para graduar ésta.

Esto quiere decir que la única relevancia que pueden tener las actitudes subjetivas del agente, en el marco de un enfoque liberal del Derecho penal, es para la aplicación de un principio de distribución que, como el anteriormente expuesto, es absolutamente independiente de la reprochabilidad del agente...según esta concepción, el objetivo del Derecho penal debe ser prevenir ciertos estados de cosas socialmente perniciosos , con prescindencia de la buena o mala voluntad de los agentes que lo generan⁵¹⁴.

La puesta en crisis de la teoría clásica de la justificación de exigencias objetivas y subjetivas tiene que ocuparse ahora, de definir qué sucede con el autor que cree que actúa justificadamente, pero los presupuestos objetivos de una causa de justificación sí prevista por el ordenamiento penal no concurren⁵¹⁵.

SANCINETTI ha señalado que “lo que sí es decisivo para una teoría del ilícito que quiera llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina del “injusto personal”, es la explicación de cualquier tipo permisivo sólo por la concurrencia de la voluntad de realización del valor de salvamento. Más brevemente, así como el ilícito se fundamenta exclusivamente por el desvalor de acción, así

⁵¹⁴ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.40.

⁵¹⁵ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.43.

también su exclusión depende, únicamente, del valor de acción: el llamado “dolo de justificación”⁵¹⁶.

Esta tesis ha sido influenciada por ZIELINSKI, que sostiene que “el precepto permisivo se refiere sólo a acciones que están orientadas a la defensa, salvación o conservación de un objeto de bien jurídico, y se refiere a ellas sólo en la medida en que muestran esa finalidad. De aquí que no se sigue sólo que el resultado de salvación...no sea parte integrante de la acción permitida y que no pueda tener así ninguna influencia sobre la permisión, sino que, más allá de ello, las circunstancias fácticas de la situación a partir de la cual es proyectada y realizada la acción (total) no tienen por ello, en principio, significación para la pregunta de si existe una acción de defensa o de salvamento correspondiente al tipo del precepto permisivo. Que el autor realice un acto de defensa o de salvamento, únicamente lo decide – como en toda acción- la intención de acción determinada por él⁵¹⁷.

7. Causas de justificación y causas de inculpabilidad

La doctrina española acepta con carácter unánime la distinción entre causas de justificación y causas de inculpabilidad. Entre las causas de inculpabilidad las que comportan más dificultades de clasificación (y en consecuencia de distinción) son las excusas. ANTON ONECA sostenía que las causas de inimputabilidad pueden identificarse claramente al estar referidas al autor, las excusas, tradicionalmente el estado de necesidad en que se causan males equivalentes y el miedo insuperable, las que plantean una mayor dificultad, al estar referidas a un comportamiento realizado en una situación excepcional en la cual se presume que todas las personas actuarían de igual modo. La dogmática penal española ha considerado que, en general, en tanto las causas

⁵¹⁶ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.44

⁵¹⁷ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.45.

de justificación eliminan el carácter delictivo del acto, las excusas eliminan el juicio de culpabilidad que recae sobre el autor. Ello, presupone demostrar que los comportamientos amparados en una excusa son injustos, pues, si no, huelga toda referencia a la culpabilidad del autor⁵¹⁸.

La distinción entre unas y otras permite determinar qué comportamientos estamos dispuestos a autorizar y cuáles suponen una infracción de la norma que sólo excepcionalmente se excusan, no sólo como pautas de conducta, sino como muestra de las valoraciones presentes en las sociedades actuales. En este sentido, se alude a la función preventiva de la antijuridicidad⁵¹⁹.

También permite determinar las consecuencias que se asignan a cada una de ellas. Las causas de justificación, a diferencia de las excusas, producen los siguientes efectos: a) eliminan toda consecuencia jurídica; b) impiden la imposición de una medida de seguridad; c) impiden la legítima defensa frente a un comportamiento justificado; d) la participación es impune⁵²⁰.

LARRAURI ha señalado los criterios de identificación de las causas de justificación, que permiten vislumbrar la existencia de cuatro principios:

Una causa de justificación proviene de y produce efectos en todo el ordenamiento jurídico.

Tradicionalmente se ha afirmado que la categoría de la antijuridicidad cumple una función unificadora en la teoría del delito. Esta tarea radica en que una vez afirmado que existe un comportamiento típico, deberá comprobarse que este comportamiento típico no se “neutraliza” con algún permiso que autorice la lesión del bien jurídico. A partir de allí, se afirma que las causas de justificación pueden provenir de cualquier sector del ordenamiento y obedecen a principios generales, ya que, es opinión también mayoritaria, que dichas causas no sólo

⁵¹⁸ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.50.

⁵¹⁹ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.51.

⁵²⁰ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.51.

proviene del Derecho penal, sino que pueden provenir de un derecho o deber que se reconoce entre sectores del ordenamiento jurídico.

De tal función unificadora, se deduce en la doctrina española que una vez constatado que un comportamiento está amparado por una causa de justificación, esta declaración produce efectos para todos los sectores del ordenamiento jurídico. Se infiere, a partir de allí, que un comportamiento amparado por una causa de justificación no sólo excluye la pena, sino toda consecuencia jurídica.

Una causa de justificación se afirma cuando el comportamiento, a pesar de lesionar un bien jurídico, salva un interés prevalente.

LARRAURI sostiene que en la discusión acerca del fundamento de las causas de justificación aun se deja sentir la influencia de la explicación proporcionada de MEZGER, de que, en definitiva, todas las causas de justificación pueden reconducirse a dos fundamentaciones: O bien el comportamiento está permitido porque no existe un interés de su titular en protegerlo (consentimiento en la lesión) , o bien el comportamiento está permitido porque salva un interés mayor del que lesiona (interés prevalente). Desplazado el primer supuesto de la tipicidad en el sentido de entenderse que, si hay consentimiento, ya no se produce una perturbación penalmente relevante del bien jurídico (acción típica), ha quedado como afirmación común que las causas de justificación son aquellas situaciones en las que el legislador estima preferente permitir la lesión del bien jurídico, esto es, se autoriza la lesión de un bien para salvar un interés prevalente de mayor valor. Advirtiéndose que este interés prevalente no se reduce a la mera comparación de los bienes jurídicos afectados (principio de proporcionalidad) , sino que abarca el contexto en el cual se produce –la necesidad de protección del bien, la inmediatez del peligro, el consentimiento de la persona afectada, las funciones preventivas del Derecho Penal, etc.- (principio de ponderación). En síntesis, concluye la autora española, para quienes sostienen que una causa de justificación se afirma cuando el

comportamiento –a pesar de lesionar un bien jurídico – salva un interés prevalente, dicha conducta está amparada en una causa de justificación⁵²¹.

3. *Una causa de justificación reconoce un derecho de actuar.*

A diferencia de otras causas de exclusión de la pena se considera que las causas de justificación no sólo eximen de la pena, sino que afectan a la propia valoración del hecho. El reconocimiento de una causa de justificación comporta que el hecho deja de estar prohibido, ya por ser una excepción a la norma o por conllevar el levantamiento de la prohibición, y se permite su realización en las mismas circunstancias con carácter general.

Una consecuencia de la exigencia de que el comportamiento justificado sea positivamente valorado es la negativa a considerar suficiente para declarar un comportamiento justificado el que éste no realice un daño mayor, o el que no provoque consecuencias sociales desvaliosas.

De este juicio de aprobación se acostumbra a extraer la consecuencia ulterior de que el comportamiento justificado no se limita a negar una prohibición, sino que además reconoce un derecho de actuar. De este modo un comportamiento justificado es aquella conducta que tiene el deber o el derecho a realizar. De allí que, el ámbito de lo permitido en el Derecho penal se compone exclusivamente de derechos y deberes. Todos los permisos conllevan a un derecho o un deber de actuar, agotando en ellos el contenido de la justificación. Para esta postura, según LARRAURI, una causa de justificación es un juicio de aprobación que se emite cuando existe un deber o un derecho de lesionar un bien jurídico⁵²².

4. *Una causa de justificación genera una correlativa obligación de tolerar.*

⁵²¹ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.56.

⁵²² Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.58.

La obligación de tolerar se afirma no sólo como una consecuencia de declarar un comportamiento justificado, sino que también se utiliza como criterio de identificación para comprobar la existencia de una causa de justificación⁵²³.

Ello se determina, más o menos imprecisamente, según HIRSCH. “prueba de la legítima defensa”. En consecuencia, una forma de mostrar, si el comportamiento está amparado o no por una causa de justificación es realizar la “prueba de la legítima defensa”. Si la persona afectada tiene un deber de tolerar ello muestra que el comportamiento del autor está justificado. Esto es, si el comportamiento de A está amparado en una causa de justificación, B tiene la obligación de tolerar ese comportamiento. Y para saber si el comportamiento de A está justificado se analiza si B dispone de legítima defensa (“prueba de la legítima defensa”).

Por el contrario, las excusas acostumbran a ser caracterizadas por unas notas comunes que aparecen como una contraposición a las expuestas para las causas de justificación: a) no eliminan toda consecuencia jurídica. Debido a que el comportamiento no es conforme a Derecho puede subsistir la responsabilidad civil derivada del delito; b) un comportamiento excusado es aquel respecto del cual no puede afirmarse que salva un interés prevalente, esto es, produce el mismo o mayor daño que el evitado; c) un comportamiento excusado no elimina el carácter delictivo del acto, no autoriza su realización con carácter general, sino que sólo elimina la culpabilidad del autor, debido a la excepcionalidad de la situación en que ello sucede; d) una excusa genera un derecho de impedir el comportamiento excusado, debido a que éste no está autorizado y la persona no tiene un derecho a realizarlo. Cualquiera puede ejercer legítima defensa frente a un comportamiento excusado⁵²⁴.

⁵²³ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. DMadrid, 1997. p.59.

⁵²⁴ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.60.

Señala LARRAURI, que el intento de caracterizar las causas de justificación (a diferencia de las excusas) con expresiones como “proviene del ordenamiento jurídico”, son “previas” al Derecho penal, están “reguladas de idéntica forma en todos los sectores del ordenamiento jurídico”, o “responden a principios jurídicos generales”, es tan problemático como el intento de caracterizar las causas de justificación por el hecho de producir efectos en todo el ordenamiento jurídico⁵²⁵.

Estas afirmaciones son sólo parciales en un contexto general: permiten explicar aquellas causas de justificación basadas en la existencia de un permiso proveniente del ordenamiento jurídico. Son, sin embargo, autorizaciones conferidas por el legislador y en consecuencia no sólo “proviene de” sino que también son creadas por el Derecho penal. BACIGALUPO, en tal sentido, sostiene que no hay fundamentos indubitables para proceder a una separación, y que quizás deba afrontarse la discusión basándose en otro problema, cual es las consecuencias que se vinculan con cada categoría conceptual.

En opinión de LARRAURI, es correcto afirmar que las causas de justificación marcan el ámbito de los comportamientos autorizados, que éstas tienen como función delimitar “lo justo de lo injusto”, que representan “el deber ser” frente al “poder” propio de la culpabilidad, pero de ello no se deriva, que eliminen toda consecuencia jurídica o que deban tener un paralelo derecho o deber en otros sectores del ordenamiento⁵²⁶.

Otro criterio frecuentemente utilizado es el de entender que las causas de justificación se distinguen de las excusas, por cuanto el comportamiento justificado está autorizado por cuanto salva un interés prevalente. COBO VIVES se han manifestado en este sentido, con fundamento en una “ponderación de intereses/salvación de un interés prevalente”.

⁵²⁵ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.72.

⁵²⁶ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.74.

El significado de esa expresión, parece ofrecerla ROXIN, quien después de reafirmar que a través de las causas de justificación se busca una “regulación socialmente correcta de conflicto de intereses”, donde de lo que se trata es de compaginar la necesidad social de una conducta con la libertad individual. Así, pareciera claro que el fundamento de la autorización no es el “interés prevalente”, pues este no explica por qué se justifica (y no sólo se exime de pena) la intromisión en la esfera de derechos de un tercero para salvar bienes propios, sino que el fundamento de la justificación se basa en la procedencia de atender a las consecuencias sociales para declarar un comportamiento autorizado, esto es, en el utilitarismo.

En definitiva, sostiene LARRAURI, cuando se afirma que la salvación de un interés prevalente es el fundamento de las causas de justificación lo que parece indicarse es que un criterio válido para justificar un comportamiento es atender a las consecuencias sociales del mismo; de acuerdo con ello, un comportamiento justificado es aquel que comporta una mayor utilidad social⁵²⁷.

El ámbito del comportamiento a excusar es aquel en el cual se causa un daño mayor. Para ello, se recurrirá a diferentes fundamentos tales como dificultad en la motivación, inexigibilidad, etc. Por el contrario, los eximentes que contengan un límite normativo “mal menor o igual”, o los comportamientos que no han ocasionado un daño mayor del evitado, o aquellas conductas que no sean socialmente desvaliosas, debieran tener la consideración de comportamientos autorizados⁵²⁸.

Un tercer criterio de diferenciación entre las causas de justificación y las excusas, es aquel que sostiene que las primeras implican un juicio de aprobación del comportamiento de acuerdo al ordenamiento jurídico. Con esta aseveración se pretende expresar que no es suficiente para declarar un

⁵²⁷ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.84.

⁵²⁸ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.90

comportamiento justificado que éste no ocasione un daño mayor, sino que además que el comportamiento sea positivamente valorado. Tal superávit, sostiene SUAREZ MONTES, proviene de la protección de un interés de rango superior, de modo que sea beneficioso y positivo para la comunidad el ejercicio de las causas de justificación y es bueno fomentarlas⁵²⁹.

La discusión de si la antijuridicidad expresa un juicio de autorización o un juicio de aprobación podría constituir sólo una simple polémica terminológica. Sin embargo es posible observar que los autores que se manifiestan partidarios de concebir la antijuridicidad como un juicio de autorización, al admitir que no todas las causas de justificación son objeto de valoración positiva, generalmente amplían el ámbito de comportamientos permitidos. Por el contrario, los autores que exigen un juicio de aprobación acostumbran a restringir el ámbito de lo permitido a los comportamientos positivamente valorados. La consecuencia más inmediata de ellos es que algunas eximentes dejan de ser consideradas causas de justificación y reciben el trato de excusas, siendo uno de los ejemplos más claros, si bien no el único, el de la discusión que se produce con el estado de necesidad de bienes iguales.

Representativo del primer modo de pensar es GIMBERNAT, que distingue entre causas de justificación que conceden un juicio de aprobación (resultado positivamente valorado) y otras en las que es suficiente con que se produzca un juicio de indiferencia (resultado no desaprobado). También la distinción propuesta por LUZÓN, entre causas de justificación que eliminan el desvalor de resultado o sólo el desvalor del acto, niega que todas las causas de justificación requieran de un juicio de aprobación o valoración positiva⁵³⁰.

Representativo de la segunda postura es CEREZO, quien sostiene que en la antijuridicidad debe producirse un juicio de valoración positiva. Ello, es debido

⁵²⁹ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.95

⁵³⁰ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.96.

a que la realización del tipo penal ocasiona un desvalor, que sólo puede ser compensado por un juicio positivo. También COBO VIVES rechazan “la distinción entre causas de justificación (que otorgan un derecho) y simples causas de exclusión de la antijuridicidad (que se limitan a excluir una prohibición). La antijuridicidad penalmente relevante sólo puede negarse si la acción no realiza el tipo de injusto (atipicidad) o si la valoración negativa, implícita en la valoración del tipo, queda contrarestanda por otra preponderante (justificación). La “neutralidad jurídico-penal sólo existe fuera de la línea de demarcación representada por el tipo: pero, una vez realizado éste, puede afirmarse que, o se tiene derecho a realizar la acción típica (y entonces queda excluida la antijuridicidad porque la conducta se halla justificada), o no se tiene (y entonces el problema ya no es de antijuridicidad sino de reprochabilidad”⁵³¹.

En opinión de LARRAURI, es difícil afirmar que las eximentes, tratadas por la doctrina como causas de justificación, amparan siempre comportamientos aprobados o comportamientos que el Estado tiene interés en fomentar, en función de dos razones: A) lo habitual es que las causas de justificación (como reglas de resolución de conflictos sociales), amparen comportamientos dirigidos a salvar un bien jurídico mediante la lesión de otro. No se entiende las razones por las que el Estado, en supuestos de estado de necesidad, tiene interés en fomentar que el particular traslade sus riesgos a un tercero, aunque sí puede entenderse las razones por las que decide autorizar ese comportamiento. B) Entiende que no es función del Derecho penal emitir un juicio de aprobación. La concesión de una causa de justificación no implica que este comportamiento sea positivamente valorado⁵³².

De todo ello, se desprende que parece excesiva la afirmación de SUAREZ MONTES en el sentido de que en la antijuridicidad se recogen aquellos

⁵³¹ HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.97.

⁵³² Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.99.

comportamientos que el Estado tiene interés en fomentar, y parece más adecuado reconocer que un comportamiento está justificado cuando no es socialmente desvalioso o cuando no ocasiona un daño mayor, sin que ello implique necesariamente que está positivamente valorado por el derecho⁵³³.

MAURACH señala que no puede, sin embargo, trazarse esa discriminación dentro del ámbito de la valoración del acto por el Derecho; en este punto debe, por el contrario, pronunciarse una clara decisión a favor o en contra. Por este motivo, resulta inadmisibles la distinción entre causas de justificación (más fuertes) y simples causas de exclusión del injusto (más débiles). Únicamente deben reconocerse causas de justificación que confieren al autor un propio derecho de necesidad en virtud de la expresa aprobación del obrar típico por el ordenamiento jurídico. De ello se deduce que aparecen varios aspectos entrelazados: a) con las causas de justificación el Derecho pronuncia una clara decisión a favor, autoriza este comportamiento; b) un aspecto ulterior es si el reconocimiento de una causa de justificación confiere siempre un derecho de actuar o si puede admitirse la existencia de causas de justificación que reconozcan sólo una facultad de actuar⁵³⁴.

El Derecho puede tener, como acepción, el de “derecho” subjetivo, cuyo correlato consiste en el “deber”. Pero también puede tener como significado el de “facultad” (*privilege*), cuyo correlato es el no-derecho (no tener el deber de hacer lo contrario). De tal modo que si A tiene el privilegio de entrar en una finca, B no tiene el derecho de que A se abstenga de entrar (tiene un no-derecho). Podrá observarse, entonces, que una de las diferencias entre el derecho entendido en sentido estricto y el derecho entendido como facultad de

⁵³³ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.100.

⁵³⁴ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.95

actuación consiste en que, mientras del primero surge una obligación de tolerar, éste no surge del segundo⁵³⁵.

De lo que LARRAURI deduce que es posible diferenciar las causas de justificación que reconocen un derecho de aquellas que reconocen una facultad. De lo que se infiere que no todas las causas de justificación generan una obligación de tolerar⁵³⁶.

De todo lo expuesto, LARRAURI arriba a las siguientes conclusiones:

La declaración o eliminación del injusto por la presencia de una causa de justificación no elimina toda consecuencia jurídica. La razón de ello obedece a que, aun cuando el objeto de valoración y la pretensión sean idénticos, el fundamento de la pena, la sanción y responsabilidad civil no necesariamente lo son. El juez penal, al negar la existencia del delito, no examina el resto de los presupuestos previstos para declarar una obligación de indemnizar en el Código Civil (responsabilidad extracontractual) o en la leyes administrativas (responsabilidad objetiva);

El criterio de “salvación de un interés prevalente” sólo es fundamento de las causas de justificación para aquellos que admitan la procedencia de atender a las consecuencias sociales para declarar un comportamiento autorizado. En atención a esta fundamentación utilitarista, un comportamiento que lesione exactamente lo mismo que salva, es un comportamiento autorizado, al no poder establecerse un curso de acción preferente sobre la base del cálculo de utilidad. Todas las causas de justificación no tienen un fundamento en las consecuencias sociales del comportamiento, o, en otros términos las razones por las cuales se decide autorizar un comportamiento depende de la existencia de unos principios justificantes que deben ser objeto de mayor discusión;

⁵³⁵ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. DMadrid, 1997. p103.

⁵³⁶ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p.106.

La antijuridicidad expresa un juicio de autorización, sin que sea necesario un juicio de aprobación. No es función del Derecho penal aprobar una conducta, sino sólo manifestar que el mal ocasionado por el comportamiento justificado no es presupuesto de intervención penal. La admisión de causas de justificación que reconocen una facultad de actuar permite explicar por qué, frente a un comportamiento justificado no surge siempre una correlativa obligación de tolerar.

Una causa de justificación puede ocasionar un mal que la víctima no tiene obligación de tolerar, por no estar positivamente valorado por el ordenamiento jurídico. En esos casos, debe reconocerse a la víctima la posibilidad de defender sus bienes jurídicos por medio del estado de necesidad. En consecuencia, un comportamiento justificado no siempre genera una correlativa obligación de tolerar. Se trata de dos valoraciones distintas: desde la perspectiva del autor considerar si su acto es injusto o justificado; desde la perspectiva de la víctima decidir si ésta tiene o no obligación de tolerar⁵³⁷.

MIR PUIG señala que un Estado social y democrático de Derecho debe intentar evitar, mediante su prohibición, todos los hechos especialmente indeseables: los hechos penalmente antijurídicos.

Pero, agrega, el Derecho penal no puede castigar a quienes realizan estos hechos sin culpabilidad. De allí que la cuestión de si concurre o no culpabilidad se plantea precisamente una vez que se ha comprobado que existe antijuridicidad.

Se pregunta, ¿qué significa que falte la culpabilidad?, ¿por qué, un hecho que sigue siendo igualmente indeseable para el Derecho penal no puede ser castigado por falta de culpabilidad?

El autor en análisis admite la existencia de varias teorías al respecto, y afirma que “falta la culpabilidad cuando pese a haberse producido un hecho

⁵³⁷ Ver HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p119.

antijurídico, en sí mismo indeseable, no cabe culpar a su autor, por haberlo realizado en determinadas condiciones psíquicas”.

Estas condiciones psíquicas que excluyen la culpabilidad pueden estar determinadas por: a) factores individuales (enfermedad mental, oligofrenia, etc., conforme el art. 8.1. del Código Penal español); b) situacionales (miedo insuperable de un mal igual o mayor, art. 8.10 del mismo Código); c) una zona intermedia, donde se encuentra, por ejemplo, el trastorno mental transitorio (art. 8.1. del mismo Código).

Por cuanto las diferencias nunca son tajantes, prefiere hablar de “factores predominantemente individuales o situacionales”.

Las condiciones psíquicas descritas poseen un denominador común: son distintas de las del hombre común normal.

A partir de allí, deduce que un Estado social y democrático de Derecho debe entender la culpabilidad a partir de la función motivadora de la norma.

Distintas posturas han buscado fundamentar la culpabilidad: a) la doctrina de la libertad de voluntad, que considera como presupuesto fundamental de la responsabilidad “el poder actuar de otro modo”. Para MIR PUIG, el principio de culpabilidad no puede fundarse en la metafísica posibilidad de “actuar de otro modo”; b) la idea de la necesidad de la pena, que busca el fundamento de la responsabilidad en la necesidad de la pena, que existe ante los sujetos normales, pero acaso deje de concurrir respecto de quien tradicionalmente se encuentran incluidos entre las causas de exclusión; c) la de la normalidad de la motivación como fundamento de la culpabilidad. Sostiene que el inculpable es en realidad un sujeto no motivable mediante normas.

MIR PUIG diferencia además las causas que excluyen la culpabilidad de otras circunstancias que ya impiden la presencia de la antijuridicidad. Entiende que si la antijuridicidad es el ámbito de los hechos que el Derecho puede desear prevenir, la culpabilidad es la esfera en que se comprueba si el hecho injusto

cometido puede atribuirse a su autor en condiciones psíquicas de motivabilidad normal.

En un Estado social y democrático de Derecho en el cual la prohibición persigue evitar un hecho mediante la motivación, no tendrá sentido prohibir un hecho que no puede intentarse evitar mediante la motivación. Desaparecida la posibilidad de desvalorar el hecho como algo que el Derecho puede desear evitar en orden a la prevención, tal hecho no puede ya prohibirse ni reputarse, por tanto, como un hecho antijurídico.

Sentencia que la antijuridicidad se concibe como una norma motivadora. Que la capacidad del sujeto de ser motivado por la norma constituye una condición del injusto, y por tanto, debe incluirse entre los elementos del hecho antijurídico.

Sintetiza, señalando que en el injusto se seleccionan aquellos comportamientos humanos que el Derecho penal desea evitar y a cuya evitación es posible motivar de algún modo.

Todos estos hechos deben considerarse prohibidos en un Derecho penal preventivo. La culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal. Sólo cuando tal posibilidad de motivación normal concurra será el autor "culpable" y tendrá sentido realizar la amenaza penal en su persona. La ausencia de tal normalidad no impide seguir desvalorando el hecho como antijurídico porque no supone una imposibilidad absoluta de motivar a la evitación del hecho, sino que sólo excluye la normalidad del proceso de motivación en que tiene lugar. Si no fuere así, si la falta de culpabilidad obedeciera a la total imposibilidad de acceso a la motivación normativa, no sería posible, seguramente, distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad⁵³⁸.

⁵³⁸ Ver MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2ª. ed. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. 1982. p. 89-108.

GIMBERNAT ORDEIG parte de un criterio próximo cuando afirma que las causas de justificación eximen porque el Derecho “no quiere” castigar, a pesar de que podría, mientras que cuando falta la culpabilidad, el Derecho “no puede” recurrir a la pena. Pero en rigor, toda exención de pena tiene lugar porque el Derecho “quiere”, esto es, supone una elección valorativa de política criminal⁵³⁹

Conclusiones parciales

De lo expuesto en el presente Capítulo, se pueden extraer las siguientes conclusiones parciales:

Se corrobora que la característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica. De la función unificadora de la antijuridicidad se extrae una consecuencia ulterior para las causas de justificación. Una vez constatado que un comportamiento típico está amparado por una causa de justificación, esta declaración produce sus efectos para y todos los sectores del ordenamiento jurídico, pues proviene de él. Ello, por aplicación del principio de unidad de dicho ordenamiento. En esa inteligencia, conforme a los argumentos aquí expuestos, que el legislador civil no haya previsto una relación específica de causas de justificación aplicables a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, no es óbice para estimar su validez y eficacia de acuerdo con los principios informadores del ordenamiento jurídico en su conjunto, aplicando la vía de la analogía. Si un actuar o un resultado en el ámbito del Derecho penal o un daño en el caso de la responsabilidad civil no es antijurídico, es conforme a Derecho, o lo que es lo mismo, es jurídicamente permitido. Entonces, el resultado dañoso o lesivo de derechos e intereses legítimos devenido a consecuencia de una causa de justificación no es lesión

⁵³⁹ Ver MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª. ed. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. 1982. p. 90 (nota al pie).

de derechos subjetivos, ni de intereses legítimos, ni de bienes jurídicamente protegidos, pues estos derechos, intereses y bienes han perdido la protección que el Derecho les otorgaba. Ha desaparecido el “desvalor de resultado”, en la concepción de la dogmática penal. Este desvalor de resultado, producto de la trasgresión del vínculo jurídico que el daño ilícito requiere se ha verificado, pero al concurrir una causa de justificación, se ha eliminado. De allí que la obligación resarcitoria, - efecto principal de la responsabilidad civil extracontractual - , no surja para el agente. A *contrario sensu*, contra un hecho justificado no es posible causa de justificación, pues ésta supondría una agresión antijurídica.

Corroborada dicha eficacia general, queda contrastado que un comportamiento amparado por una causa de justificación no sólo excluye la pena en el ámbito del Derecho penal, sino toda consecuencia jurídica en todos los ámbitos del Derecho. En igual sentido, en el sector del Derecho civil, una causa de justificación excluye el deber de resarcir. Esto es, si una circunstancia es susceptible de justificar la comisión de un tipo penal, puede eliminar la antijuridicidad de un daño meramente civil. Ello, no obsta a que por determinación de la propia ley que las contempla, se imponga una compensación pecuniaria o indemnización pese a que se esté en presencia de un daño justo.

Queda corroborado que los principios de la dogmática penal son útiles para su aplicación en la esfera civil, a falta de disposiciones específicas. La tesis dominante entiende, bajo el argumento del respeto al modelo de injusto personal, que tanto la fundamentación del ilícito, como su exclusión, obligan a la consideración de los aspectos subjetivos del comportamiento. En el injusto penal hay un desvalor de acción y un desvalor de resultado, de allí que en el ámbito de la justificación debe haber un valor de acción y un valor de resultado. Para la justificación, es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente

en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante.

Queda contrastado que en el ámbito del Derecho penal, no se ha logrado hasta ahora una sistematización fructífera de las causas de justificación. En menor medida puede lograrse en la parcela del Derecho Civil, cuando ésta requiere abreviar en las fuentes de la primera por no contar siempre con disposiciones específicas. Tal sistematización resulta de imposible formulación ya que con cada modificación del ordenamiento penal o civil, se crea o se suprimen causas de justificación; en el mismo sentido, las cambiantes valoraciones sociales, la generalidad de sus concepciones y la trascendencia a los límites de la competencia del legislador son factores que impiden una enumeración taxativa de ellas, cualquiera sea el ámbito del Derecho de que se trate. De ello se infiere la imposibilidad de reconducir sus principios hacia un denominador común.

Se comprueba que deben distinguirse las causas de justificación de las de exculpación. La primera obra sobre la órbita de la antijuridicidad, la segunda, sobre la culpabilidad. En dogmática penal, las causas de justificación eliminan el carácter delictivo del acto, las excusas eliminan el juicio de culpabilidad que recae sobre el autor. Ello, presupone demostrar que los comportamientos amparados en una excusa son injustos, pues, si no, huelga toda referencia a la culpabilidad del autor. Las causas de justificación, en cambio, son aquellas situaciones en las que el legislador prefiere autorizar la lesión del bien jurídico para salvar un interés prevalente de mayor valor. Por el contrario, las excusas suelen ser caracterizadas por denominadores comunes que aparecen como una contraposición a las expuestas para las causas de justificación, pues no eliminan toda consecuencia jurídica pudiendo subsistir la responsabilidad civil derivada del delito. Un comportamiento excusado no salva un interés prevalente, produce el mismo o mayor daño que el evitado. No elimina el carácter delictivo del acto, ni autoriza su realización con carácter general, sino que sólo elimina la culpabilidad del autor, debido a la excepcionalidad de la

situación en que ello sucede, siendo aplicable, habitualmente a supuestos de estado de necesidad de bienes iguales. Estos principios son igualmente aplicables a la parcela de la responsabilidad extracontractual del Derecho Civil: las causas de justificación actúan sobre el presupuesto de la antijuridicidad, en tanto las de exclusión de la culpabilidad lo hacen sobre la conducta del agente.

CAPITULO IV

LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La finalidad del presente capítulo consiste en determinar si las normas de la legítima defensa, como causa de justificación del Derecho penal, pueden aplicarse a la responsabilidad civil extracontractual.

Su hipótesis orientadora sostiene que la legítima defensa, como causa de justificación del Derecho penal, constituye una causa de justificación de la responsabilidad civil extracontractual.

El presente Capítulo trata, en su primera parte sobre “Antecedentes. Concepto”; en su segunda parte, sobre “Los fundamentos de la legítima defensa”; en su tercera parte, sobre “Derechos tutelados por la legítima defensa”; en su cuarta parte, sobre “Requisitos para la configuración de la legítima defensa”; en su quinta parte, sobre “La legítima defensa en el Derecho Civil”, arribando a conclusiones parciales.

Las técnicas de investigación y validación consistieron en el análisis bibliográfico, de contenidos y documental y el análisis lógico.

1. Antecedentes. Concepto

Las causas de justificación son tan numerosas y proceden de campos del Derecho tan diversos que en una exposición de las teorías generales del Derecho Penal es totalmente imposible tratarlas todas, tal como se adelantara en el Capítulo III.

Además, una discusión que pretendiera ser completa sería inadecuada: pues aunque sólo se quisiera explicar de modo completo las facultades coactivas en materia de ejecución forzosa y procesal penal, habría que escribir medio manual

de esas ramas del Derecho, que en su sustancia material no pertenecen al Derecho penal, sino que sólo se introducen en este campo por sus efectos⁵⁴⁰.

MEZGER ha desarrollado un sistema dualista de causas de justificación. Conforme a ello, la justificación debe obedecer en la mayoría de los casos al principio del interés preponderante, pero en el consentimiento, al de ausencia de interés.: “una justificación según el principio de ausencia de interés permite de ese modo que la voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo decaiga en el caso concreto”⁵⁴¹.

La doctrina española acepta con carácter unánime la distinción entre causas de justificación y causas de inculpabilidad. Entre las causas de inculpabilidad las que comportan más dificultades de clasificación (y en consecuencia, de distinción) son las excusas (basado en la inexigibilidad, anormal motivación, imposibilidad de motivación, etc.).

De lo expuesto, se infiere que un estudio de las causas de justificación que incluya a todas las conocidas resultaría de imposible realización.

A los fines de nuestra investigación, hemos elegido dos de ellas: la legítima defensa y el estado de necesidad, por ser “las más difíciles y más importantes en la práctica”, en palabras de ROXIN⁵⁴², además de encontrarse tratadas en el art. 34 del Código penal argentino, único cuerpo legal patrio que se refiere concretamente a ellas.

La norma precedentemente señalada, reza en lo referido al tema en análisis: “*No son punibles: ...6º. 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*

⁵⁴⁰ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tº I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.604.

⁵⁴¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tº I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.521.

⁵⁴² Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tº I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.604.

parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; 7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

En el Derecho Privado, la institución de la legítima defensa tiene sus primeras formulaciones en el más antiguo *ius civile*. En el Derecho romano la exención de responsabilidad por el resultado lesivo sólo tiene lugar si el causante del daño hubiese actuado repeliendo una agresión física iniciada por el lesionado, de acuerdo con los principios *vim vi repellere liceo id que ius natura comparatur* (ULPIANO) y *adversus periculum ratio permitit se defendere* (GAYO)⁵⁴³: “También queda libre de responsabilidad quien causa el daño en legítima defensa (regla *vim vi repellere liceo* (D, 43, 16.I.27) o en estado de necesidad...”.

En el Derecho español, existen manifestaciones concretas de la legítima defensa en la Carta Magna leonesa, otorgada en el año 1188, en el Fuero Juzgo, en Las Partidas (Partida VII, Ley XIV) y en otros instrumentos normativos medievales que confirman la recepción de la Institución⁵⁴⁴.

La Carolina de 1532 sólo concede en su art. 140 un derecho a la legítima defensa contra las agresiones con armas a la vida o a la integridad, y ello sólo si no había posibilidad de esquivar. La ciencia del Derecho penal poco a poco fue extendiendo la legítima defensa a la defensa de otros bienes jurídicos, pero autorizándola sólo dentro del marco de la proporcionalidad. Sólo en la época de la ilustración se impuso la admisibilidad de la legítima defensa frente a todas

⁵⁴³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 344. BARRAGAN MATAMOROS, Luis. La Legítima defensa actual. Ed. Bosch. Barcelona. 1987. p. 27.

⁵⁴⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 344.

las agresiones antijurídicas. El Derecho general del territorio prusiano (1794) permitió la legítima defensa de cosas, que sin embargo por regla general no podía llegar hasta matar al agresor y que además sólo era admisible si no se podía lograr la ayuda de la autoridad. El StGB bávaro de 1813 mantuvo la subsidiariedad de la legítima defensa, pero no requería proporcionalidad entre el daño irrogado y el evitado⁵⁴⁵.

Con la Codificación, la legítima defensa pasa a tener lugar dentro de la normativa de la mayor parte de los Códigos penales promulgados a lo largo del siglo XIX. Así, el *Code Penal* de 1810 contempla la institución, si bien exclusivamente con relación al homicidio – art. 328-. Siguiendo este modelo, el Código Penal español de 1822 la legítima defensa se perfila no como una exigente general, sino aplicable tan sólo al homicidio, heridas o malos tratos de obra. La amplitud de los bienes defendibles que se establece en los Códigos penales a partir de la de 1848, se ve alterada en el de 1928, cuyo artículo 58 los restringe a la persona, honra, bienes y morada. El Código Penal vigente contempla la legítima defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, como causa de exclusión de la antijuridicidad con carácter general – art. 20.4 del CP-⁵⁴⁶. Asimismo, El vigente StGB austríaco circunscribe la legítima defensa al amparo de la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad y el patrimonio, excluyendo la legítima defensa si el interés de autoprotección es escaso en comparación con la gravedad del perjuicio del agresor (art. 3. I, 1 y 2). El StGB suizo recoge en su art. 3, 1 la idea de proporcionalidad, indicando que la agresión debe repelerse “de forma adecuada a las circunstancias”.

Es con la Escuela iusnaturalista y la Filosofía del siglo XVIII cuando la legítima defensa determina sus fundamentos, busca su naturaleza y fija sus requisitos. PUFENDORF señala que todo privilegio de los ciudadanos se reduce a un

⁵⁴⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tº I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 610.

⁵⁴⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 345.

simple permiso de rechazar por ellos mismos el peligro presente, pero lo que respecta a la satisfacción de la justicia y a la seguridad del porvenir, se debe dejar al cuidado de los jueces⁵⁴⁷.

La legítima defensa es una causa de justificación fundada en la necesidad de la auto-protección y de afirmación del Derecho y regida, como tal, por el principio de interés preponderante.

Siendo el Estado el llamado a evitar el acometimiento injusto, no puede prohibir que, ante la imposibilidad de su actuación en tiempo oportuno, los particulares repelan con su fuerza y en perjuicio del ilegítimo agresor, el daño que les amenace en forma actual e inminente en su persona o en sus bienes. Al declarar legítima la defensa, la ley hace de cada ciudadano un defensor del Derecho, frente a aquél que por medio de un acto ilícito, se coloca fuera de su protección⁵⁴⁸.

El Tribunal Supremo de Córdoba ha definido al instituto como aquel estado de necesidad particularizado que se da sólo frente a una agresión ilegítima no provocada suficientemente con el autor, quien tampoco debe haberse colocado voluntariamente en situación de recibirla, pues, en tales casos, al no ser ajeno a su producción, está obligado a soportar sus consecuencias⁵⁴⁹.

WELZEL la define como “aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercero. Su idea fundamental es que “el Derecho no precisa ceder ante al injusto”⁵⁵⁰.

2. Los fundamentos de la legítima defensa

En el ámbito del Derecho penal, su actual consideración como causa de justificación o de ilicitud es pacífica y generalizada, aunque acompañada por

⁵⁴⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 345. ANTON ONECA, José. Derecho Penal. Ed. Akal/iure. Madrid. 1986. 2ª. Ed. Anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y I. Beneytez Merino. p. 267 y BARRAGAN MATAMOROS, Luis. La Legítima defensa actual. Ed. Bosch. Barcelona. 1987. p. 27.

⁵⁴⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 909.

⁵⁴⁹ TSCórdoba. Sala Penal. 28.11.94. “Gauna, Angel R”, LLC.1995-227

⁵⁵⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p.91.

un fortísimo debate sobre su fundamento, íntimamente ligado a la idea del Estado, del Derecho y del Poder punitivo⁵⁵¹.

Una primera postura encarnada por la doctrina europea, siguiendo a LUZÓN PEÑA, atribuye a la legítima defensa un fundamento evidente de Derecho natural⁵⁵².

Dentro de esta parcela, en los polos del debate se encuentran las posiciones objetivistas y subjetivistas.

Tanto el argumento objetivista como el subjetivista no nacen de la ilustración moderna, sino que tienen un origen en las tesis de San Agustín y Santo Tomás. El primero, afirmaba que la legítima defensa no podía justificar la muerte del agresor, en tanto que el segundo sostenía lo contrario. Para el Obispo de Hipona, cuando el ser humano actúa racionalmente, supera el instinto de conservación animal, cayendo en la cuenta de que ni siquiera su vida puede ser defendida a costa de la vida ajena, puesto que se trata de cosas eminentemente perecederas y de bienes que se pueden perder contra la voluntad. Por ello, entendía que a este respecto la ley humana entraba en contradicción con la divina. Santo Tomás, por el contrario, usaba la teoría del voluntario indirecto, conforme la cual el agredido no podía pretender matar intencionalmente al agresor, sino que debía buscar como fin la conservación de la propia vida, aunque para ello utilizase como medio la muerte de su agresor⁵⁵³.

Para los objetivistas prima en sus fundamentos una concepción social o colectiva, conforme a la cual su legitimidad se derivaría su primordial función defensiva del Derecho objetivo. Les importa legitimar la defensa del orden jurídico en sí mismo. Para los subjetivistas, por su parte, sería prioritario el

⁵⁵¹ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 581.

⁵⁵² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 911.

⁵⁵³ Ver VECILLA DE LAS HERAS, Luis. La Iglesia y la pena capital. Comentarios aun artículo del P. Messineo sobre la pena de muerte. En "Revista de Estudios penitenciarios". Madrid. 1964. p. 661-669.

Derecho subjetivo injustamente agredido, y no del Derecho en sentido objetivo⁵⁵⁴.

El objetivismo se nutre de la ideología que legitima por vía idealista la función del Estado y que, al mismo tiempo, consagró su carácter de causa de justificación. HEGEL y sus seguidores tuvieron el mérito de fijarle este carácter, pero su razonamiento dialéctico acabó en una paridad con la pena: la legítima defensa sería la negación de la lesión al derecho que implica la agresión injusta, y por ende, conforme al principio de que la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa se impondría como reafirmación del Derecho, operando de este modo como sucedáneo de la pena. Por el camino del idealismo autoritario se extremó el argumento, y por ende, se llegó a considerar que quien se defiende cumple prácticamente una función pública. Esta perspectiva completa su coherencia al concluir que la legítima defensa no es un derecho sino un deber jurídico. En este sentido se ha llegado a afirmar que la legítima defensa no es un acto de necesidad sino de justicia, con el que se presta un servicio a la comunidad⁵⁵⁵.

La vertiente subjetivista, por su parte, tiene origen contractualista, partiendo de que cuando el Derecho no puede acudir en defensa de los derechos naturales del individuo, cesa el deber de obediencia que éste tiene para con el Estado, porque no pudiendo el Estado tutelar al individuo, tampoco puede exigirle obediencia⁵⁵⁶.

El límite de la legítima defensa lo hizo radicar el despotismo ilustrado en la necesidad. De este modo, el pensamiento de HOBBS y KANT resultan cercanos. La necesidad no conoce ley. Siendo la legítima defensa una acción desplegada en una situación en que el Estado no puede tutelar los derechos individuales, no puede tampoco exigirle obediencia y, por ende, la agresión

⁵⁵⁴ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 581.

⁵⁵⁵ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 581.

⁵⁵⁶ Ver PEREDA JULIAN. Covarrubias penalista. Ed. Bosch. Barcelona, 1959. p. 92-93.

ilegítima no resistible o evitable mediante la acción estatal, deja al agresor en la posición de un sujeto que “ha perdido la paz”. Para KANT, la acción defensiva meramente impune se regía por los límites de la necesidad⁵⁵⁷.

Por ello, desde este subjetivismo radicalmente individualista no importará la magnitud del daño que se infiera en la defensa, que sólo estará limitada por la necesidad, que no conoce la ley. BINDING fue quien acentuó su carácter de derecho hasta considerarla un derecho subjetivo⁵⁵⁸.

Se ha dicho que, siendo la legítima defensa un derecho natural, ésta tiene un fundamento evidente; que su fundamento se encuentra en el hecho de que, a pesar de ser el poder público el titular de la tutela jurídica, en determinadas situaciones no puede actuarla, y por ello se le concede el particular; que la ley no puede prohibir la defensa en determinados casos, porque ésta se halla enraizada en algo tan profundo en el hombre como es su instinto de conservación; o que el Derecho no debe ceder al injusto.

Dada la insuficiencia de estas fundamentaciones tomadas aisladamente, la doctrina, desde finales del siglo pasado, ha propuesto una fundamentación doble de la legítima defensa, que conjuga el aspecto individual y el aspecto supraindividual de la misma. Estas corrientes doctrinales perfilan, por un lado, el fundamento individual de la institución –protección, salvaguarda, mantenimiento, defensa o afirmación del bien jurídico- y lo completan- y en este aspecto donde ponen el acento – con el mantenimiento o la defensa del Derecho⁵⁵⁹.

Las tentativas de hallar un fundamento complejo (subjetivista y objetivista) han sido variadas y tienen, como uno de sus exponentes, a ROXIN, quien sostiene que el fundamento es subjetivista pero tiene un objetivo político criminal,

⁵⁵⁷ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.73.

⁵⁵⁸ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 582.

⁵⁵⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 345. LUZON PEÑA, Diego M. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona, p.69.

porque de este modo la defensa cumple también una función de prevención general, lo que le permite trasladar límites de la pena a la legítima defensa.

Entiende el autor citado que ella no desplaza la vigencia del interés preponderante, puesto que el mismo reaparece por la vía de la proporcionalidad (idea de proporcionalidad de los bienes o derechos en conflicto, que no hay que confundir con la de los medios empleados, resolviéndose por módulos cuantitativos y cualitativos)⁵⁶⁰.

Señala ese autor que el derecho a la legítima defensa se basa en dos principios fundamentales: la protección individual y el prevalecimiento del derecho. En Derecho penal, la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual⁵⁶¹.

Concluye que no son susceptibles de legítima defensa los bienes jurídicos de la comunidad: pues la comunidad no es un “otro” en el sentido del art. 32 II⁵⁶² del StGB. De lo contrario, cada ciudadano se erigiría en policía auxiliar y podría invalidar el monopolio de la violencia por parte del Estado. “Por ello, por regla general, el ciudadano no puede hacer frente con legítima defensa a una perturbación del orden público..., en la medida en que no sean simultáneamente lesionados sus derechos” (BGHst 5, 247). Por otra parte, el derecho a defender a terceros sólo se da en la medida en que el agredido quiera ser defendido; si no quiere, no precisa protección individual, por muy censurable que por lo demás pueda ser la conducta agresiva. “Si el lesionado no quiere impedir la agresión pese a que tanto jurídica como materialmente podría

⁵⁶⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 347-348. ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. Traducción de Muñoz Conde. Ed. Bosch. Barcelona. 1972. p. 57-58.

⁵⁶¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.608.

⁵⁶² Art. 32 (StGB). I. *El que incurra en un tipo penal en legítima defensa no actuará contra la ley*. II. *Legítima defensa es la protección requerida para evitar un ataque presente y antijurídico contra uno mismo o contra otra persona*.

tomar esa decisión, tampoco tendrá un tercero derecho a imponer su auxilio y defender al otro” (BGHSt 5, 248)⁵⁶³.

Al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, el legislador persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa. Toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico. A ello se alude cuando se menciona al “prevalencimiento del Derecho” o a la “afirmación del Derecho”, como idea rectora del derecho de legítima defensa⁵⁶⁴.

Esta tesis es verdadera, rebate ZAFFARONI, en cuanto a que la acción defensiva tiene un incuestionable efecto preventivo, sólo que confunde el pretendido efecto preventivo de la pena con el verificado efecto preventivo de la coacción directa: el efecto preventivo de la legítima defensa es el de esta última y no el de la pena⁵⁶⁵

En el ámbito penal, los presupuestos extremadamente individualistas que inspiraban a la antigua configuración de la legítima defensa están siendo erosionados hoy por consideraciones de política criminal “externas” que toman en cuenta con más intensidad el impacto social del funcionamiento de tal eximente – restricciones ético-sociales⁵⁶⁶.

La legítima defensa tiene un lugar en la base misma de la tensión que particulariza a todo el Derecho penal, aquella que tiene por extremos, de un lado, la necesidad del logro de eficacia en la protección de los bienes jurídicos, y

⁵⁶³ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.608.

⁵⁶⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.608.

⁵⁶⁵ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 582.

⁵⁶⁶ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.75.

del otro, el uso razonable del poder de reacción frente a la desobediencia de la valoración estatal⁵⁶⁷.

LUZON PEÑA señala que “la réplica evidente a la postura que niega el fundamento supraindividual de la legítima defensa, se basa en una constatación de hecho. Pero aún hay un argumento decisivo (...) a favor de que la legítima defensa no pueda basarse exclusivamente en la necesidad de protección de bienes jurídicos, sino que es preciso algo más; ese argumento nos lo proporciona la necesidad lógica de que la legítima defensa y estado de necesidad tengan diferente razón de ser, puesto que son supuestos diferentes”⁵⁶⁸.

La doctrina ha acudido frecuentemente a esta posición, y que siguiendo a RUEDA, en ese sentido, explica que “a nadie se le puede oponer dificultad alguna para que, viéndose víctima de una acometida incalificable, trate de repeler la fuerza con la fuerza”⁵⁶⁹. En una inteligencia similar el TS español en sentencia del 6 de octubre de 1990 (L.L. 576) señala que “la eximente de legítima defensa es una causa de justificación asentada en el mismo Derecho natural y que nuestro Derecho positivo consagra...”⁵⁷⁰.

Otro fundamento de la legitimidad de la defensa es la acción instintiva; se afirma que el Derecho no puede vedar la defensa, al hallarse ésta enraizada en el instinto de conservación que surge ante la agresión⁵⁷¹.

Desde antiguo se ha intentado basar la legitimidad de la defensa en algo instintivo, en el entendimiento de que el Derecho no puede vedar la defensa al

⁵⁶⁷ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p. 50.

⁵⁶⁸ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 345, nota al pie.

⁵⁶⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 346. RUEDA, R.R. Elementos de Derecho Penal. Santiago de Compostela. 1898. 4ª. edic. TªI. p. 121.

⁵⁷⁰ TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 911.

⁵⁷¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 911.

hallarse ésta enraizada en el instinto de conservación que surge ante la agresión⁵⁷².

En este sentido, FRANZONI señala que, en los supuestos de legítima defensa “normalmente la reacción deriva de un acto voluntario del agredido, o aun más, instintivo”.

Un tercer fundamento de la legitimidad de la defensa, radica en la falta de protección estatal. En estos supuestos se le concede al particular que se halle en estado de desprotección la facultad de defenderse de la agresión antijurídica de la que ha sido objeto⁵⁷³.

En este sentido, VINEY, refiriéndose a la doctrina francesa, señala que la opinión más extendida actualmente es que la sociedad no tiene, *a priori*, ningún interés en sancionar un acto por el cual el ciudadano se subroga en la autoridad pública para cooperar al mantenimiento del orden, ya que los medios habituales de la justicia no son suficientes para garantizar la seguridad de las personas o de los bienes. Un fundamento tal, muestra nítidamente los lazos que unen la “legítima defensa” y la “autodefensa” espontánea a la que, en principio el Derecho moderno es hostil, salvo particulares y esporádicos supuestos expresamente previstos, incluso en la época actual en la cual el clima de inseguridad creado por el desarrollo de ciertas formas de delincuencia contra los cuales los medios represivos estatales parecen mostrarse impotentes, favorece un cierto florecimiento de una opinión pública favorable. En este sentido, ENNECERUS señala que ni el Derecho romano ni el Derecho común contenían una prohibición general de la acción directa, permitiendo estos actos, en sí contrarios a derecho, cuando sin la intervención inmediata y no pudiendo obtenerse, en tiempo, el auxilio de la autoridad, es probable un daño.

⁵⁷² Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 582.

⁵⁷³ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 911.

La cuarta fundamentación se basa en el ataque al Derecho todo. Se dice que si el elemento más característico de la legítima defensa es la previa agresión ilegítima, el Derecho está amenazado por el injusto (la agresión antijurídica ataca no sólo a un derecho subjetivo o a un interés legítimo, sino al mismo Derecho); en el enfrentamiento entre el Derecho y el injusto, se dice conforme al aforismo de cuño hegeliano no tiene por qué ceder al injusto⁵⁷⁴.

Como señala LUZON PEÑA, este principio, cuya primera formulación procede de BERNER, “ ha sido acogido como característica última de la legítima defensa no sólo por quienes mantienen unilateralmente el fundamento de la defensa del Derecho, sino también por autores que defienden un doble fundamento (individual y supraindividual), bien con la citada fórmula de que el derecho no necesita ceder al injusto, bien con variantes como que el Derecho “nunca” necesita, “no debe” ceder al injusto, “no debe ceder a la agresión antijurídica”, o que “el injusto tiene que ceder al Derecho”. Con ello se pretende obviar el debate entre objetivismo y subjetivismo, partiendo del reconocimiento de la legítima defensa, es decir, que la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente⁵⁷⁵.

En la década de los 60 surge una corriente doctrinal a la que se adscriben, entre otros, ROXIN, WELP, GIMBERNAT ORDEIG y RODRIGUEZ MOURULLO, cuyo principal postulado consiste en afirmar que en la legítima defensa, junto con la protección de un derecho particular, se tiene en cuenta el interés o la necesidad del “prevalecimiento” del Derecho, del ordenamiento jurídico entendido como un todo.

Se trata, en definitiva, del prevalecimiento del orden jurídico frente a la agresión antijurídica.

⁵⁷⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 912.

⁵⁷⁵ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 582.

Tampoco han faltado fundamentaciones mixtas, en las que se echa mano de un doble fundamento para la legítima defensa, sea en la necesidad de proteger los bienes jurídicos individuales, sea en la de posibilitar en todo caso y dentro de los límites razonables, la primacía del derecho frente al injusto⁵⁷⁶.

A la tesis del doble fundamento de la legítima defensa, adhiere DIAZ PALOS. El citado autor sostiene que en la misma, “además de la necesidad de defender los bienes jurídicos atacados (aspecto individual), concurre también la necesidad de hacer prevalecer el Derecho frente al injusto agresor (aspecto supraindividual). En este sentido, la legítima defensa cumpliría una función de sustitución de la tarea estatal de confirmación de los valores ético sociales protegidos por el ordenamiento jurídico.

Se sostiene que de acuerdo con la preponderancia de fines individuales o sociales emanarían distintos efectos para la configuración de la eximente, o más claro, para el esclarecimiento o no de ciertos límites externos⁵⁷⁷.

Este es el criterio seguido por la más reciente doctrina jurisprudencial, sintetizada en la sentencia del TS español del 4 de febrero de 1983 (Ar.727), que, tras poner el fundamento de la legítima defensa en la salvaguarda del interés preponderante, entiende que la defensa ha de ser necesaria (estado de defensa o necesidad de defensa) y proporcionada, pero sin mengua de la naturaleza de la justificante como “autodefensa y restauración del derecho perturbado”⁵⁷⁸.

También se ha intentado encontrar el principio regulativo de la legítima defensa en “buenas razones”, en “lo social”, en “lo adecuado”, en “lo racional”, todo ello con reclamos de prudencia que fijarían los límites a la necesidad o a la racionalidad de la defensa⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 913.

⁵⁷⁷ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.87.

⁵⁷⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 348. STS español del 4 de febrero de 1983 (art. 727)

⁵⁷⁹ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 583.

RUSCONI cita a MAURRACH, señalando: " El énfasis que se puede poner sobre la faz jurídico-individual o la jurídico-social de la legítima defensa tiene considerables efectos sobre su configuración; así, por ejemplo, al destacar el lado jurídico-social, puede resultar evidente sujetar el ejercicio de la legítima defensa a los mismos parámetros a los cuales están sometidos los propios órganos estatales (por ejemplo, el respeto de la prohibición del exceso)"⁵⁸⁰.

GIUSEPPE MAGGIORE llevó la concepción a sus últimas consecuencias: "La legítima defensa consiste en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el Estado no pueden proveer su defensa. El orden jurídico ha de ser conservado a toda costa; por lo tanto, si fuera lesionado, y el Estado no pudiese reintegrarlo inmediatamente, este deber de reintegración le corresponde entonces al individuo que se defiende, no viola el Derecho, sino que coopera a su realización; ni obra ya como persona privada, ejerce una verdadera y propia función pública, como sustituto de la sociedad y del Estado, a los cuales, por la misma ley eterna del orden, compete el derecho de castigar"⁵⁸¹.

RUSCONI critica a esta postura, sosteniendo que en ella se vinculan dos ideas que se hallan mezcladas de un modo confuso. La cuestión reside – sostiene- en que una de esas ideas es correcta –la necesidad de establecer un conjunto de límites a la eximente- , mientras que la otra idea no lo es – la "capacidad de respuesta" del argumento preventivo- : ello desde una visión político-criminal, valorativa o axiológica. La concepción de la teoría del "doble fundamento" que pretende ver en el ejercicio de la defensa necesaria una función preventivo-general (positiva o negativa), debe hacerse cargo de un conjunto de objeciones difícilmente superables. Como primera medida, no parece legítimo que el Estado delegue en los individuos un poder de reacción directa sobre las

⁵⁸⁰ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.88.

⁵⁸¹ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.87.

agresiones, poder que ni él mismo tiene – salvo en contadas excepciones y con innumerables limitaciones- y, sobre todo, sometiendo ese ejercicio a una justificación vinculada a la defensa de los valores ético-sociales frente al resto de la comunidad. Nada bueno puede esperarse, sostiene RUSCONI, de una sociedad que delega en los individuos una función tan estrechamente ligada a los fundamentos mismos del Estado. Que ello es altamente peligroso no hace falta demostrarlo. Si a ello se suma que el Estado en su función penal está sometido a gran cantidad de restricciones (incluso de diseño constitucional) que sería altamente dificultoso trasladar al individuo, se advertirán los enormes costos de tal concepción. En este sentido, se carece de una evaluación ética seria de tal postura⁵⁸².

Sostener que al individuo agredido se le conceda la función del sostenimiento efectivo de los valores ético-sociales es excesivo para RUSCONI⁵⁸³.

Este autor sostiene que así como el Estado en su función de protección de intereses sociales debe agotar todos los instrumentos y medios menos lesivos antes de recurrir al Derecho penal, así también el individuo agredido debe agotar todos los posibles medios de defensa poco violentos, incluso a veces huir, antes de acudir al medio necesario para repeler el ataque, pero extremadamente violento en relación con la magnitud del bien jurídico o la intensidad de la agresión. Para ello se debe contar con el poder correctivo del principio de insignificancia que debe desplegar frente a la agresión ilegítima una función similar a la que cumple frente a la caracterización de una acción que formalmente se adecua al tipo penal, pero que daña sólo en ínfima proporción el bien jurídico protegido por la norma. Si el Estado acude o debe acudir a dicho correctivo, mucho más el individuo común que se encuentra a punto de desplegar violencia directa sobre otro ciudadano. Si las causas de

⁵⁸² Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.89.

⁵⁸³ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.90.

justificación encuentran fundamento en la necesidad de resolver conflictos sociales, la legítima defensa no puede prescindir de la insignificancia, que justamente, tiene su razón de ser en principios ético-sociales y de co-existencia. Dicho correctivo puede transformarse en la variable de ajuste entre agresión y defensa que estaba necesitando la dogmática de la legítima defensa. Sobre esta base es posible encontrar un punto de unión teleológico de todas las restricciones ético-sociales al funcionamiento defensivo de la eximente⁵⁸⁴.

Señala NINO que la legítima defensa suele presentarse a partir de su relación con el estado de necesidad. El reconocimiento de esta última causa de justificación obedece al principio utilitarista de que está justificada toda acción cuyas consecuencias sean más beneficiosas, o menos perjudiciales, para el conjunto de la sociedad que las que se derivan de la omisión de tal acción o del cualquier otra acción que el agente podría haber realizado en su lugar. El beneficio o perjuicio neto que deriva de cada acción alternativa para la sociedad en conjunto se establece computando las ventajas y daños para cada uno de sus integrantes, que resultan de la respectiva acción. Quien actúa en estado de necesidad justificante no sólo se protege a sí mismo (o protege a un tercero), sino que protege a la sociedad en conjunto, al minimizar el daño neto resultante para todos los miembros de la sociedad, en comparación con los perjuicios que derivarían de cursos de acción alternativos. Siendo el fundamento del estado de necesidad la protección del conjunto de la sociedad, es obvio que no puede haber estado de necesidad justificante cuando alguien se protege a sí mismo causando a otro integrante del grupo social un mal mayor que el que sufriría el primero en el caso de abstenerse de actuar. En este caso la sociedad en conjunto se perjudica más con el curso de acción elegido que con el curso de acción alternativo y, como medida de protección social, la acción en cuestión sería tan irracional como si se pretendiera proteger la salud de alguien, afectado por un

⁵⁸⁴ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.93.

forúnculo en el dedo, amputándole el dedo. No obstante, se supone que cuando estamos frente a una agresión ilegítima de alguien, las cosas son diferentes, y es correcto impedir esa agresión aun cuando ello requiera causar al agresor un mal mayor al que resultaría de materializarse el ataque. Quien se defiende contra una agresión ilegítima, causando al agresor un mal mayor al que derivaría de la agresión, actúa en estado de necesidad justificante, o sea, actúa en defensa de la sociedad en su conjunto, minimizando el perjuicio resultante para el grupo social. Ello conduce a la idea de “extrañamiento” del agresor del cuerpo social. El agresor, aquí, es concebido en forma análoga a la de un enemigo externo de la sociedad y, como en el caso de la defensa de una sociedad contra el ataque de otro país, no hay nada irracional en proteger a la sociedad en conjunto causando a alguien ajeno a tal sociedad un mal mayor al que ella sufriría⁵⁸⁵.

La otra posibilidad de defender la conclusión de que puede causarse a un agresor más mal del que surgiría de su acción es, obviamente, sostener que la legítima defensa no es un caso del estado de necesidad justificante, sino un caso que responde a principios independientes del que hace depender la corrección de un acto del hecho de que él minimice el perjuicio global resultante para la sociedad en conjunto. Esos principios, sostiene el autor, son: a) el que consagra la inviolabilidad de la persona humana contra medidas o regulaciones que implican el sacrificio de intereses básicos de un individuo, aunque ello resulte en beneficio de la sociedad en conjunto. Este es un principio individualista, sostiene NINO, que se opone directamente a la concepción globalizadora de la sociedad que subyace al principio utilitarista de la protección racional de la sociedad.; b) uno de índole retribucionista, que tiene en cuenta la cuestión de quién “merece” el mal resultante de uno u otro curso de acción. Bajo esta concepción no se trata ni de hacer un balance de los intereses en juego para

⁵⁸⁵ Ver NINO, Carlos S. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p.275.

hacer prevalecer el más importante, minimizando el perjuicio global para la sociedad, ni de considerar irrelevantes los intereses de una de las partes, ni de mantener la inviolabilidad de ciertos derechos individuales básicos frente a los intereses del grupo social, sino de adjudicar beneficios y perjuicios, según el mérito de quienes están comprendidos en la situación⁵⁸⁶.

Señala NINO que todas las concepciones más plausibles sobre la legítima defensa tienen, aparentemente, cuando se las acepta en forma aislada, implicaciones que no resultan satisfactorias. Se pregunta si hay alguna posibilidad de interpretar y combinar los tres principios precedentes, esto es el de la protección social, el de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el de la retribución. Responde afirmativamente. Respecto del principio de la inviolabilidad de la persona humana y de sus derechos básicos, afirma que no puede defenderse en el vacío, sino en función de la identificación de la persona con ciertos bienes o derechos que se consideran intrínsecos a ella. Tal principio debe defenderse en el contexto de una teoría general de los bienes o derechos individuales primarios.

Tal teoría probablemente, sostiene dicho autor, distinguiría entre los bienes o derechos de que gozan las personas: a) bienes de los cuales los individuos no pueden ser privados en ninguna circunstancia, ni aun mediando su consentimiento libre y consciente; b) bienes de los cuales los individuos pueden ser privados sólo cuando se cuenta con su consentimiento; c) bienes de los cuales los individuos pueden ser privados en beneficio del conjunto social, siempre que se les proporcione una compensación adecuada, sea por parte del beneficiario directo de la privación, sea de la sociedad que resulta indirectamente beneficiada; d) bienes de los cuales los individuos pueden ser privados, sin compensación alguna, cuando ello maximice la utilidad social⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Ver NINO, Carlos S. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p.278.

⁵⁸⁷ Ver NINO, Carlos S. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p.284.

Así, en el caso de la defensa que excede los límites de la necesidad, la calificación del principio de inviolabilidad de la persona permite considerar legítima tal defensa cuando se trata de preservar bienes de la categoría a) y b), o sea, bienes cuyo goce no está condicionado por consideraciones de utilidad social. Estos son bienes que su titular está facultado a preservar aun cuando ello implique lesionar bienes de mayor valor de otros individuos. En cambio, cuando se trata de bienes de las clases c) y d), sólo pueden ser defendidos dentro de los límites del estado de necesidad; su titular no puede legítimamente conservarlos a costa de bienes más valiosos de otra gente (aun del agresor). ¿Qué ocurre con la situación del atacante? ¿Conserva el derecho a proteger, contra la acción defensiva de la víctima, sus bienes de las categorías a) y b), y el de recibir compensación, si es privado de un bien del tipo c)? Aquí interviene una versión modificada del principio retribucionista que podría combinarse adecuadamente con los dos principios anteriores. Señala NINO que puede extenderse al Derecho penal el principio de distribución fundado en el consentimiento, que rige en amplios sectores del ordenamiento jurídico, principalmente en el contractual, y que permite adjudicar derechos, obligaciones y responsabilidades con independencia de que los beneficios y cargas implícitos en ellos sean equitativos. El consentimiento, que el principio requiere, implica que el individuo a quien se le asigna cierta obligación o responsabilidad o se le priva de determinada inmunidad haya realizado una acción voluntaria – como firmar un documento, consumir en un restaurante o cometer un hurto- con conocimiento de que determinadas consecuencias normativas jurídicas- la asunción de la responsabilidad y obligación en cuestión o la pérdidas de la inmunidad – se siguen necesariamente de su acto. Cuando lo que está en juego son bienes de la categoría a) y b), tanto la víctima de la agresión como su autor tienen el derecho *prima facie* de preservarlos, aun precluyendo los respectivos derechos del otro y aun cuando éstos sean más valiosos que los que se intentan preservar. Pero es evidente que el objetivo de

prevención que persiguen las normas penales exige dar preferencia a los derechos de la víctima sobre los del agresor; de otro modo, los agresores potenciales no se verían suficientemente desalentados a emprender ataques contra bienes ajenos y la gente pacífica no se sentiría suficientemente segura, con lo que la sociedad en conjunto resultaría seriamente perjudicada. Esta preferencia racional, desde el punto de vista del orden jurídico, por los intereses de la víctima, no puede ejercerse en contra de los derechos del agresor que no están condicionados por consideraciones de utilidad social, salvo que él mismo disponga de tales derechos, cuando ello es posible. El individuo que emprende voluntariamente una acción agresiva con conocimiento de que el orden jurídico, por las razones recién señaladas, asigna a tal acción, como consecuencia normativa necesaria, la pérdida de inmunidad contra lesiones de bienes que sean necesarias para preservar los derechos de la víctima correspondientes a las categorías a) y b), consiente en perder tal inmunidad. Este consentimiento del agresor es relevante para justificar una acción defensiva que lo priva de algún bien de la categoría b) (y para considerar ilegítima la defensa ulterior del agresor), puesto que este tipo de bienes puede ser legítimamente lesionados si media el consentimiento de su titular. En cambio, si se sostiene que hay bienes inalienables, o sea, que corresponden a la categoría a), el consentimiento del agresor, que es titular de tales bienes respecto del derecho de la víctima de lesionarlos para preservar los propios, no se considera válido, y el conflicto entre los derechos de la víctima y del agresor queda en pie, pudiendo haber legítima defensa contra legítima defensa. Cuando se trata de un bien de la categoría c), el hecho de que el agresor consienta en perder la inmunidad contra ataques a ese bien, precluye todo derecho a percibir compensación por la privación de éste. El principio que se acaba de presentar es un principio retribucionista sólo en el sentido de que implica adjudicar derechos, obligaciones y responsabilidades teniendo en cuenta la voluntad de los individuos afectados; pero esa adjudicación no se hace conforme a los méritos o

deméritos morales de aquéllos. Esta forma de combinar los tres principios mencionados conduce a un balance de los intereses globales de la sociedad y los intereses de los individuos comprendidos en una situación de agresión y entre, por otro lado, los intereses de la víctima de la agresión y los del autor de ésta. Esto permite inferir varias consecuencias que se adecuan al sentido de justicia: Se preserva la exigencia de proporcionalidad, de modo que no resulte legítimo, por ejemplo, matar a un agresor para evitar un hurto o una burla ; tal conclusión precedente no es obstáculo para que se reconozca la legitimidad de una acción defensiva que exceda los límites del estado de necesidad, cuando ésta tienda a preservar bienes de las dos primeras categorías de la clasificación antes delineadas.

Se mantiene la exigencia de necesidad tanto cuando la acción defensiva tienda a preservar derechos que no están condicionados a la utilidad social, como cuando ella versa sobre bienes que están sometidos a un balance de beneficios y perjuicios colectivos.

Se reconoce que puede haber situaciones extremas en que cabe la legítima defensa contra legítima defensa, aunque esto se reduce al caso en que esté en juego un bien inalienable del agresor – si se admite esta categoría de bienes – o un bien disponible de un agresor no responsable.

Se discrimina entre la situación de un agresor culpable y de la de quien ejecutó una agresión sin saber lo que hacía o sin poder actuar de otro modo. Sólo en el primer caso el agresor consiente en perder la inmunidad contra ataques a sus bienes disponibles y el derecho a ser resarcido por la lesión a sus bienes compensables. Esto no excluye el derecho de la víctima a defender sus propios bienes, sino que determina la legitimidad de la reacción defensiva ulterior del agresor no responsable y la ilegitimidad de la acción de terceros que toman

partido a favor de uno u otro de los protagonistas de la situación (siempre que no se den las condiciones del estado de necesidad justificante)⁵⁸⁸.

Concluye ZAFFARONI que la legítima defensa no tiene ninguna función que la aproxime a la pena, e incluso su efecto preventivo es análogo al de la coerción directa y no al problemático asignado a aquélla como verdad dogmática. Su fundamento no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el Estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia. Como todo derecho tiene límites, que no son sólo los impuestos por la necesidad sino también, que devienen de la racionalidad. Los límites racionales al ejercicio de un derecho no lo privan de su naturaleza sino que lo acotan de modo republicano. A diferencia de la tradición germana, que se refiere a la defensa necesaria, la argentina se ha referido siempre a la defensa legítima, con lo que expresa que la necesidad es un requisito, pero que en definitiva el límite es jurídico (valorativo) y está dado por la racionalidad: la defensa necesaria es legítima siempre que sea también racional. Toda defensa racional es necesaria, pero no toda defensa necesaria es racional⁵⁸⁹.

3. Derechos tutelados por la legítima defensa

Dice BUSTO LAGO que el ámbito operativo o extensión objetiva de la legítima defensa alcanza, en el Derecho español, a todos los derechos de conformidad con la propia dicción literal del art. 20.4 del CP español: “El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos...”. Por lo tanto el ataque procedente de un tercero habrá de tener por objeto, según la opinión común, un interés directa y plenamente tutelado por el ordenamiento jurídico, entendido en su conjunto. La acción defensiva – que ha de ser, en todo caso necesaria- será legítima tanto en el caso en que se dirija a salvar un bien relativo a la persona

⁵⁸⁸ Ver NINO, Carlos S. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p.287.

⁵⁸⁹ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 583-584.

humana –tanto la vida, la integridad física o cualquiera de sus atributos subjetivos – como en el caso de que el bien amenazado sea de naturaleza estrictamente patrimonial⁵⁹⁰.

Tal fórmula legislativa, para BACIGALUPO requiere una reflexión respecto de la amplitud de los bienes jurídicos defendibles. Es indudable, señala, que el texto vigente permite limitar la legítima defensa a los derechos de las personas, es decir a los derechos individuales, y sobre esta base ha operado la jurisprudencia del Tribunal supremo, que en general no ha hecho un reconocimiento de extensión ilimitada. Por el contrario, los precedentes de la Sala en lo penal han hecho, con alguna excepción, un reconocimiento casuístico de bienes susceptibles de ser defendidos que sólo es explicable en tanto, implícitamente se admita la posibilidad de negar este carácter a algunos bienes jurídicos, aunque la limitación del campo de aplicación de la legítima defensa provenga, sobre todo, de la exigencia de acometimiento⁵⁹¹.

Para el autor citado en último término, la doctrina tiende a dar una mayor amplitud que la jurisprudencia, aunque excluyendo bienes jurídicos como el “orden público” y el “Estado”. Una excesiva extensión de los bienes defendibles conduciría a que “cada ciudadano, tal como dice ROXIN, se constituyera en un policía, eliminando de este modo el monopolio estatal de la coacción”. Por este motivo una nueva regulación del derecho de defensa necesaria debería comenzar por establecer con claridad que, en todo caso, sólo se autoriza la defensa de los bienes de la persona, preferentemente siguiendo el modelo enunciativo del Código penal austriaco de 1975, que impide cualquier clase de confusión respecto de los bienes jurídicos defendibles y que incluye todos los casos en que la legítima defensa está justificada. Con respecto a los bienes jurídicos defendibles que ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal

⁵⁹⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 357.

⁵⁹¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 362.

Supremo, el catálogo del Código austriaco sólo difiere en lo que concierne a la honestidad y el honor. Pero lo cierto es que la diferencia es más aparente que real, dado que los ataques a la honestidad son entendidos, en verdad, como agresiones dirigidas contra la libertad, que como tal está incluida en la enumeración del art. 3 del ÖstGB. Por lo que se refiere al honor, no es posible dejar de considerar que, por regla general, la aplicación de las disposiciones de la defensa legítima fracasará básicamente por falta de actualidad de la agresión contra la cual se reacciona, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico establece suficientes medios para la defensa de este bien jurídico⁵⁹².

Por su parte, JESCHECK señala que “es susceptible de legítima defensa todo interés jurídicamente protegido (...), no sólo la integridad física y la vida sino también la libertad y el honor (...) el derecho a la propia imagen, el derecho sobre el domicilio, el patrimonio, las relaciones jurídico-familiares y la facultad de ejercitar el uso común, sin olvidar, por último, la esfera íntima⁵⁹³.”

JESCHECK afirma que la faceta jurídico-individual de la legítima defensa se evidencia en que sólo puede ejercerse en defensa de bienes jurídicos individuales y no, en cambio, para proteger el orden público o el propio ordenamiento jurídico en sí mismo considerado – que se manifiesta únicamente a través de la protección de un derecho individual-. Por su parte, la faceta jurídico-social de la misma “se revela en la ilimitada admisión de la ayuda necesaria (legítima defensa a favor de terceros) y en la restricción de la legítima defensa cuando desaparece el interés en la afirmación del Derecho así como los supuestos de extrema desproporción de los bienes en juego”⁵⁹⁴.

En el mismo sentido se expide ROXIN, quien señala que en principio, son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales, o sea la vida,

⁵⁹² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 363.

⁵⁹³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 357. . JESCHECK, Hans H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de la 4ª. ed. por J.L. Manzanares Samaniego. Ed. Comares. Granada. 1993. p. 304.

⁵⁹⁴ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 346. JESCHECK, Hans H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de la 4ª. ed. por J.L. Manzanares Samaniego. Ed. Comares. Granada. 1993. p. 302.

la salud, la libertad, la propiedad, la custodia, el honor, el derecho sobre la morada, etc. A este respecto, no es preciso que los bienes estén protegidos jurídico-penalmente para que sean susceptibles de legítima defensa. Así, por ejemplo, la posesión sólo está protegida civilmente (Art. 868 del BGB) frente a la realización arbitraria de la propia fuerza; pero con independencia de ello es posible defenderse conforme al Art. 32 del StGB frente a una desposesión temporal⁵⁹⁵.

En cambio, los derechos relativos (reclamaciones y otras pretensiones contractuales) no son bienes susceptibles de legítima defensa; pues si se pudiera actuar en legítima defensa contra infracciones contractuales, cualquier acreedor podría imponer su derecho violentamente⁵⁹⁶.

Tampoco son defendibles los bienes jurídicos de la comunidad, señala ROXIN. Es cierto que la legítima defensa también sirve para el prevalecimiento del Derecho, es decir, para la protección de la comunidad; pero sólo lo hace allí donde simultáneamente se ha de proteger un bien jurídico individual. Al orden social pacífico le produciría más perjuicio que beneficio que cada ciudadano lo pudiera defender violentamente aunque no haya ningún particular que necesite protección; pues en ese caso, ante cada violación del derecho real se podrían producir escenas de lucha que son precisamente las que el Estado quiere evitar estableciendo “guardianes del orden” específicos (policía)⁵⁹⁷.

En la doctrina española se advierte una tendencia mayoritaria a considerar que los derechos de crédito por las meras pretensiones jurídico-civiles no tienen cabida en el marco tuitivo dispensado por la posibilidad de legítima defensa. Las divergencias doctrinales comienzan cuando se trata de buscar el

⁵⁹⁵ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 623.

⁵⁹⁶ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 625.

⁵⁹⁷ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 625.

fundamento de esta exclusión. Uno de los argumentos más extendidos consiste en afirmar que el incumplimiento de las obligaciones y de los contratos es una mera omisión o pasividad y ésta no constituye nunca una agresión, no podría hablarse, en ningún caso de legítima defensa. Para LUZON PEÑA, esta afirmación no es satisfactoria por dos motivos: a) porque no sirve para resolver todos los casos de incumplimiento de obligaciones ya que los derechos de crédito pueden contener pretensiones de que se omita algo y entonces su lesión consistirá en un hacer y no en una omisión; b) en aquellos supuestos en los que el incumplimiento obligacional consista en un no hacer, tampoco convencen los argumentos expuestos y ello porque lo decisivo para que la omisión pueda ser agresiva es que ponga en peligro algún bien jurídico y esas posiciones no nos dicen nada acerca de si es o no el caso en los supuestos de incumplimiento de obligaciones⁵⁹⁸.

Otro criterio parte de la afirmación de que la legítima defensa sólo cabe contra los ilícitos penales –frente a instituciones como el autoauxilio o la autoayuda que se mueven en el campo jurídico-civil- o bien, limitándose a los casos de incumplimiento omisivo de las obligaciones, se dice que si la omisión sólo es civilmente antijurídica por lesionar pretensiones jurídico-civilmente protegidas, no es agresión, porque sólo lo será la omisión que realice un hecho penalmente prohibido⁵⁹⁹.

LUZON PEÑA señala al respecto que “ prescindiendo de la unilateralidad de quienes se limitan sólo a violaciones obligacionales omisivas, este criterio de exigir la tipicidad penal o carácter delictivo de la agresión no resulta satisfactorio, y ello con independencia de que sea cierto o no que la agresión no resulta satisfactoria es para negar la defendibilidad de las meras pretensiones y derechos de crédito, pues este criterio no entra en absoluto en el carácter

⁵⁹⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 358. LUZON PEÑA, Diego M. Aspectos. esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona. 1978. p. 421/422

⁵⁹⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 358. LUZON PEÑA, Diego M. Aspectos. esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona. 1978. p. 421.

específico de los mismos que los pueda diferenciar de los bienes jurídicos, sino que coloca a un derecho de crédito no protegido penalmente al mismo nivel de un bien jurídico que tampoco lo esté, como ocurre en el Derecho español con la esfera íntima en muchos de sus aspectos. Con lo cual, si resultara que en un ordenamiento positivo no es preciso que la agresión sea penalmente típica, ya no habría ninguna razón para negar la defendibilidad una pretensión o derecho de crédito, lo cual es inadmisibles. Y por otra parte, puede ocurrir que haya algunas pretensiones protegidas jurídico-penalmente y entonces tendrían que ser defendibles, lo cual tampoco es admisible”⁶⁰⁰.

4. Requisitos para la configuración de la legítima defensa

4.1. La agresión ilegítima

Para su configuración, la agresión legítima requiere de tres requisitos: debe ser una conducta humana, debe ser agresiva y antijurídica⁶⁰¹.

Agresión es la amenaza de lesión, mediante una acción humana, de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos).

Agresión es, en principio, un comportamiento positivo, no un puro no hacer; sin embargo, agresión es también la concreción de un delito de comisión mediante omisión.

Defendible es todo bien jurídico, y no sólo los penalmente reconocidos: cuerpo, vida, libertad, honor, compromiso matrimonial, propiedad, posesión. Frente a agresiones de animales juega el estado de necesidad (como es el caso del Art. art. 228, StGB)⁶⁰².

⁶⁰⁰ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 358.

⁶⁰¹ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 590.

⁶⁰² Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p.92.

Para ROXIN, una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana⁶⁰³. De la limitación de la agresión a la conducta humana se desprende en primer lugar que a los ataques de animales no se les puede hacer frente conforme al art. 32 del CP alemán. Si bien autores como SPENDEL siguen sosteniendo que es posible la legítima defensa frente a los ataques de animales⁶⁰⁴.

No basta entonces con el ataque de un animal, pues el ordenamiento jurídico se refiere sólo a las conductas de los hombres⁶⁰⁵.

Sin embargo, la situación es diferente cuando un hombre se sirve de un animal para una agresión, por ejemplo, azuzando a un perro contra otra persona, pues en tal caso el perro es sólo el instrumento del hombre agresor, y matarlo si es necesario para la defensa estará justificado por la legítima defensa exactamente igual que la destrucción de otros medios agresivos⁶⁰⁶.

Para BACIGALUPO, la agresión debe haber partido de un ser humano. La defensa frente a animales no está regulada por la defensa necesaria sino por el estado de necesidad⁶⁰⁷.

Para el Derecho penal, tampoco puede considerarse agresoras a las personas jurídicas, si bien esta opinión está controvertida en el Derecho Civil, pues las mismas no pueden actuar en el sentido del Derecho penal y no son asequibles a la eficacia preventiva general y del prevailecimiento del Derecho⁶⁰⁸.

⁶⁰³ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.611

⁶⁰⁴ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.611.

⁶⁰⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 364.

⁶⁰⁶ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.611.

⁶⁰⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 360.

⁶⁰⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.611.

También falta una “agresión” cuando una persona sea puesta en peligro por no-acciones (supuestos de falta de acción) de otra. No arremete quien golpea a su alrededor en un ataque convulsivo epiléptico o durante el sueño, quien rueda en la calle al caer sin sentido por estar ebrio, quien por desmayarse pierde el control de su vehículo, ni quien es arrojado por la ventana y en su caída pone en peligro a otros. Algunos autores lo discuten, pero ROXIN sostiene que cuando el ser humano actúa sólo como factor causal y no mediante una manifestación de la personalidad, o sea cuando de antemano es imposible una imputación personal, no se plantea siquiera el prevalecimiento del Derecho, exactamente igual que ante los peligros extra humanos⁶⁰⁹.

Una agresión puede producirse también mediante omisión. Un sector lo niega con el argumento de que la agresión requiere “ya conceptualmente un hacer activo”⁶¹⁰.

La agresión es ilegítima cuando es antijurídica. Para algunos, la agresión actual e ilegítima es el primer presupuesto, el elemento previo a la defensa y requisito imprescindible de su legitimidad. En el caso de no concurrir este presupuesto, tampoco podrán darse los demás elementos, que presuponen aquél⁶¹¹.

Para WELZEL, el concepto de la *antijuridicidad* de la agresión debe entenderse en sentido no técnico. No ha de mirarse desde el agresor, sino desde el agredido. No atañe al desvalor *de la acción* de agresión, sino al desvalor del hecho, que el agredido no tiene por qué tolerar. Por eso, no precisa ser antijurídica aquella agresión que el agredido no está obligado a soportar. Por eso no precisa ser ni antijurídica-adecuada al tipo, ni menos culpable. Por eso, la defensa (legítima) es admisible contra una amenaza de daño de cosas no doloso y contra agresiones de incapaces de culpa (niños y enfermos mentales).

⁶⁰⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.612.

⁶¹⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.613.

⁶¹¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 363.

Existe un deber de tolerancia para el afectado (deber de soportar): frente a acciones de la autoridad, conforme al Derecho; frente a los derechos de necesidad y forzosos de particulares y los derechos disciplinarios.

A los derechos de necesidad pertenecen la legítima defensa misma, por ello ninguna legítima defensa contra legítima defensa, y el estado de necesidad del Derecho civil (arts. 228 y 904, StGB.)⁶¹².

No es necesario que, a su vez, constituya un delito (salvo en el caso de defensa de los bienes en el art. 20.4^a del Código penal español). Un sector de la doctrina española define la antijuridicidad de la agresión sosteniendo que cumple con este requisito toda acción que recae sobre los bienes de quien “no tiene obligación de tolerar” dicha acción. Desde otro punto de vista se sostiene que es antijurídica la agresión en la medida en que sea una acción no autorizada (justificada). Esta discusión puede tener alguna consecuencia práctica sólo en la medida en que la obligación de tolerar por parte del agredido y la autorización de obrar del agresor sean definidas de tal forma que no tengan un contenido recíproco (el “agredido” debe tolerar el ejercicio del derecho del “agresor”)⁶¹³.

En cambio, para ROXIN no hay una agresión cuando, aunque alguien omita antijurídicamente, no se le imputa la omisión de evitar el resultado como lesión del bien jurídico, sino que dicha omisión debe compensarse mediante una demanda civil u otros recursos jurídicos. Así, el deudor que no cumple su prestación, infringe en su caso antijurídicamente sus deberes; pero el acreedor no puede obrar en legítima defensa, sino que debe demandarlo. El arrendatario que no desaloja la vivienda al concluir la relación locativa no comete allanamiento de morada por omisión, puesto que el derecho protector de los arrendatarios le deja provisionalmente en posesión de la misma; por ello el

⁶¹² Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p.92.

⁶¹³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 364.

locador no puede expulsarlo violentamente de la vivienda por la vía de la legítima defensa⁶¹⁴.

Por otra parte, el concepto de agresión ilegítima está en la esencia misma de la legítima defensa. Al hablar de agresión ilegítima, el legislador penal ha señalado que no es preciso que la agresión sea constitutiva de delito, sino que sea contraria a Derecho, antijurídica.

En otras palabras, señala BUSTO LAGO, basta para integrar este presupuesto, una agresión ajena sobre un interés de la víctima o de otra titularidad, siempre y cuando el interés atacado sea merecedor de tutela conforme al ordenamiento jurídico apreciado en su integridad (antijuridicidad objetiva), basta que la agresión sea idónea para causar una lesión productora de un daño injusto según la acepción que hemos ofrecido de éste⁶¹⁵.

En tal sentido, ENNECERUS señala que “el ataque tiene que ser contrario a Derecho, esto es, tiene que chocar contra el ordenamiento jurídico”⁶¹⁶.

Es suficiente, por otra parte, que la agresión sea intrínsecamente injusta, objetivamente en contraste con los preceptos del ordenamiento jurídico, de forma que la defensa será admisible cuando se confronte con el hecho realizado por un sujeto no imputable –por un enfermo mental, por un niño, por un embriagado-.

Las agresiones no culpables también dan derecho a la legítima defensa, pero el interés en el prevalecimiento del Derecho es sustancialmente menor que en el caso normal. Es verdad que, pese a renunciarse totalmente a la pena en esos casos, aun se puede seguir defendiendo al Derecho contra el injusto; pero esa defensa ha de mantenerse en los límites que exige una protección del agredido

⁶¹⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.614.

⁶¹⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 363.

⁶¹⁶ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. Nota al pie. p. 363. ENNECERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Parte General. (traducción y notas de Derecho español de la 13^a edic. alemana, revisada por H.C. Nipperdey por B. PEREZ GONZALEZ y J. ALGUER), T^o I., Vol. II. Ed. Bosch. Barcelona.1950.p.177

guiada por la consideración social. Cuando se renuncia a la prevención por medio de la pena, también coincide con el contexto de valores del ordenamiento jurídico limitar asimismo la prevención por medio de la legítima defensa a la medida que es sencillamente imprescindible para la protección del agredido. De ahí se derivan tres topes que hay que tener en cuenta en la defensa frente a agresiones de niños, enfermos mentales, ebrios sin sentido, personas que obran en error invencible, en estado de necesidad disculpante, en exceso disculpado en la legítima defensa o en cualquier otra situación de inculpabilidad: a) el agredido tiene que esquivar cuando sea posible hacerlo sin peligro y mediante una defensa se le habrían de causar daños graves al agresor. Pero no está permitido matarlo de un disparo cuando sería posible sustraerse sin peligro a la agresión; b) hay que buscar el auxilio ajeno si con ello se puede repeler con menos dureza la agresión; c) cuando no se puede ni eludir la agresión ni conseguir ayuda, se puede hacer lo necesario para protegerse también frente a agresores no culpables; pero a diferencia de lo que sucede frente al agresor malicioso, hay que tener consideraciones si eso es posible sin un peligro propio considerable. Por tanto, hay que asumir el riesgo de sufrir daños leves (Por ejemplo, algunos golpes) antes de pasar de la defensa con los puños al uso de armas de fuego. Sin embargo, ese deber de “trato considerado arriesgado” tiene límites estrictos: pues nadie tiene por qué dejarse apalear aunque sea por un enfermo mental o por un menor no responsable penalmente⁶¹⁷.

Se excluye la legítima defensa cuando el ataque no es contrario a Derecho. Es el caso del servidor de la posesión. Este carece de la facultad de la legítima defensa frente al poseedor si éste le arrebatara la cosa, pero sí cabe perfectamente que el poseedor obre en legítima defensa contra todo atacante, e incluso contra

⁶¹⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007.p.. 638.

el poseedor mediato, pues está protegido en la posesión contra todos e incluso contra aquél por el cual posee⁶¹⁸.

No procede la legítima defensa cuando el ataque, a pesar de estar prohibido como regla general, estuviese permitido en las circunstancias del caso concreto. Se trata de supuestos en los que el atacante le asiste un derecho a intervenir, como en los casos de ejercicio legítimo de un cargo (Por ejemplo, el policía; la facultad de corrección de los padres; los supuestos expresamente previstos de autotutela, legítima defensa o en estado de necesidad)⁶¹⁹.

La conducta debe ser agresiva. La voz agresión indica la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión: en castellano agredir es acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño⁶²⁰.

Para BACIGALUPO, la agresión puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión). La jurisprudencia española exige que la agresión sea de carácter violento, aunque tiende a mitigar esa exigencia⁶²¹

De todos modos, uno de los interrogantes de la doctrina jurídico-penal, se refiere a la esencia ontológica de la agresión, es decir, de si ella se satisface con cualquiera de las dos formas de comportamiento (acción u omisión), o si por el contrario, exige una forma activa⁶²².

Al respecto, JESCHECK ha señalado que “el concepto de agresión tampoco requiere necesariamente un comportamiento activo. Pero no son de fácil delimitación los casos en que puede considerarse constitutiva de agresión la

⁶¹⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 364.

⁶¹⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 364. . GROSSO, C.F. Difesa legittima e statu di necessita. Giuffrè Editore. Milano. 1964. p. 311-312.

⁶²⁰ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 591.

⁶²¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 360.

⁶²² Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 50.

pura inactividad. La cuestión depende en gran medida del sentimiento jurídico”⁶²³.

La legítima defensa frente a una agresión omisiva se puede realizar, o bien obligando al garante a efectuar la actividad que evite el resultado, o bien siendo el propio tercero defensor quien evite el resultado. Por tanto, si una madre deja morir de hambre a su hijo, estará justificado por legítima defensa de terceros el sujeto que la obligue con violencia o amenazas a alimentar al niño, pero también quien penetre en la vivienda, deje fuera de combate a la madre que se oponía y alimente él mismo al niño. También actúa en legítima defensa el profesor que expulsa a personas que perturban la clase y que no abandonan el aula pese a su requerimiento⁶²⁴.

RUSCONI resume las diferentes posturas al respecto: La primera de ellas, está representada por los autores que estiman la imposibilidad de que la agresión ilegítima pueda cometerse mediante algún tipo de omisión. Una parte de los autores que así opinan, como afirma LUZON PEÑA, están influidos por el entendimiento previo de la agresión como suceso físico y violento, lo que – a su vez – limita los bienes jurídicos defendibles. En este conjunto, tácita o expresamente, se excluye incluso, a los casos de “comisión por omisión” u “omisión impropia”. Siguiendo esta posición, GOMEZ BENITEZ ha afirmado que : “ ni lingüísticamente parece admisible que el que omite agrede, ni preventivo-generalmente parece acertado permitir la desproporción característica de la legítima defensa frente a quien se abstiene de interferir - contra su deber- en un proceso causal, y esto hay que mantenerlo incluso en los siempre discutidos y graves casos de comisión por omisión. La segunda postura reside en la tesis totalmente opuesta, es decir aquellos que opinan que es viable responder a una agresión producida por una omisión, debido a que aquel

⁶²³ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 51.

⁶²⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.613.

concepto no presupone, de ningún modo, un comportamiento activo, sino sólo un tipo de comportamiento del cual es plausible esperar algún daño a un bien jurídico. Luego existen posturas intermedias, que se basan, la mayoría de las veces, en la posibilidad de que no toda comisión, sino sólo las omisiones impropias, puedan constituir agresión⁶²⁵.

Al respecto, LUZON PEÑA, dentro de esta postura intermedia, cita como caso especial la tesis de SCHMIDHÄUSER, quien reduce los casos de omisión configuradores de agresión a los supuestos en que “mediante una actividad se ha creado un estado duradero que debido a un cambio de las circunstancias, perjudica los derechos de otro y que sólo puede concluirse mediante una nueva actividad”⁶²⁶. Señala LUZON PEÑA que “sólo será agresión la omisión que ponga en peligro un bien jurídico particular, es decir, que cree o provoque el peligro o que, en caso de existir ya una situación de riesgo, la omisión aumente de modo concreto el riesgo para el bien jurídico. Esta delimitación material es preferible a la delimitación formal según la cual sólo la comisión por omisión puede ser agresión...En cualquier caso, la omisión propia queda excluida del concepto de agresión, porque no pone en peligro ningún bien jurídico individual, sino a lo sumo un bien jurídico supraindividual”⁶²⁷.

RUSCONI critica esta postura, por considerar que existe una confusión de planos en el autor español, toda vez que el criterio es altamente inseguro. La línea divisoria entre un bien jurídico individual y uno supraindividual es bien difusa en el marco del Derecho penal. Habrá omisiones susceptibles de ser agresión, pero que no habilitan legítimamente la autodefensa por dirigirse a bienes supraindividuales, tanto como esto puede suceder con comportamientos activos. Y concluye: a) es cierto que no hace falta acudir a un límite tan difuso

⁶²⁵ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 52.

⁶²⁶ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 52, nota al pie.

⁶²⁷ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 55.

como el que distingue las omisiones en propias o impropias; b) el criterio “material” ofrecido por LUZON PEÑA es aplicable al problema global de la agresión ilegítima, pero no está relacionado con el tema recién tratado⁶²⁸.

Uno de los problemas con que se enfrenta la doctrina, tiene que ver con las agresiones antijurídicas realizadas por inimputables o quienes actúan sin culpabilidad.

Problemático es saber también si se puede considerar agresión a la acción de un incapaz de culpabilidad o inimputable o del que obra por error. Mientras que un sector minoritario piensa que en estos casos falta la agresión, tal el caso de STRAFECHT, otro piensa que en el supuesto de un enfermo mental o de un niño, se restringe la amplitud de la defensa, dado que frente a tales sujetos, carece de sentido la ratificación del orden jurídico como tal y sólo queda un derecho individual de defensa si no era posible eludir la agresión. En la práctica los resultados son similares. La doctrina española considera suficiente la antijuridicidad formal y puramente objetiva⁶²⁹.

Los autores han reaccionado, en el marco de la tendencia limitadora de los efectos nocivos de la eximente, de dos maneras: a) sosteniendo que la circunstancia de que el sujeto agresor sea inimputable, impide que se caracterice su acometimiento como “agresión ilegítima”; b) afirmando que, aunque se entienda que los agentes no culpables pueden agredir ilegítimamente, es necesario provocar algún límite político criminal a la facultad de reaccionar. La primera postura implica el desarrollo de un concepto de antijuridicidad específico para la interpretación de las agresiones en el marco de la legítima defensa que incluya el carácter culpable de la acción. Para ello, no hay ningún sustento legal. Es forzado entender que alguien no pueda ser agredido por un inimputable. Respecto de la segunda tesis, se ha opinado que “

⁶²⁸ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 56.

⁶²⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 361.

quien se enfrenta a esta clase de agresiones debe mantenerse dentro del marco de lo necesario, que en estos casos aconseja más evitar la defensa directa o la búsqueda de ayuda de autoridad, si ello es posible, que el enfrentamiento lesivo de bienes jurídicos del agresor. Si ello no fuere posible, el que se defiende debe ofrecer una resistencia inicialmente disuasoria y soportar el riesgo de pequeños perjuicios. Se sostiene que los sujetos activos inculpables no han merecido para la ley penal “el máximo rigor penal”, lo cual se atribuye al hecho de que no existe una auténtica necesidad preventivo-general. De allí, que los autores que otorguen a la eximente aquí analizada una función preventivo-general pretendan ser consecuentes y transpolar esa limitación al ejercicio de la defensa en el marco de la justificante⁶³⁰.

G.P.FLETCHER ha intentado contestar este interrogante al analizar la admisibilidad o no de la defensa justificada contra un agresor psicótico. Para ello, ha señalado que tal admisibilidad depende de diversas teorías sobre la legítima defensa, las que tienen implicancia diferentes respecto de la aceptación o rechazo de la regla de que la defensa debe ser proporcionada a la agresión (en el sentido de que no debe lesionar un bien desproporcionadamente más valioso que el bien que el agresor pone en peligro). Para ello, distingue tres concepciones centrales sobre la legítima defensa: a) la que la concibe como una excusa fundada en la “compulsión” a la que se halla sometido el agredido frente a la inminencia de sufrir un grave daño; b) la que parte de la idea, subyacente al estado de necesidad, de hacer prevalecer el bien más importante, agregando que los bienes del agresor se “desvalorizan” en la medida en que éste actúa culpablemente; c) la concepción que ve la legítima defensa como un derecho individual que deriva de la autonomía de la persona y que convierte a

⁶³⁰ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc.Bs.As., abril de 2001. p.81.

quien lesiona tal autonomía, culpablemente o no, en un “enemigo” del orden jurídico, que queda al margen de la protección de éste⁶³¹.

FLETCHER descalifica la primera teoría con el siguiente argumento: una implicación inaceptable de concebir a la legítima defensa como una excusa, es que los terceros que intervinieran en defensa del agredido serían punibles. La misma objeción le merece al autor la segunda teoría, aun cuando el alcance de la consecuencia cuestionada es, en este caso, mucho más restringido: si la lesión a un bien mayor del agresor se justifica sólo en cuanto ese bien está “desvalorizado” por la culpabilidad del agente, esto implica que no puede lesionarse legítimamente un bien de un agresor no culpable que sea más importante que el que él pone en peligro; la impunidad de quien se defiende sólo puede fundarse en un estado de necesidad disculpante, lo que determina la consecuencia contratuitiva de que los terceros que lo ayudasen serían punibles. Estos reparos contra las teorías anteriores lo llevan al autor a suscribir la tercera tesis sobre la legítima defensa, que es, según él, la única que permite ver la defensa contra la agresión de un loco, sea por parte de la víctima potencial o de un tercero, como una acción justificada⁶³².

Según el autor, esta teoría, al concebir toda agresión como una violación del ámbito de la autonomía individual que coloca a su agente fuera de la protección jurídica, excluye la regla de que la defensa debe ser proporcionada a la agresión. El hecho de que el agresor se convierta en un extraño al sistema jurídico justifica cualquier daño que pueda infligírsele, siempre que sea necesario para evitar que el ataque se materialice⁶³³.

Por su parte, NOZIK parte de una concepción retribucionista de la pena, según la cual, la pena merecida por el delito multiplicado por el grado de

⁶³¹ Ver NINO, Carlos S. Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p.269.

⁶³² Ver NINO, Carlos S. Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p 269.

⁶³³ Ver NINO, Carlos S. Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008, p. 270.

responsabilidad o culpabilidad del agente en la producción del daño. Sostiene que este esquema retribucionista puede concretarse con algunas cuestiones de legítima defensa de la siguiente manera: una posible regla de proporcionalidad establecería el límite superior del daño que puede infligirse en autodefensa contra quien ataca, de tal modo que aquel daño constituya una cierta función del daño que se pretende evitar, variando directamente con la magnitud de éste último. Esa función es tal que el daño causado en autodefensa puede ser mayor o, por lo menos, igual al daño esperado⁶³⁴.

Para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa (y no, por ejemplo, por cólera o por la intención de dañar al agresor). Si el sujeto no es consciente de la situación de legítima defensa que objetivamente concurre, su acción debe enjuiciarse como tentativa imposible⁶³⁵.

En relación con lo precedentemente expuesto, otro aspecto discutido es la cuestión relativa al carácter doloso o imprudente de la acción agresiva⁶³⁶.

Existen al respecto dos posturas: una, opina que la acción que da base a la agresión antijurídica, para habilitar la legítima defensa, debe ser dolosa – en el sentido de la teoría del injusto personal - . La otra, piensa que cabe la legítima defensa contra “agresiones” sólo imprudentes – es decir, cuya ilicitud se funda en el incumplimiento del deber objetivo de cuidado -. Respecto de la primera posición, sostenida aparentemente por SCHAFFSTEIN⁶³⁷, destaca la “contradicción metodológica” en los autores que entienden el concepto de

⁶³⁴ Ver NINO, Carlos S. Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p.274.

⁶³⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.667.

⁶³⁶ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.56.

⁶³⁷ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p. 57.

defensa de modo final y a la agresión “de modo puramente causal-objetivo” – lesión objetiva del derecho positivo-. Según SCHAFFSTEIN, lo que se exige en un lado debe ser válido en otro⁶³⁸ .

RUSCONI señala al respecto que las dos cuestiones tratadas (la lesión del deber objetivo de cuidado como agresión ilegítima y el tipo subjetivo de la justificante) reconocen orígenes diversos y de ningún modo opciones contrapuestas. La exigencia del conocimiento de la agresión y la voluntad de defenderse se fundan en razones distintas que las que, eventualmente, indicarían la necesidad del carácter doloso de la acción. El tipo subjetivo de esta justificante se basa en la convicción de que el orden jurídico no deja al individuo “aprovechar” una eventual agresión para realizar un ilícito deseado, sino que brinda una alternativa de defensa directa de algunos bienes individuales, cuando la única vía posible fuera el tener que soportar, injustamente la agresión⁶³⁹.

Respecto de la posibilidad de que la acción imprudente constituya agresión, LUZON PEÑA se ha dedicado al tema, sosteniendo la tesis negativa a tal alternativa.

En tal sentido, el citado autor entiende que si es admisible la función ética preventivo - general de la sanción estatal frente al ilícito imprudente, no está claro por qué la cosa debería cambiar en los supuestos de legítima defensa. “Sólo puede hacer frente a tales objeciones una concepción que parta del hecho de que no es igual la función de intimidación de la pena que la de la legítima defensa”. “Frente a los delitos culposos es factible y necesaria la función intimidatoria de la pena, pero no es posible estructuralmente que la legítima defensa despliegue su función de intimidación”⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo, La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.57.

⁶³⁹ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo, La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.59.

⁶⁴⁰ RUSCONI, Maximiliano Adolfo, La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.64.

Contra esta postura, RUSCONI sostiene que desde el punto de vista del sujeto agredido, que el sujeto agresor actúe con dolo o sólo imprudentemente no hace presumir nada de su mejor o peor suerte. Son imaginables numerosos casos en los cuales una agresión imprudente significa un riesgo equivalente al de una dolosa, independientemente de la cantidad de reproches que una y otra merezcan. Privar al titular del bien jurídico de la posibilidad jurídica de defenderse legítimamente en forma directa es político-criminalmente errado. El sujeto no tiene el deber de soportar los costos de un desprecio de los bienes jurídicos por parte de otro individuo. Y si esta ausencia de deber tiene limitaciones, ellas sólo serían la consecuencia de presupuestos ético-sociales basados en principios político criminales bien distintos. Esto no significa que el sujeto agredido puede defenderse de una agresión culposa del mismo modo que de una dolosa. Según RUSCONI, el límite adecuado se encontrará en otro elemento co-fundante de la legítima defensa: la necesidad. Sólo será legítima la acción defensiva que sea “requerida” para despejar la agresión. Cualquier exceso en esta valuación inhabilita la reacción privada a la agresión⁶⁴¹.

La agresión tiene que ser actual. La actualidad del peligro no permanecerá una vez que la agresión haya cesado por cualquier motivo –como es el caso de la lesión de un bien que se ha producido ya, o cuando el riesgo se haya disipado y el daño no pueda verificarse-. Si entonces el titular del derecho violado pasa a la ofensiva, no podrá invocar en su favor la legítima defensa⁶⁴².

Actual es la agresión que es inminente o aun persiste. No es necesario que la agresión haya llegado ya hasta una tentativa en sentido penal (legítima defensa del ingeniero forestal contra el cazador furtivo, que no depone la escopeta ante la intimación). La agresión persiste también después de la formal consumación de un delito, tanto tiempo cuanto ella intensifica aun la lesión de un bien

⁶⁴¹ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.68.

⁶⁴² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 365.

jurídico; por eso es admisible defensa legítima contra quien huye con la presa hurtada⁶⁴³.

De modo que la agresión es actual mientras se está desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquélla, es equivalente a la actualidad⁶⁴⁴.

En suma, una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue⁶⁴⁵.

Los problemas derivan de la cuestión atinente a cuándo han de considerarse empezado o terminado el ataque. Para resolver tal cuestión lo decisivo es si la actividad ha sido llevada hasta un punto tal en que el peligro se halla inmediatamente presente y si los daños no se han evitado o no se han producido ya definitivamente. En tal sentido, ENNECERUS señala que “ es posible la legítima defensa antes de que exista una tentativa en el sentido del Derecho penal y sigue siendo admisible después de haberse consumado, en el sentido del Derecho penal, el delito implícito en aquel ataque; y – ejemplifica, el cazador furtivo sorprendido *in fraganti*, que introduce el cartucho en la escopeta puede ser muerto en legítima defensa y lo mismo el ladrón que huye con lo robado y no pueda ser perseguido de otro modo, pero no el ladrón que es descubierto otro día llevando la cosa robada, el ataque ha de considerarse como perdurante mientras sea de temer una repetición del acto del ataque , por ejemplo un tiro”⁶⁴⁶.

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 la tentativa. En ese ámbito de los actos preparatorios próximos a la tentativa que

⁶⁴³ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p.92.

⁶⁴⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 363.

⁶⁴⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 618.

⁶⁴⁶ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 366. ENNECERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Parte General. (traducción y notas de Derecho español de la 13ª edic. alemana, revisada por H.C. Nipperdey por B. PEREZ GONZALEZ y J. ALGUER), Tª I., Vol. II. Ed. Bosch. Barcelona. 1950. p. 551., nota nº 8.

ya fundamentan legítima defensa es donde encaja el “disponerse inmediatamente a la agresión” (por contraposición a la agresión sólo en preparación, que todavía no es actual, y al disponerse inmediatamente a realizar el tipo, que ya constituye una tentativa). Ello significa en las agresiones violentas, por ejemplo, que concurrirá una agresión actual con el inicio –no simplemente verbal- de las hostilidades que dentro de un proceso histórico único van a dar lugar a la realización del tipo⁶⁴⁷.

Para ROXIN, una agresión solamente planeada o en fase de preparación que aun no está próxima a la tentativa nunca puede fundamentar legítima defensa⁶⁴⁸.

También cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aun continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aun no esté materialmente agotada o terminada. Por eso es admisible la legítima defensa en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación antijurídica. En el delito de allanamiento de morada (art. 123 del StGB) o el de la detención ilegal (art. 239 del StGB) ya se han consumado con la acción de entrar y encerrar, respectivamente, pero la agresión sigue siendo actual mientras el intruso permanece en la casa o mientras la víctima esté encerrada; por ello estarán justificadas por el art. 32 del StGB las conductas de expulsar a la persona que haya entrado o la de volar la puerta del calabozo, como era necesario para liberarse. La situación es distinta cuando coinciden consumación formal y agotamiento o terminación material: así quien responde a una injuria o una bofetada con una bofetada, no está justificado por legítima defensa, puesto que la agresión ya no es actual y por regla general aun no serán actuales eventuales nuevas agresiones. Por ello el art. 233 del StGB sólo prevé en cuanto a la sanción

⁶⁴⁷ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 620.

⁶⁴⁸ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 621.

una dispensa o atenuación de pena. Sólo si el agresor sigue pegando o pronunciando insultos o expresiones injuriosas de modo que aun continúa en el momento de la defensa, habrá legítima defensa que amparará la conducta del agredido que con un contraataque físico lo obligue a concluir o callar⁶⁴⁹.

4.2. La racionalidad de la defensa legítima

Cuando se habla de “racional”, se alude a la ponderación con que ha de apreciarse tal circunstancia, no pudiendo basarse o dejarse a la exclusiva estimación subjetiva del defensor, sino mediante la aplicación de una regla susceptible de individualización para la apreciación, de un modo razonable, del peligro existente en el momento del ataque. De esta forma, los juzgadores han de realizar una valoración individualizada y circunstancial del caso, “poniéndose con la imaginación en el lugar donde se desarrollaron los acontecimientos, valorando los antecedentes del hecho, las personas, así como cuantas circunstancias concurren en la ocasión”⁶⁵⁰.

El juez debe, por ello, examinar, caso por caso, las circunstancias propias del supuesto del hecho, y en tal apreciación, adquieren singular relevancia las condiciones en las cuales actuaba el defensor, los medios defensivos de los que disponía, el tiempo, el lugar y la modalidad de la agresión ilegítima, etc⁶⁵¹.

El enfoque prevaleciente en Argentina difiere tanto del vigente en los países del *common law* como el que impera en Alemania, ya que acepta decididamente la regla de la proporcionalidad.

En este sentido SOLER afirmar que “Los países latinos, en general, no han adoptado el rigorismo de ese principio, que si bien resuelve con sencillez los

⁶⁴⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 621-622.

⁶⁵⁰ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 367. STS español del 14 de febrero de 1956 (Art. 393).

⁶⁵¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 366.

casos académicos posibles, choca, por cierto, con la sensibilidad. Efectivamente, la ley nuestra, al igual que la de los otros países latinos, habla de la necesidad racional, y esa expresión desempeña el efecto moderador que BINDING y MAYER reclamaban de las costumbres. Es así que, contrariamente al principio alemán, en los países latinos prospera el criterio según el cual esa proporcionalidad no debe referirse solamente a la gravedad del ataque, sino a la naturaleza e importancia del bien que se tutela. Es verdad que en principio “nadie puede ser obligado a sufrir un daño injusto por el solo hecho de éste sea resarcible” (cita de MANZINI); no se trata de sancionar semejante principio, sino de optar entre dos males, a objeto de que la grave facultad de tutelar privadamente los derechos, corresponda a un motivo realmente grave; entiéndase bien, siempre que la evitación de un pequeño mal sólo pueda lograrse con una medida extrema”⁶⁵².

En el Derecho argentino, una posición particular ha sostenido ORGAZ: “La defensa, para que sea legítima, debe ser racional en un doble aspecto: en cuanto a la necesidad de la defensa misma y el medio empleado. La primera requiere una racional proporción entre los bienes en pugna, el del agredido que se defiende, y el del agresor, que aquél puede legítimamente lesionar al repeler la agresión. Es a todas luces indudable que un bien patrimonial de poca importancia no puede autorizar la muerte o la lesión del agresor, que aquél puede legítimamente, aun cuando esta muerte o lesión haya sido, en las circunstancias del caso, la única posibilidad práctica para impedir el ataque... En nuestro Derecho la proporción de los bienes de agresor y agredido es una exigencia de la ley que, por lo demás, concuerda con lo que requiere el estado de necesidad, concordancia lógicamente sensata, desde que la defensa legítima...es un caso especial del estado de necesidad”⁶⁵³.

⁶⁵² NINO, Carlos S. Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.p.271.

⁶⁵³ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.74.

En Alemania, este requisito no tiene carácter legal expreso, por lo que los casos de racionalidad han sido considerados supuestos de abusos del derecho de defensa⁶⁵⁴.

El art. 32 del StGB alemán, no contiene una exigencia expresa de la proporcionalidad entre la reacción defensiva y la agresión antijurídica, sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina de aquel país tienden a recuperar, al menos en parte, la exigencia de este requisito, prescindiendo del tenor literal de la norma. Por otro lado, si un individuo está, en un primer momento, dentro de los límites de la legítima defensa y posteriormente, habiendo reprimido la ventaja del agresor, sobrepasa los límites de una defensa razonable, surgirá la responsabilidad civil – siempre y cuando dicha defensa sea culpable – en cuanto a los daños que sean consecuencia de la extralimitación⁶⁵⁵.

El problema ha sido planteado en ese país por ROXIN, quien señala: “Según el art. 52 ⁶⁵⁶del StGB, una defensa está justificada *“si es requerida para rechazar una agresión antijurídica actual de sí o de otro. El Derecho alemán no exige, pues, por principio, una proporcionalidad entre daño que amenaza y producido. Sin embargo, es de seguro valiosa una limitación, conforme a la cual no pueda darse muerte a un ladrón de manzanas invocando la legítima defensa, aunque éste fuese el único medio para impedir el hurto”*. Pero, ¿cómo se puede fundamentar dogmáticamente tal desviación del tenor literal? Opina RUSCONI que también en esto se ha de recurrir a principios básicos político-criminales, que dominan el conjunto de la legítima defensa”⁶⁵⁷.

ROXIN propone analizar la cuestión de la mano de los principios político-criminales que, según él, otorgan un marco adecuado para el planteo y la solución de los problemas concretos. Estos principios son: el de protección y el

⁶⁵⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 585.

⁶⁵⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 366.

⁶⁵⁶ Se refiere a su anterior versión.

⁶⁵⁷ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.75-76.

de mantenimiento del derecho. Según ROXIN es claro que el fundamento de la legítima defensa es suplir la protección del Estado en circunstancias en las cuales ésta se torna imposible, otorgándole al individuo un poder de defensa personal. Sin embargo, como afirma el autor alemán, además de las necesidades de protección, el Estado persigue algunos fines de prevención general intimidatoria, que excederían los propios límites de la proporcionalidad tal cual rige, por ejemplo, en el estado de necesidad. De otro modo, el solo efecto protector de la huída quitaría legitimación al resto de las opciones defensivas. Ello se enmarca en el otro principio citado por el autor alemán: el de “mantenimiento del Derecho”. “El legislador quiere que el agresor corra un riesgo considerable y que el Derecho se imponga a los ojos de la generalidad frente al injusto. Se compromete a una intimidación de agresor potencial y a un fortalecimiento de la confianza de la población en la fuerza de imposición del derecho, luego persigue un objetivo esencialmente preventivo general”. La inserción de las consideraciones preventivas, según ROXIN, tiene el efecto de explicar las razones para limitar la legítima defensa allí donde las necesidades preventivas son menores, por ejemplo en casos en los cuales la agresión se corresponde con un delito de bagatela. En estos casos, “el principio de mantenimiento del Derecho tiene que posponerse, con el efecto que la legítima defensa tiene que atenerse al marco de la proporcionalidad”. Lo mismo sucedería en los supuestos de agresiones de niños e inimputables mentales: estas personas no pueden ser intimidadas. En tal sentido, ROXIN afirma que “La dogmática moderna de la legítima defensa, como es sostenido preponderantemente en la teoría y la jurisprudencia alemanas, ha desarrollado de este modo, a partir de la estructura político-criminal de la causa de justificación un sistema escalonado cuidadosamente de derechos y defensas mayores y menores, cuyo objeto es poner en consonancia, tanto como sea posible, adecuación a los fines, justicia y humanidad⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición

Entiende ROXIN que 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. Entiende que así lo ha señalado el BGH (GA 1956, 49), al afirmar que “el defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como medios defensivos los medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro”⁶⁵⁹. Por lo tanto, en primer lugar, la defensa ha de ser idónea. Ello significa que, si alguien me agrede físicamente, yo en pago le rajo los neumáticos de su automóvil, ello no está amparado por la legítima defensa. Por otra parte, debe ser el medio más benigno posible: quien pueda repeler al agresor con sus puños o a patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revólver; y quien pueda intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego o mediante un disparo de advertencia, no puede disparar sin más⁶⁶⁰.

WELZEL afirma que “acción de defensa es la realizada para el fin de la defensa. Quien se defiende debe tener la voluntad de defensa”.

Por eso, agrega el autor citado, no hay defensa legítima si el autor quiso lesionar, y con ello, sin tener la idea, rechaza la agresión de otro.

La acción debe ser necesaria para la defensa. La necesidad se determina de acuerdo con la fuerza real de la agresión. La defensa puede ir tan lejos como sea necesario para la defensa real de la agresión, pero no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello. Por eso, el agredido debe aplicar siempre el medio mínimo, que, sin embargo, puede ir en el caso dado hasta la muerte,

actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc.Bs.As., abril de 2001. p.77-78.

⁶⁵⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 628.

⁶⁶⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 629.

cuando ésta sea el último medio para la defensa (RG., 55-82). La necesidad debe juzgarse desde el punto de vista del que realiza la acción.

Si un tiro a larga distancia es la defensa necesaria, entonces está justificado, también si pega mortalmente, a pesar de que hubiera bastado lograr la incapacidad para la lucha, pues no tenemos la capacidad de medir absolutamente los efectos de las acciones. Sin embargo, si la diferencia es tan relevante, que fue evitable para el autor bajo las circunstancias dadas, entra en cuestión la culpa.

La necesidad es independiente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección. También puros bienes materiales, pueden ser protegidos, en caso necesario, mediante la muerte del agresor, pues el derecho no precisa ceder tampoco aquí ante lo injusto.

Sin embargo, el derecho de defensa legítima debe tener su límite, donde la gravedad de la lesión sea socialmente intolerable, en relación con la irrelevancia de la agresión; por ejemplo: en la muerte del agresor por sustracción de un pedazo de pan. La fuga no es exigible, en principio, al agredido, pero si, en cuanto su honor no sufra desdoro, en eludir la agresión (especialmente frente al inculpable), lo mismo que la aceptación de ayuda ajena. La mera defensa de desorden (eventualmente perturbación del descanso nocturno), se elimina totalmente del derecho de defensa legítima; es necesario y admisible solo dentro del marco de una defensa proporcional⁶⁶¹.

No toda defensa necesaria es permitida. Si alguien mata de un tiro a un niño para impedir un hurto de fruta, ello podrá ser necesario para repeler la agresión si no se puede preservar de otro modo la propiedad. Pero que no se puede permitir una defensa semejante, es algo que todo el mundo reconoce al menos en un supuesto tan craso como éste⁶⁶².

⁶⁶¹ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p.92-94.

⁶⁶² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007.p. 635.

Ahora bien, el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo. Por lo tanto, no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible si no tiene éxito ser víctima de la agresión⁶⁶³.

Señala ROXIN, que lo que sea necesario para la defensa es algo que debe juzgarse según baremos objetivos. Quien en su excitación considera necesario un disparo, sin darse cuenta que podía haber evitado la agresión exactamente igual cerrando la puerta de entrada, obra sólo en legítima defensa putativa. Sin embargo, la defensa necesaria debe determinarse *ex ante*, concretamente según el juicio de un tercer observador sensato. Por tanto, si un gangster lleva a cabo una toma de rehenes con una pistola descargada, matarle con disparos será una defensa necesaria para repeler esa agresión a la libertad de actuación de los rehenes; pues un tercero que juzgue la situación también tiene que contar *ex ante* seriamente con la posibilidad de que la pistola esté cargada, y el defensor no tiene por qué correr un riesgo⁶⁶⁴.

En principio, no es exigible al agredido que evite la agresión huyendo. Sólo en casos que esta provenga de un niño, un enfermo mental etc., se debe evitar exigir evitar la agresión por un medio distinto de la defensa⁶⁶⁵.

También en caso de agresiones irrelevantes es necesario restringir el riguroso derecho de la legítima defensa, porque el interés en el preavalecimiento del Derecho es considerablemente menor que en el caso normal. Este debilitamiento del interés en el preavalecimiento del Derecho se manifiesta en la vigencia del principio de oportunidad en asuntos-bagatela, en los delitos privados, perseguibles mediante querrela y en las contravenciones; principio

⁶⁶³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 629.

⁶⁶⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 631.

⁶⁶⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 369.

del que se desprende que el legislador no considera imprescindible sin más la prevención mediante la sanción. Si ni siquiera está necesariamente indicada una sanción penal relativamente inofensiva, tampoco se puede admitir sin restricciones una afirmación privada del Derecho. Por eso es recomendable enlazar en la definición de la “agresión irrelevante” con los tres preceptos citados; y aparte de ello también habrá que considerar irrelevantes las agresiones a bienes jurídicos no protegidos penalmente (Por ejemplo, la posesión)⁶⁶⁶. En caso de un intento de desposesión temporal no es preciso huir con la cosa, sino que cabe la defensa haciendo retroceder a empujones al agresor. Igualmente, ante un allanamiento de morada (delito perseguible en el Derecho penal alemán mediante querrela) no es preciso llamar a la policía, sino que se puede expulsar personalmente al intruso. El límite se sitúa allí, donde la defensa resulta peligrosa para la vida. Por consiguiente, para defenderse frente a un pequeño hurto o una vulneración de la esfera privada no se puede disparar al otro de tal manera que resulte gravemente herido, o incluso muerto, sino que, si una defensa segura fuera tan peligrosa, habrá que conformarse con medios más benignos, aunque menos seguros⁶⁶⁷.

Tiene menor importancia el principio del prevalecimiento del Derecho en el marco de las relaciones que según las reglas de la teoría de la omisión (art. 13 del StGB)⁶⁶⁸ fundamentan una posición de garante, lo que cobra importancia práctica sobre todo en la relación paterno-filial y entre cónyuges. Allí donde los intervinientes están recíprocamente obligados bajo amenaza de pena a evitar daños para los otros, en caso de agresiones de uno contra otro ciertamente podrá el agredido protegerse defendiéndose, pero el interés en el

⁶⁶⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007.p..646.

⁶⁶⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007.p..647.

⁶⁶⁸ Art. 13 (StGB): “I. Quien omite evitar la consumación de un delito penal será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer.”

prevalencimiento del Derecho retrocede ante el deber de consideración humana mientras se pueda considerar aun subsistente una relación de solidaridad entre los implicados. Ello conduce a restricciones similares a las que proceden ante la agresión irrelevante. Si en el curso de una discusión conflictiva, como las que a veces se producen incluso en un matrimonio intacto, uno de los intervinientes se encoleriza y se dispone a pegar a su cónyuge, éste conservará su derecho a la legítima defensa en la medida en que le es lícito replicar con otro golpe o defenderse de otro modo (incluso a costa de causar lesiones) de la agresión. Pero como la posición de garante del ofendido aun no ha sido anulada por la acción incorrecta de su pareja, la conjunción del derecho de defensa y del deber de protección ha de repercutir en una limitación inmanente a la legítima defensa en caso de medidas defensivas peligrosas para la vida.: El agredido no puede sin más matar o lesionar gravemente a su pareja , aunque sólo de ese modo pueda evitar con seguridad el golpe, sino que tiene que esquivar o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aun corriendo el riesgo de sufrir el mismo daños leves⁶⁶⁹.

Un problema no abordado aun por la jurisprudencia alemana, pero sí por la doctrina, señala ROXIN, es el de la legítima defensa contra amenazas constitutivas de chantaje. Si aquí se concediera un derecho ilimitado de legítima defensa, el chantajeadado, si no encuentra otro recurso, podría matar clandestinamente al chantajista. Pero esto parece inadecuado, porque tanto la necesidad de prevalencimiento del Derecho como la protección están considerablemente disminuidas. En efecto, si el chantajeadado pudiera afirmarse de ese modo contra el injusto, ello se produciría en unas circunstancias que tendrían que rehuir la luz y harían que el hecho apareciera ante el público como un delito de homicidio cometido por un autor anónimo, lo que menoscabaría la sensación general de seguridad jurídica y no puede ser algo deseable a efectos

⁶⁶⁹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007.p.652.

preventivos. Por consiguiente, las ideas básicas de la legítima defensa sólo son aplicables en una medida muy restringida a la conducta de proceder de propia mano contra el chantajista; y correlativamente, el auxilio de un tercero también estará requerido por la legítima defensa sólo en una medida muy limitada. Hasta dónde deben llegar las restricciones es algo que aún está poco claro. Pero en todo caso habrá que considerar que es inadmisibles dar muerte o causar lesiones graves al agresor. AMELUNG sólo considera justificadas por legítima defensa la “contradefensa comunicativa” (engaños y amenazas con el fin de obtener la devolución de los documentos acusatorios, o en parte también, otras contra-coacciones) y la “fijación de la conducta del chantajista” (grabaciones magnetofónicas secretas de las llamadas telefónicas del chantajista). Pero yendo aun más lejos, se puede justificar también el allanamiento de morada, los daños, el hurto, la supresión de documentos acusatorios y delitos menos graves similares, en la medida en que sirvan para eliminar el material utilizado para el chantaje. En cambio, en todo caso debería excluirse la violencia contra la persona del chantajista⁶⁷⁰.

El Código penal español (art. 20, 4ª) establece que “en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima al ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes”. En este párrafo, señala BACIGALUPO, se hace referencia a dos problemas: la cuestión de la interpretación de la antijuridicidad de la agresión en los ataques contra los bienes y la de los límites del derecho de defensa⁶⁷¹.

CORDOBA RODA estima que no se requiere que dicho ataque represente un delito según el sentido completo de la noción del párrafo primero del art. 1ª del Código Penal español, por lo tanto será suficiente con la “tipicidad” y la “antijuridicidad” de un delito contra la propiedad. BACIGALUPO entiende que

⁶⁷⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007.p.655.

⁶⁷¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 365.

se deberá también requerir la capacidad de culpabilidad (imputabilidad y la conciencia del autor de la agresión) para que se pueda admitir un derecho pleno de defensa. De lo contrario, no se lo concederá cuando la agresión no se pueda evitar de otra manera⁶⁷².

No se puede considerar satisfactorio el requisito del carácter delictivo de la agresión en el caso de la defensa de los bienes. Aquí, sin embargo, no se trata de una objeción valorativa, como en el caso de la presunción de agresión en la defensa de la morada. La decisión de exigir una cierta gravedad de la agresión para justificar la defensa de la propiedad no es en modo alguno incorrecta desde el punto de vista de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1ª Constitución española)⁶⁷³.

El requisito de la defensa más discutido en la doctrina española es el relativo a si es necesaria la proporcionalidad en la reacción defensiva. En principio, parece que, en sentido amplio, no hay existencia estricta de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, la necesaria proporcionalidad de la defensa ha querido extraerse y verla legalmente reconocida en la circunstancia que, den el Código Penal vigente, constituye el requisito segundo del nª 4 del art. 20 del Código Penal español –“necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”-. En este sentido, se ha dicho que el medio al que se refiere este precepto no es solamente el puramente instrumental del elemento vulnerante escogido, sino también la situación en que respectivamente se encuentran los implicados en el supuesto de hecho, a fin de calibrar el peligro que amenazaba el defensor y determinar si éste se mantuvo dentro de los límites que, de una manera racional, exigía su defensa eficaz⁶⁷⁴.

⁶⁷² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 366.

⁶⁷³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 366.

⁶⁷⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 366. STSS español del 3 de febrero de 1950 (Ar.267); 6 de octubre de 1990 o 4 de febrero de 1983 (Ar.727).

La pregunta debería formularse de la siguiente manera: si no se hubiera utilizado ese medio de defensa, ¿el sujeto hubiera sido dañado por la agresión?, en donde no es legítimo incluir hechos no sucedidos como la posibilidad de acudir a un instrumento menos lesivo de la defensa. En ese contexto, el término “racional” asegura que el medio utilizado sea el de menor capacidad potencial de daño y sólo eso⁶⁷⁵.

Una jurisprudencia constante afirma que la legítima defensa no puede justificar un acto ilícito que no tenga la condición de haber sido verdaderamente necesario para responder a la agresión y que los medios empleados hayan sido desproporcionados en relación a los utilizados por el agresor⁶⁷⁶.

De ello, surge necesario destacar los conceptos de necesidad y proporcionalidad allí apuntados.

En el estado de necesidad justificante el medio lesivo se emplea para evitar un mal mayor, según el art. 34 del Código penal argentino, en tanto que en la legítima defensa su empleo tiene lugar para evitar las consecuencias lesivas de una conducta antijurídica. No se trata de considerar que en la defensa legítima media una tolerancia de la iniciativa individual o colectiva frente a las agresiones ilegítimas, porque ningún Estado de Derecho “tolera” el Derecho, y además, si algo habría que deplorar en el caso sería precisamente la ineficacia del propio Estado y no la acción del ser humano que impide o interrumpe la agresión. La cuestión que plantea la legítima defensa no es pues, de tolerancia, sino de racionalidad respecto de los límites de este derecho, tal como deben plantearse en todos los ejercicios de derechos⁶⁷⁷.

La diferencia con el estado de necesidad es notoria, pues mientras que en éste el orden jurídico acepta la producción del mal menor, y por ello, el límite de la

⁶⁷⁵ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.86.

⁶⁷⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 366-3t67.

⁶⁷⁷ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 581.

justificación termina en el impedimento del mal mayor, en la legítima defensa debe sostenerse que se trata de evitar el resultado de la conducta antijurídica. En esta discusión lo único cierto es esta diferencia, y por lo tanto, la legítima defensa no tiene los límites que provienen de la ponderación de males del estado de necesidad sino los que le impone la racionalidad con ausencia de disparidad escandalosa⁶⁷⁸.

Frente a ello, cabe considerar cuáles son los límites de la legítima defensa.

En la doctrina italiana se han formulado dos tesis en orden a la solución que cabe adoptar en relación con la responsabilidad civil en el caso de exceso culposo en la legítima defensa. Así, al lado de una primera orientación que reputa al agredido enteramente responsable de las consecuencias lesivas causadas al asaltante, se ha desarrollado una segunda tendencia, favorable a la reducción del *quantum* indemnizatorio del que debe responder el agredido, atribuyendo al sujeto agredido de una cuota proporcional (o resarcimiento correspondiente) al daño derivado del exceso culposo en la reacción. Diversas han sido las razones que se han aportado para justificar esta última solución. BUSTO LAGO estima suficiente, para adoptar esta solución, poner de relieve el hecho de que es difícil negar que el hecho del agresor sea causa eficiente del exceso en la reacción, de manera que su conducta concurre a la producción del evento dañoso y, por lo tanto, al igual que en los demás supuestos de concurrencia de culpas, una cuota de la indemnización permanecerá a cargo del agresor dañado⁶⁷⁹.

El exceso en la legítima defensa consiste en la magnificación de la situación de peligro en que se halla el sujeto agredido, siendo la consecuencia la reacción desmedida de éste contra la agresión, reacción desmesurada que habitualmente

⁶⁷⁸ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 584-585

⁶⁷⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 368.

se plasma en la utilización de un medio que no resulta racional para conjugar la agresión de que era objeto.

Excede la legítima defensa quien emplea medios que superan los que hubiesen sido necesarios para repeler el ataque, cumpliendo con la finalidad justificante propuesta.

Constituye exceso en la defensa la acción defensiva que, no obstante haber existido agresión ilegítima pues hubo un ataque representado por un menoscabo a la persona y el atacante obró sin derecho, ha ido más allá de “repeler el peligro”; porque entre las posibilidades a utilizar, no ha sido el medio elegido el necesario racionalmente para neutralizar la agresión; hubo falta de “necesidad racional”, es decir lo necesario según la razón.

En caso de exceso en la legítima defensa, el acto de quien se defiende será ilícito en la medida de tal exceso; por lo cual el supuesto deberá considerarse como de culpa concurrente, respondiendo el agredido –defensor del daño producido a su atacante- en proporción a su propia culpa, la que existirá por lo superfluo o excesivo del acto de repulsa⁶⁸⁰.

En cambio, si el agredido o defensor, debido a un error que no puede imputársele por negligencia (en estos casos no entra en consideración la actuación dolosa, pues según la doctrina predominante en Derecho civil, pertenece al dolo la conciencia de la antijuridicidad, que falta en aquél que cree obrar en legítima defensa) sobrepasa los límites de la legítima defensa, ya sea por creer que continúa la agresión, cuando en realidad ya ha cesado, o por estimar necesario un medio de defensa que realmente no era preciso, actúa antijurídicamente, de modo que es admisible la legítima defensa contra él, pero no está obligado a resarcir los daños causados⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 922-923.

⁶⁸¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 368. LARENZ, Karl Tratado de Derecho civil. Parte General. (Traducción de M. Izquierdo y Macía- Picaviea). Ed. EDERSA. Madrid. 1978. p. 358 y nota nº 159.

En efecto, el problema de una corrección de ciertos excesos a los que pueden llevar los principios de la defensa necesaria y la máxima según la cual “el derecho no debe ceder ante lo injusto” es una parte sustancial de la historia de la legítima defensa. Como es sabido, una rígida interpretación de esta máxima ha conducido a soluciones dudosamente injustas. Un ejemplo claro de ello es el punto de vista de VON LISZT, que entendía que la defensa necesaria de cualquier bien (sin tomar en consideración la ponderación de bienes) era admisible contra menores, personas enfermas mentales o que obran con error sobre la antijuridicidad, pero no contra un animal, frente a cuyo ataque debían regir las reglas (más estrictas) del estado de necesidad, es decir, básicamente la ponderación de bienes. El mejor tratamiento previsto por tal punto de vista para los animales (o lo que es lo mismo, para la propiedad) que para las personas es tan evidente como injustificada⁶⁸².

Según BACIGALUPO, la solución de estos problemas no consiste en convertir a la legítima defensa en un estado de necesidad, o dicho de otro modo, en legitimar la defensa no sólo cuando sea necesaria, sino cuando, además, sea proporcionado el daño causado al agresor con el que éste quería causar. En la jurisprudencia española se hace referencia a una cierta semejanza en los medios empleados por el que se defiende y los del atacante. Pero, este criterio no resulta adecuado, pues la defensa es una respuesta a una intervención ilegítima en la esfera de derechos del que se defiende con la finalidad de lograr la protección de intereses legítimos. La legitimidad de la defensa de tales intereses del que soporta la agresión antijurídica, como es claro, no debe depender, en principio, de límites establecidos para la protección del agresor que ha generado el conflicto y, consecuentemente, la ponderación de intereses carece en este marco de razón de ser: el agresor no es merecedor de una protección general en detrimento de la vigencia del Derecho que se proponía vulnerar. En

⁶⁸² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 367.

la legítima defensa es el agresor el que debe cargar con la responsabilidad del hecho. Pero ello no puede conducir a una autorización de la defensa totalmente desconectada de sus consecuencias. El art. 3 del StGB austríaco es también en este sentido un modelo adecuado cuando establece: “La acción, sin embargo, no será justificada cuando resulte evidente que el agredido sólo estaba amenazado por un daño pequeño y la defensa sea desproporcionada, especialmente por la gravedad de los daños que a causa de ella tenga que sufrir el agresor”. De lo expuesto, se puede señalar que, por un lado, el problema de legitimar la defensa sólo cuando el interés defendido tenga una cierta relevancia, y por otro, la exclusión de la misma cuando requiera daños notoriamente desproporcionados respecto del interés defendido es un problema general que no se debe limitar a la defensa de los bienes⁶⁸³.

Una de las alternativas de solución más difundidas frente a la necesidad de recortar el derecho de defenderse en forma directa en el ámbito penal ha sido recurrir a algunas garantías y derechos fundamentales establecidos en algunos pactos regionales de Derechos humanos. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) (art. 2^a, II, A), según una extendida posición, ha tomado partido en el sentido de censurar la posible (desproporcionada) respuesta del agredido en su propiedad que se defiende atacando la vida del agresor. Este instrumento reconoce el derecho de dar muerte a un hombre sólo si ello es necesario para repeler una agresión antijurídica ejercida contra la persona. Con lo cual, estaría expresando, para esta tesis, una clara limitación frente al alcance eximente de la justificante. Frente a ello se ha opinado que dicha norma tiene por destinatarios a las autoridades públicas, a sus intervenciones en la vida social. Sin embargo, contra ello se ha argumentado que “sus efectos sobre el derecho privado de la defensa necesaria son difíciles de negar, ¿debe permitirse al agredido lo que estaría

⁶⁸³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 368.

prohibido en la misma situación a un policía? Para RUSCONI, según se presente la cuestión, pareciera que la autoridad estatal y el agredido responden a reglas bien distintas. La extensión que se le ha otorgado a la facultad de defensa personal, inspirada en el más puro individualismo, permite aventurar una respuesta afirmativa al interrogante planteado. La idea de que “el Derecho no tiene que ceder ante lo ilícito”, todavía parcialmente vigente, parece dirigida sólo al sujeto pasivo de la agresión. Por otro lado, la Convención regula un conflicto muy distinto al que caracteriza propiamente a la legítima defensa: nadie diría que el policía y el sujeto acometido por la agresión ilegítima se encuentran en igualdad de condiciones. Al mismo tiempo, desde las consecuencias, no parece prudente esperar que de la ampliación de una cláusula restrictiva de una eximente contenida en un tratado internacional surja la esperada limitación ético-social de la misma. La importancia de la cuestión merece un fundamento, normativo o valorativo, mucho más fuerte⁶⁸⁴.

ZAFFARONI ha defendido la postura de STRATENWERTH sobre la base de una visión comparativa con la cuestión del aborto: “En rigor, la primera posición -la negativa- no se compatibiliza con lo resuelto por el Tribunal Constitucional ...al declarar inconstitucional la descriminalización del aborto durante los primeros meses del embarazo, por insuficiente protección de la vida humana”. Al mismo tiempo, el art. 4^a, fracción 1^a de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, establece: “ *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. Según el autor argentino, de esta cláusula se desprende: a) la obligación estatal de proteger legalmente el derecho a la vida, b) la prohibición de privar de ella arbitrariamente. ZAFFARONI opina que aunque ella está dirigida a regular la conducta de los Estados, implica la obligación de éstos de

⁶⁸⁴ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo, La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2^a. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.83.

sancionar a quien priva de la vida a otros arbitrariamente. Tampoco aquí, según parece, existen posibilidades ciertas de encontrar un argumento positivo “evidente” para eliminar en forma razonable los costos de un protagonismo indebido de la justificante. El hecho que del pacto de San José se desprenda la obligación de los Estados de sancionar la “privación arbitraria de la vida”, no dice nada acerca de los precisos contornos que debe otorgarse a una cláusula que, justamente, tiene por función evitar que la causación de una muerte sea considerada “arbitraria” o, más precisamente, contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto⁶⁸⁵.

La norma de la Convención y nuestro texto legal funcionan reflejándose mutuamente, pero no es posible sostener que el Pacto agrega algo a la interpretación del art. 34 6ª (Código Penal argentino), ya que por sí mismo carece completamente de contenido y remite, para su coloración, a la norma interna⁶⁸⁶.

Para ROXIN, materialmente se trata –como en el art. 35 del StGB- de una causa de exclusión de la responsabilidad jurídico-penal (una causa de exculpación en el sentido del uso habitual del lenguaje). Ello significa: el sujeto que se excede se comporta culpablemente (aunque sea de manera reducida); el legislador renuncia sin embargo a la punición porque la misma no resulta exigida por necesidades de prevención especial ni de prevención general. La culpabilidad (reducida) del sujeto se puede deducir sin mas de que la turbación, el miedo o el pánico no fundamentan por regla general un “trastorno profundo de la conciencia” en el sentido del art. 20 del StGB; si lo hicieran, el art. 33 del StGB sería superfluo. También la falta de necesidad preventiva de punición es fácil de explicar: quien infringe la ley solo porque ha sido víctima de una agresión antijurídica y se caracteriza por una pusilanimidad especialmente asustadiza es

⁶⁸⁵ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.84-85.

⁶⁸⁶ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. Ed. Ad-Hoc. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Bs.As., abril de 2001. p.85.

un ciudadano socialmente integrado que no precisa de intervención preventivo especial. Y asimismo tampoco está indicada la punición por razones de prevención general, pues un “delito de debilidad” de tal índole no exhorta tampoco en caso de impunidad a la imitación, y no comporta tampoco una conmoción de la paz jurídica, porque el sujeto es el originariamente agredido y el agresor mismo es la mayoría de las veces culpable del rebasamiento del límite. El enfoque preventivo explica también con facilidad por qué la extralimitación de la legítima defensa sólo es impune cuando se debe a estados pasionales asténicos (procedentes de debilidad), pero no cuando se debe a estados pasionales esténicos (procedentes de fuerza o vigor) como la cólera o la ira, la indignación o la furia combativa (afán de lucha o ganas de pelea). Pues los estados pasionales agresivos son generalmente mucho mas peligrosos y por ello hay que reprimirlos en interés de la conservación de los bienes jurídicos, incluso al precio de la pena, mientras que la turbación, el miedo y el pánico como motivos desencadenantes del hecho no producen efecto provocador o siquiera de imitación y pueden por ello ser tratados con mayor benignidad⁶⁸⁷.

La concepción aquí defendida debe confrontarse con otras explicaciones que de manera análoga se invocan también en el caso del art. 35 del StGB, de modo que resulta un estado de la polémica similar. También para la explicación del art. 33 del StGB se hallan deducciones psicológicas que atribuyen la impunidad del sujeto que se excede a un “dominio de la voluntad fuertemente disminuido” o a una “situación psíquica excepcional”. Sin embargo, convencen exactamente igual de poco que en el estado de necesidad disculpante. Pues, prescindiendo de que la turbación, el miedo y el pánico –como todos los demás estados pasionales- sólo en escasos supuestos extremos excluyen la capacidad de determinar la voluntad conforme a la norma, desde esta perspectiva no se entiende por qué aquellos conducen a la impunidad solo en el caso de

⁶⁸⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.927-928.

extralimitación. Consecuentemente entonces, todos los hechos que se cometen por turbación, miedo o pánico deberían ser impunes, en lo que, conforme a la ley, no se puede ni pensar⁶⁸⁸.

La impunidad del exceso en la legítima defensa se explica mayoritariamente por una doble reducción de la culpabilidad. Según ello, al estado pasional que disminuye la culpabilidad se añade una disminución de injusto, que se deriva de repeler (aunque sea yendo demasiado lejos) una agresión antijurídica. Esta disminución del injusto produce asimismo de manera mediata una disminución de la culpabilidad. De la doble disminución se derivaría tal reducción de la culpabilidad que ya no estaría indicado el castigo⁶⁸⁹.

El legislador de la Parte General de 1975 menciona “la turbación, el miedo y el pánico” como motivos desencadenantes del hecho; ello se corresponde con la regulación del StGB de 1871, con la única diferencia de que la allí llamada “conmoción” se sustituyó por la “turbación”: “De este modo”, estima la Fundamentación del Proyecto alemán de 1962, “se designa mas acertadamente del estado anímico o mental desordenado de aquel que se ve enfrentado a una agresión inesperada y que no es capaz de una defensa reflexiva”. Existe acuerdo sustancial sobre que sólo las excitaciones anímicas debidas a debilidad deben ser privilegiadas y sobre que es inadmisibile una extensión del art. 33 a los estados pasionales esténicos; se ha de estar firmemente de acuerdo con lo anterior en virtud de la ratio del art. 33⁶⁹⁰.

Solo defiende una concepción parcialmente distinta SPENDEL, quien, si bien admite el miedo como estado pasional asténico y el pánico “como causa a menudo de un estado pasional de esta clase”, interpreta en cambio la turbación

⁶⁸⁸ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.928.

⁶⁸⁹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.728.

⁶⁹⁰ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.930.

como consecuencia también de otro estado pasional (esténico). En efecto, estima que la turbación se desencadena “la mayoría de las veces” por un estado pasional asténico; sin embargo, también encajaría en el art. 33 aquel a quien, “con justa cólera”, “se le nubla la vista” tanto y “se pone tan fuera de sí” que aparece “turbado”. Ello no es de recibo, pues la autojusticia ejercida según el lema “A un hombre se le nubla la vista” es extremadamente peligrosa desde un punto de vista de psicología social, porque puede liberar agresiones latentes en amplios círculos de la población; ello debe precaverse con una conminación penal. Con razón el RG desde un principio reconocer como eximente de pena la extralimitación en la legítima defensa que hubiera surgido de un “arrebato de justa cólera”. Ello no excluye que los estados pasionales asténicos tengan en determinadas circunstancias efecto atenuante conforme al art. 21⁶⁹¹ del StGB e incluso en escasos supuestos excepcionales puedan exculpar conforme al art. 20; pero todo eso no tiene nada que ver con el art. 33⁶⁹².

La jurisprudencia ha aplicado desde siempre el art. 33 del StGB no sólo a la extralimitación inconsciente en la legítima defensa, sino también a la consciente, posición que sigue la opinión totalmente dominante, contra una opinión minoritaria considerable, y efectivamente con razón. En favor de la inclusión también de la extralimitación consciente en la legítima defensa apuntan en primer lugar el tenor literal, que comprende cualquier clase de extralimitación en la legítima defensa, y la génesis del precepto, de la que resulta que en las deliberaciones de la Comisión especial se rechazó expresamente en votación la formulación “si el sujeto rebasa sin percatarse de ellos los límites de la legítima defensa...”. En su favor apunta además la dificultad de una clara delimitación entre dolo e imprudencia en situaciones que exigen actuar a la velocidad del

⁶⁹¹ Art. 21 (StGB): *Si la capacidad del autor para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención en el momento de comisión del hecho, por las razones señaladas en el Art. 20, se ve notablemente reducida, la pena podrá atenuarse de acuerdo al Art. 49, apartado I.*

⁶⁹² Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.931.

rayo y en las que el estado pasional merma tanto la capacidad de comprensión como la de inhibición. Cuando el sujeto rebasa a sangre fría los límites de la legítima defensa, ya no es posible el recurso al art. 33 por la falta de motivación del sujeto por el estado pasional asténico⁶⁹³.

El art. 33 del StGB⁶⁹⁴ ampara sin discusión el llamado exceso intensivo en la legítima defensa, o sea, el caso en el que el sujeto supera en la defensa la medida de lo necesario. Los ejemplos clásicos son aquellos en los que el agredido empuña la navaja o el revólver en su turbación o miedo, pese a que el mismo habría podido repeler la agresión también simplemente a puñetazos. Si se percata de que el uso de armas va demasiado lejos en sí, pero el estado pasional asténico le impulsa sin embargo al exceso, entonces se trata de un exceso consciente, pero impune. Si el sujeto cree erróneamente que es preciso el uso de armas, entonces su dolo está ya excluido por la legítima defensa putativa; la imprudencia en su caso restante es impune entonces conforme al art. 33⁶⁹⁵.

La opinión aún mayoritaria en la literatura científica sigue a la jurisprudencia en cuanto rechaza la impunidad del exceso extensivo. Un sector adopta la fundamentación de la jurisprudencia y otro realiza el intento de añadirle una fundamentación teológica a partir de la perspectiva de la “teoría del exceso” defendida en cada caso. Así, GEILEN, desde la perspectiva de una explicación psicológica, estima que cuando la agresión ya ha terminado faltaría la sobreexigencia psicológica por el dramatismo de la situación. Pero la extendida opinión que deriva el art. 33 de la rebaja de injusto añadida a la rebaja de culpabilidad remite sobre todo a la circunstancia de que faltaría una

⁶⁹³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.933.

⁶⁹⁴ Art. 33 del StGB: “Cuando el autor se extralimite en la legítima defensa por causa de trastorno mental, temor o miedo, no incurrirá en ninguna pena”.

⁶⁹⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.934.

disminución de injusto cuando aún no o ya existe una agresión que es necesario repeler⁶⁹⁶.

Tampoco convencen las razones que se aducen contra la inclusión del exceso extensivo. Se puede hablar perfectamente de una superación de los límites temporales; o sea que no existe una “imposibilidad conceptual” del exceso extensivo. Tampoco falta en estos casos la “sobreexigencia psicológica por el dramatismo de la situación”, puesto que precisamente es la agresión antijurídica la que provoca el estado pasional asténico como efecto previo o posterior. Asimismo carece de plausibilidad la hipótesis de que en el exceso intensivo se da una disminución del injusto que faltaría en el exceso extensivo, pues, cuando alguien sobrepasa de modo insignificante los límites temporales de la legítima defensa en una reacción comedida, su injusto puede ser mucho menor que cuando supera notablemente los límites de lo necesario en caso de agresión actual. También sucede por igual en el exceso intensivo y en el extensivo que, tras la superación del límite, la acción del agredido no preserva bien jurídico alguno que no esté de todos modos seguro, de modo que, en esta medida, no se puede hablar en ninguno de los dos casos de una disminución del injusto mediante la acción constitutiva del exceso⁶⁹⁷.

4.3. La falta de provocación suficiente

El tercero de los requisitos exigidos por el art. 20.4^a del Código Penal español, es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Tal extremo también es requerido en el art. 34 inc. 6. apartado c) del Cód. Penal argentino.

En principio no puede identificarse provocación suficiente con agresión ilegítima. Mediante esta identificación se quiso hallar el fundamento de la

⁶⁹⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.935

⁶⁹⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.935-936.

exclusión de la legítima defensa, pero si así fuere, la disposición saldría sobrando por repetición de conceptos demasiado elementales: si provocación es agresión, es obvio que quien arremete ilegítimamente no puede defenderse legítimamente. Descartada esta posibilidad, que llevaría irrelevante el requisito negativo de la falta de provocación suficiente, se entendió que no es razonable depararle el mismo tratamiento que a los delitos dolosos, razón por la que se le penaba como delito culposo conforme con el art. 35. Consecuentes con esta posición fueron los enormes esfuerzos llevados a cabo para distinguir la provocación suficiente de la intencional⁶⁹⁸.

La conducta debe ser provocadora, es decir, debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. Si el agresor hubiera ignorado la previa provocación del agredido, éste permanecerá en el ámbito de la legítima defensa, pues no habrá provocado la agresión ilegítima. Además no basta el carácter de provocador de la acción para excluir la justificación, sino es menester que ésta sea suficiente. Su suficiencia dependerá de dos caracteres, uno positivo y otro negativo. El primero es la previsibilidad del desencadenamiento de la agresión, es decir, la posibilidad de prever que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante. Esta previsibilidad debe estar dada de modo tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta. El carácter negativo de la suficiencia se deriva también de su propio fundamento: la suficiencia de la provocación es un criterio ético jurídico que excluye del ámbito de la justificante la conducta que se muestra inadecuada para obligar a soportar lo injusto, que es lo mismo que afirmar que existe un derecho a repeler lo injusto para afirmar la libertad. Por ende, no deben computarse a los efectos de la suficiencia de la provocación los caracteres personales del agresor que lo hacen candidato a la criminalización: matonismo, agresividad, hábitos pendencieros, irascibilidad, etc. Naturalmente

⁶⁹⁸ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 596-597

que estos caracteres no deberán tomarse en cuenta cuando la provocación constituya una lesión al sentimiento de piedad, como por ejemplo el caso del que se dedica a molestar sistemáticamente a un pobre débil mental o un enfermo similar. En síntesis, puede decirse que la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando lo hace previsible, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principios elementales de coexistencia, salvo que la agresión que se funde en estas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad⁶⁹⁹.

La doctrina del TS español sentada en la sentencia del 04.02.1983 (citada "*ut supra*"), establece que la falta de provocación suficiente afecta igual a la agresión que a la defensa: así, la agresión no provocada, necesidad de defensa, y a la inversa, conforme al texto penal, la provocación ha de ser suficiente, es decir, causal o causativa de la agresión, y que ante la dificultad de calificar esa suficiencia se ha acudido a las teorías de la causalidad adecuada y de la equivalencia de las condiciones, sólo interesa examinar los efectos de la provocación en la existencia de la eximente, para llegar a las siguientes consecuencias: a) si no hay provocación suficiente o es insuficiente, se producirá la exención total, si hay agresión ilegítima, necesidad de defensa y proporcionalidad en el medio; b) si la provocación es suficiente, puede ocurrir que se deba a dolo del defensor (sería un pretexto de defensa) y desaparecería totalmente la justificación; c) si la provocación es culposa, con posibilidad de prever que desencadenará el ataque, se producirá el exceso defensivo⁷⁰⁰.

Hay provocación intencional cuando alguien provoca a otro a que realice una agresión, para poderle dañar bajo la protección de la legítima defensa. La

⁶⁹⁹ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 597

⁷⁰⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 368.

doctrina alemana dominante excluye en tal caso totalmente la legítima defensa por considerarla un abuso del Derecho y sostiene la responsabilidad penal del agredido por el daño doloso al agresor. Esta posición debe compartirse, pero con la salvedad de que se trate de una provocación antijurídica. Quien actúa conforme a Derecho, por ejemplo como policía o agente judicial en el ejercicio de su cargo, conserva plenamente su derecho a la legítima defensa incluso aunque espere provocar al afectado con su intervención cumpliendo su deber y poder quitárselo del medio en legítima defensa : pues lo único que se exige es que las personas se comporten de modo conforme a derecho; y al derecho le es indiferente con qué intenciones lo hagan , por lo que el derecho de legítima defensa tampoco se puede ver afectado por eso. Pero en cambio, quien con una conducta antijurídica provoque a otro a cometer una agresión con intención de dañarlo, no puede ampararse en legítima defensa: en efecto, por una parte no necesita protección frente a la autopuesta en peligro dolosa que él mismo ha preparado con su conducta antijurídica; y además él no hace prevalecer el derecho cuando como provocador antijurídico únicamente está poniendo en escena una agresión con fines dañinos⁷⁰¹.

En síntesis, es antijurídica la conducta del que crea una situación de necesidad de lesionar un bien jurídico, pero no lo es la del que sin haber contribuido a provocar esa situación la defiende⁷⁰².

4.4. El problema de la defensa de terceros y de los daños a terceros

En tanto que el provocador que se defiende incurre en un injusto, el tercero ajeno a la provocación que lo defiende actúa conforme a Derecho. Es correcta la doctrina argentina, señala ZAFFARONI, en cuanto entiende que el mero

⁷⁰¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007.p..640.

⁷⁰² Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 598.

conocimiento de la provocación no importa participación en ella, sino que ésta requiere participación en el hecho provocativo⁷⁰³.

Sin embargo, un problema que se plantea es si el agredido ha querido ser defendido por un tercero.

A veces la situación del tercero defensor requerirá una actuación tan rápida que no se podrá esperar hasta investigar la voluntad del agredido. Aquí, señala ROXIN, si no hay datos que apoyen una suposición distinta, por la vía del consentimiento presunto hay que partir de la hipótesis de que el agredido quiere ser defendido dentro de los límites de lo necesario; y entonces la legítima defensa de tercero estará justificada aunque posteriormente resulte que el agredido habría decidido de modo distinto si hubiera sido posible consultarlo⁷⁰⁴.

Pero el derecho a la defensa de un tercero sólo es aplicable en la medida en que el agredido quiera ser defendido. Ello se deriva del principio de protección individual: si no hay un bien jurídico individual necesitado de protección, el ciudadano no tiene derecho de defensa. Pero la vinculación a la protección individual no sólo es necesaria para poner límites a las facultades del uso de la fuerza por parte del particular, sino que también es la única que permite una solución político-socialmente adecuada de los conflictos personales. Así es el caso del hombre que había querido ayudar a una mujer cuyo novio le estaba pegando. Al principio ese apoyo era adecuado, pero en un momento dejó de ser correcto ese auxilio cuando se puso de manifiesto que la joven ya no le daba mayor importancia, pues prefería continuar discutiendo a solas con su novio: pues debido a la intromisión no solicitada se produjo una escalada que terminó con la muerte del hombre cuyo auxilio ya no solicitaba; esto es algo que no debería favorecer el Derecho penal. ROXIN, estima que para enjuiciar el auxilio

⁷⁰³ Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000. p. 599.

⁷⁰⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.663.

no solicitado hay que diferenciar en concreto del modo siguiente: a) cuando quepa el consentimiento y se pueda interpretar en este sentido el comportamiento del agredido, faltará la agresión antijurídica, por lo que la legítima defensa estará ya excluida por esa razón (por ejemplo, si una mujer no presta resistencia en serio a los ataques sexuales de un hombre); b) el supuesto problemático propiamente dicho se da cuando hay una agresión antijurídica, pero el agredido quiere renunciar a la intervención de un tercero defensor (Por ejemplo, alguien quiere evitar un hurto, pero no quiere que se actúe con armas de fuego contra el ladrón). En tal caso habrá que prohibirle también al tercero defensor el uso del revólver, pues no hay ningún motivo para imponerle al agredido una protección a la que éste quiere renunciar por razones bien ponderadas. Distinto será el caso si la renuncia se debe únicamente al miedo a posteriores represalias del agresor, pues en tal caso la renuncia puede ser ineficaz por defectos de la voluntad. c) también es irrelevante la voluntad del agredido en los casos en que no pueda disponer del bien jurídico amenazado (Por ejemplo: se puede impedir en legítima defensa de terceros un homicidio a petición de la víctima (art. 216 del StGB) a pesar de que la víctima no quiere ser salvada; pues dado que aquí se protege el bien jurídico individual contra la declarada voluntad de la víctima, no tendría sentido dejar que su voluntad decidiera sobre la actuación del tercero defensor⁷⁰⁵.

En el Derecho alemán, una actuación defensiva que se mantenga dentro del art. 32 StGB sólo será justificada por legítima defensa en la medida en que dañe bienes jurídicos del agresor. Es cierto que el tenor literal del art. 32 no lo dice expresamente (a no ser que se quiera interpretar que el término “defensa” implica la limitación de los efectos de la legítima defensa al agresor); pero naturalmente el prevailecimiento del Derecho, que junto con la protección individual es lo característico de la legítima defensa según ROXIN, sólo tiene

⁷⁰⁵ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.662.

sentido frente al agresor y no frente a terceros que no han intervenido en la agresión. Por consiguiente, una ingerencia en los bienes jurídicos de terceros no implicados sólo podrá estar en su caso justificada según las reglas del estado de necesidad agresivo (art. 904 del BGB, 34) o exculpada en virtud del art. 35 del StGB (estado de necesidad disculpante); y si no concurren los requisitos de esos preceptos o de otras causas de justificación o de exculpación, la lesión será incluso punible. Por tanto, quien dispara a un ladrón que huye con el botín, aceptando la posibilidad de que la bala alcance además a un transeúnte ajeno a ello, es cierto que estará justificado en cuanto a la lesión del ladrón, pero deberá ser castigado por lesiones dolosas causadas al transeúnte⁷⁰⁶.

Sólo en un caso excepcional sigue sosteniendo actualmente una opinión bastante extendida que se justifica por el art. 32 del StGB la intromisión en los derechos de terceros subyacente en una acción legítima de defensa: si alguien emplea cosas ajenas como medio agresivo o las utiliza de otro modo en la agresión. Si por ejemplo, el arma o el traje del agresor han sido comprados bajo reserva de dominio, los daños que se les causen al repeler la agresión estarán amparados por legítima defensa. Si embargo., tampoco en tales situaciones, señala ROXIN, es preciso realizar una inconsecuente ampliación del art. 32, pues los daños causados a los medios agresivos están justificados en todo caso por el estado de necesidad defensivo frente a cosas (art. 228 del BGB)⁷⁰⁷.

Para WELZEL, la lesión del agresor y de los medios de agresión – indiferentemente de a quien pertenecen- en defensa necesaria admisible, es conforme al Derecho. Por eso, contra la acción de defensa, no es posible nuevamente defensa legítima. Las lesiones a terceros, que no toman parte en el

⁷⁰⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.665.

⁷⁰⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.666.

hecho, no son cubiertas a través de la legítima defensa; sin embargo, existirá, las más de las veces, estado de necesidad frente a ellas.

A es agredido por B en una hostería; A se defiende contra B, arrojándole una silla, que lesiona también a C, que está al lado de B. solamente la lesión de B es conforme al derecho desde el punto de vista de la defensa legítima; con miras a la lesión de C, existe estado de necesidad (art. 54), con la consecuencia importante de que C, a su vez, pudo ejercer defensa legítima frente a A, ya que no precisaba tolerar la lesión de A.

El derecho de legítima defensa protege también a quien ha provocado la agresión (por ejemplo, mediante burlas); en cambio, se elimina el derecho de defensa legítima contra una agresión que fue provocada intencionalmente, para lesionar al agresor bajo las apariencias de la defensa necesaria, pues aquí no existe ninguna defensa del derecho contra lo injusto.

Cuando se enfrentan dos sujetos resueltos a la pelea, ninguno puede apelar frente al otro a la legítima defensa: ambos tuvieron la voluntad de agresión. Otra cosa es que uno de ellos sobrepase la medida de la lucha presupuesta por ambos, y eventualmente, saque un cuchillo, o el otro, reconociblemente, abandone la lucha⁷⁰⁸.

A los fines de la responsabilidad civil extracontractual, la causal de exclusión de la antijuridicidad constituida por la legítima defensa excluye la responsabilidad por los daños que el defensor causa al agresor. En el caso de que la víctima sea un tercero (totalmente extraño al suceso), el agente o defensor estará obligado al resarcimiento de los daños causados a sus derechos o intereses legítimos según las reglas generales de responsabilidad, hecha la salvedad de la posibilidad de aplicar, cuando las circunstancias de hecho lo permitan, el estado de necesidad, con las consecuencias en orden al *quantum* de la indemnización y a los aspectos subjetivos relativos al obligado a indemnizar. Esta responsabilidad proviene, señala BUSTO LAGO, del hecho de que la actuación del defensor, dañosa para

⁷⁰⁸ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p.94.

los derechos o intereses del tercero, es antijurídica, no concurre en ella ninguna causa de exclusión de la antijuridicidad⁷⁰⁹. Nada obsta a que dicha responsabilidad se extienda a quien dio motivo a la situación de defensa, ya que resultaría injusto endilgar la exclusiva responsabilidad al defensor, dejando impune la conducta del provocador.

5. La legítima defensa en el Derecho Civil

En el ámbito del Derecho civil, la institución de la legítima defensa encontró consagración en los Códigos del siglo XX.

Se contempla, por ejemplo, en el art. 227 del BGB (del 18.08.1896), en el art. 52 del Código Suizo de las Obligaciones (del 30.03.1911), en el art. 160 del Código Civil Brasileño (del 1^a de enero de 1916), en el Código Civil italiano (del 16.03.1942) y en los arts. 337 y cc. del Código Civil Portugués (del 25.11.1966). A pesar de las divergencias que generan los que la contemplan respecto de los otros que, de raíz francesa, no lo hacen, señala BUSTO LAGO que el efecto justificativo de la legítima defensa aparece universalmente reconocido , al tiempo que constituye una regla general aplicable a todas las ramas del Derecho⁷¹⁰.

En el ordenamiento jurídico español, el número 4 del art. 20 del Código Penal español⁷¹¹ declara exento de responsabilidad penal a los que obran en defensa de la persona o los derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos que en el mismo se enumeran: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente

⁷⁰⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 369.

⁷¹⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 349.

⁷¹¹ " Artículo 20.(Cód. penal español)" *Están exentos de responsabilidad criminal:...4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor..."*

por parte del que se defiende. En el Código Civil español, no se contiene referencia alguna a la institución.

A su vez, el art. 118 del Código penal, español enumera los supuestos en que existe responsabilidad civil, pese a haberse declarado la exención de la responsabilidad penal – supuestos de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, pero guarda silencio respecto de los supuestos en que se aprecie la concurrencia de la legítima defensa. De esta omisión, y en una interpretación a contrario del precepto, se desprende que los daños ocasionados en estas circunstancias están, también, civilmente justificados, y por lo tanto no surge la obligación resarcitoria a cargo de quien los haya causado, ni de ningún otro sujeto. De este modo análogo, la legítima defensa precluye la responsabilidad civil extracontractual nacida de ilícitos meramente civiles⁷¹².

PANTALEON, abanderado de la tesis negadora de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español, admite que “no se responde del daño causado en legítima defensa”⁷¹³.

Esta situación normativa también se configura en Francia, donde los Tribunales han elaborado una teoría general de la legítima defensa a partir del art. 328 del abrogado Código penal, en virtud de la cual, la apreciación de la misma permite descartar no solamente la responsabilidad penal, sino también, en condiciones similares, la responsabilidad civil⁷¹⁴.

Sin embargo, VICENTE DOMINGO, ha pretendido ver en el art. 20 del reformado Código Penal (art. 118 del Código penal español anterior) la posibilidad de que la exención de responsabilidad penal por concurrir la eximente de legítima defensa no conlleve la de la responsabilidad civil. En ese sentido, interpreta el art. 20 del reformado Código penal español en el sentido

⁷¹² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.350.

⁷¹³ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 352.

⁷¹⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 349. PANTALEON PRIETO, Fernando “Comentario del art.1902. del CC”, en Comentario del Cód. Civil. Tº II. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991. p.995.

que la regla general que sienta es que la exención de la responsabilidad criminal no comprende la civil, y, en dos supuestos concretos, “por las particularidades de los sujetos que cometen el delito o por las circunstancias extremas del estado de necesidad, se sientan dos formas específicas de reparación, pero no de exención de dicha responsabilidad”. Apoya su tesis en una sentencia de la Audiencia provincial de Segovia del 16.02.1990 que contempla un supuesto de exención de la responsabilidad penal por concurrir la eximente de legítima defensa putativa al apreciar que se había actuado en la “creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente”. La sentencia, señala en su Considerando 4ª que “...tratándose de una causa excluyente de la culpabilidad del acusado, pero conservando el hecho su carácter puramente típico y antijurídico, la consecuencia adecuada en el ámbito de la responsabilidad civil es la de la subsistencia de la obligación de reparar, esto es, de reparar el daño ocasionado por lo que constituye *la muerte de un ser humano ocasionada por error*. Y esta obligación de reparar el daño puede alcanzarse a través de la propia sentencia penal (...) mediante una interpretación analógica de lo dispuesto en el art.20 del Código penal español. Efectivamente, aun cuando este precepto no prevé expresamente los supuestos de *creencia errónea de los presupuestos fácticos de una causa de justificación*, es decir, causas de justificación putativas, es lo cierto que contiene una declaración de que la exención de la responsabilidad criminal no excluye la civil, en una serie de supuestos que constituyen precisamente causas de inculpabilidad, es decir, en supuestos semejantes en los que se aprecia identidad de razón (art. 4ª del CC) por lo que se estima procedente su aplicación analógica al supuesto específico enjuiciado”⁷¹⁵.

MAZEAUD señala que la jurisprudencia civil, guiada por los principios inspiradores de la legítima defensa en materia penal, admite una concepción amplia de la legítima defensa, comprensiva de todo acto realizado contra quien

⁷¹⁵ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 353. VICENTE DOMINGO, Elena. Comentario de la STS de 8 de febrero de 1994. en CCJC, nº 35. Abril/Agosto de 1994..p. 837 y nota nº 206.

intenta causar un daño. La jurisprudencia francesa no estima necesario que la persona física resulte amenazada para apreciar la legítima defensa, siendo suficiente una amenaza a los bienes, si bien a condición de que la defensa no exceda del ataque. En esa inteligencia, una simple amenaza a la reputación puede ser evitada causando un daño a quien pretendía lesionarla, de forma que se admite que quien se defiende de los ataques vertidos en la prensa con ataques del mismo género, no incurre en responsabilidad⁷¹⁶.

En un sentido similar se manifiesta la totalidad de la doctrina, si bien estima que ha de hacerse una ponderación de bienes siempre que la agresión antijurídica no se dirija contra la integridad física o la vida, no considerando, en principio, permitido mutilar o lesionar la integridad física del agresor, si el ataque no se dirige a causar un daño a las personas. Tal situación, no varía con la entrada en vigencia del *Nouveau Code Penal* que entró en vigor el 01.01.1994, que contempla la legítima defensa como causal de exclusión de la antijuridicidad de carácter general. No obstante ello, existen otras normas del ordenamiento jurídico francés que contemplan supuestos de daños legítimos causados en defensa de los bienes (Por ejemplo, los arts. 203 y 205 del Código Rural)⁷¹⁷.

La civilística italiana entiende que en los casos de legítima defensa putativa en los que falte la culpabilidad (el error sea excusable) el defensor no estará obligado a resarcir los daños, si bien contra ella es admisible la legítima defensa, con lo cual, la solución es coincidente con la prevista en los casos de exceso culposos en la defensa. En la jurisprudencia y la doctrina italianas es predominante la postura que se decide por la no aplicación de la exoneración de responsabilidad *ex art. 2044 del CC de 1942* a quien incurre en legítima

⁷¹⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. *El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 350. VENCHIARUTTI, Angelo. *La legittima difesa*, en la obra colectiva dirigida por P. CENDOM. *La responsabilità civile. Saggio critici e rassegne di giurisprudenza*. Ed. Giuffrè. Milano. 1988, p. 479.

⁷¹⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. *El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 350. DEJEAN DE LA BÁTIE, Noël. *Responsabilité délictuelle*, en el Tratado de Droit Français de AUBRAY & RAU. Ed. Librairies Techniques. Paris. 1989 (8ª edición dirigida por A. PONSARD e I. FADLALLAH), Tº VI-2, p. 69. nº 40.

defensa putativa, pues su actuación lesiva no reviste los extremos del ilícito civil ya que no concurren ni el elemento de la culpa, ni mucho menos el del dolo – si el error de valoración es excusable -, constituyendo un hecho no antijurídico. De tales hechos deriva, por razón de equidad, un derecho a una simple indemnización- no al resarcimiento – a favor del perjudicado o del dañado⁷¹⁸.

La legítima defensa putativa plantea una alternativa: o no constituye un hecho ilícito por faltar el elemento subjetivo del mismo, y por tanto, no comporta responsabilidad alguna –ni, por tanto, genera ningún tipo de resarcimiento - ; o bien se considera que es un acto ilícito y el responsable debe resarcir enteramente el daño: *tertium non datur*. Para FRANZONI es difícil que el error de valoración de quien comete un hecho dañoso sea excusable y es difícil, en consecuencia, que la legítima defensa putativa pueda constituir una causa de exclusión de la responsabilidad por ausencia del elemento subjetivo del ilícito. Por tanto, en los supuestos en los que no concurren efectivamente los presupuestos de la legítima defensa, habrán de resarcirse todos los daños causados. Es cierto que no existe un principio general del Derecho conforme al cual, en defecto de alguno de los presupuestos de la responsabilidad civil, ésta se concreta en la obligación de una indemnización equitativa fijada por el juez y, como advierte DE CUPIS, una obligación tal, de carácter excepcional, no puede subsistir tal fuera de las hipótesis de legítima defensa putativa⁷¹⁹.

Según BUSTO LAGO, siguiendo a ROGEL, nada parece impedir la generalización del art. 20.4^a del Código Penal español a supuestos de daños ilícitos meramente civiles, y *a fortiori* a la denominada responsabilidad civil *ex*

⁷¹⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 354. VENCHIARUTTI, Angelo. La legittima difesa, en la obra colectiva dirigida por P. CENDOM. La responsabilidad civile. Saggio critici e rassegne di giurisprudenza. Ed. Giuffré. Milano. 1988, p. 359

⁷¹⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 355. DE CUPIS, Adriano. Teoría e pratica del Diritto Civile. Ed. Giuffré. Milano. 1967 (2.ª edición). p. 478.

delicto. Esta labor ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia francesas sobre un marco normativo similar al ibérico⁷²⁰.

En similar sentido, en Italia, el art. 52 del Código Penal (que reproduce parcialmente el art. 2044 del Código Civil) señala que no es punible la conducta de quien ha cometido el hecho por estar constreñido por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno del peligro actual de una defensa injusta, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión sufrida⁷²¹.

5.1. La justicia personal o autoayuda del Derecho civil

Esta figura es considerada para algunos como un instituto autónomo de causa de justificación, mientras que otro sector considera que se subsume en la legítima defensa.

Para la primera postura y algunas legislaciones modernas, la justicia personal o “autoayuda” se encuentra próxima a la legítima defensa, aunque no es identificable con ésta. No es sino la expresión jurídicamente controlada del “hacerse justicia por mano propia”⁷²².

En estos casos, el acto así realizado aparece legitimado y es lícito, aunque produzca un daño a tercero o desconozca un derecho expresamente establecido, atento que su fundamento radica también en la imposibilidad en que se encuentra el interesado para requerir y esperar la intervención del Estado en la protección de sus derechos⁷²³.

⁷²⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 356. ROGEL VIDE, Carlos. La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial. Ed. Civitas. Madrid. 1971 (1ª edición). p. 85-86.

⁷²¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 356.

⁷²² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 947

⁷²³ Ver SALVAT, Raimundo M. Acuña Anzorena, Arturo. Fuentes de las Obligaciones. Hechos ilícitos. TºIV. Tipográfica Editora Argentina (TEA). Buenos Aires. 1958. p. 73.

Para otros como LLAMBIAS esta figura no funciona en el ámbito de la responsabilidad civil, puesto que queda absorbida o por la legítima defensa o por el estado de necesidad⁷²⁴.

Liminarmente cabe recordar que se trata de una situación de excepción, puesto que como regla nadie está autorizado a hacerse justicia por mano propia, debiendo acudir a la policía o a la justicia al efecto; pero en algunos casos que la ley acuerda, es legítimo que se actúe en defensa de derechos propios⁷²⁵.

En el ordenamiento jurídico alemán, se regulan dos preceptos diferentes. Los arts. 227 y 229 del BGB regulan la legítima defensa y la acción directa o autoauxilio-, ésta última como institución autónoma.

La doctrina ha afirmado que si alguien intenta hacer valer un derecho de crédito o una pretensión frente al incumplimiento de la correspondiente obligación, en ningún caso actúa en legítima defensa, sino precisamente en la realización del propio derecho o autoauxilio⁷²⁶.

En la primera figura, que recibe consagración legislativa en el art. 229 del BGB, se parte de una situación de hecho reconocida en el ordenamiento jurídico, sin acudir a la vía judicial⁷²⁷. Se encuentra en el ámbito de los derechos atribuidos por el Derecho civil y está permitida para el caso de que, de no producirse una intervención inmediata, exista el peligro de que se frustre o dificulte de modo esencial el ejercicio del derecho y no pueda obtenerse a tiempo el auxilio de la autoridad. También en este ámbito, la ulterior disposición acerca de la libertad

⁷²⁴ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 947.

⁷²⁵ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 947.

⁷²⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 359. ENNECERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Parte General. (traducción y notas de Derecho español de la 13^a edic. alemana, revisada por H.C. Nipperdey por B. PEREZ GONZALEZ y J. ALGUER), T^o I., Vol. II. Ed. Bosch. Barcelona.1950.p.176 y ss.

⁷²⁷ El art. 229 BGB señala que no actuará antijurídicamente “quien con finalidad de autotutela sustraiga, destruya o dañe una cosa, o...detenga a un deudor” ante la sospecha de su fuga, o elimine su resistencia, “si no puede conseguir a tiempo el auxilio de la autoridad y sin una intervención inmediata existe el peligro de que se frustre o se dificulte considerablemente la realización de la pretensión”. El art. 230 I BGB, señala que “La autotutela no puede exceder de lo necesario para evitar el peligro”.

del detenido o acerca de la cosa en cuestión corresponde a la autoridad judicial, de conformidad con el art. 230 del BGB⁷²⁸.

El ordenamiento jurídico español no contiene un precepto similar al art. 229 del BGB, no obstante es claro que no es posible –señala BUSTO LAGO- amparar el autoauxilio en la legítima defensa pues, en principio, para realizar o tutelar los derechos de crédito u otras pretensiones jurídico-civiles, es necesario acudir a la vía judicial⁷²⁹. Con esta afirmación puede considerarse la existencia de un tercer género, esto es la tutela preventiva del crédito. En la primera, la ley autoriza a “hacer justicia por mano propia”, mientras que en la segunda la ley reconoce un derecho, pero debe acudirse necesariamente a la vía judicial para su reconocimiento.

El ordenamiento jurídico español prevé medidas de tutela preventiva del crédito, que en palabras de DIEZ PICAZO “otorgan al acreedor una serie de acciones tendientes a poner a cubierto de un peligro eventual o probable, de insatisfacción o de lesión de un derecho de crédito”.

La tutela preventiva del crédito ha de encontrar consagración jurídica positiva en el ordenamiento jurídico español. Puede acudir a ella quien ostenta un derecho subjetivo – concebido como un poder jurídico de actuación compuesto por un haz de facultades, de concretas posibilidades de actuación – y lo ejerce, difícilmente con su ejercicio no perjudica a nadie, recortando cuando menos, la libertad de acción de otros individuos, causándoles con su actuación un perjuicio. Es más, en tanto que los derechos subjetivos atribuyen a sus respectivos titulares un conjunto de particulares posibilidades o facultades de actuación, justifican la producción de un perjuicio o de un daño en la esfera jurídica de un tercero como consecuencia de su ejercicio, convirtiendo en ilícito

⁷²⁸ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 269-270.

⁷²⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 359. LUZON PEÑA, Diego .M. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch.. Barcelona. p. 424.

un comportamiento dañoso, si bien este efecto justificativo es variable según los derechos que se ejerciten⁷³⁰. Así pueden mencionarse los siguientes ejemplos:

El art. 1129 del Código Civil español que proporciona al acreedor una tutela preventiva sobre el anticipado vencimiento de la obligación a plazo. El precepto impone o facilita el vencimiento anticipado de una obligación a plazo cuando el acreedor deviene insolvente después de haberla contraído, cuando incumple las promesas de otorgar las garantías ofrecidas y cuando las garantías constituidas disminuyen por actos del deudor o desaparecen –incluso por caso fortuito–, a menos que sean sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

El llamado embargo preventivo de los arts. 1396 y 1400 (ley de Enjuiciamiento Civil) y las medidas judiciales innominadas del aseguramiento previsto en el art. 1428 del mismo Código.

Las normas que permiten al acreedor impugnar los actos llevados a cabo por el deudor en fraude o realizados con el fin de preparar o agravar una situación de insolvencia.

El secuestro conservativo de los bienes del deudor acordado de conformidad con los arts. 1785 y 1788 del CC español y con el art. 42.4^a de la LH.

La facultad que se confiere al vendedor que después de la venta de la cosa descubre la insolvencia del comprador, si se ha convenido un aplazamiento para el pago del precio, e impedir de este modo el inminente riesgo de pérdida de la cosa y precio (art. 1467 CC).

La facultad del comprador del art. 1502 Código Civil para suspender el pago del precio , hasta que el vendedor haya hecho cesar el peligro o afiance la devolución del precio, en su caso, cuando el comprador tenga un fundado temor de ser perturbado en la quieta y pacífica posesión de la cosa comprada por una acción reivindicatoria o hipotecaria.

⁷³⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 276. DEJEAN DE LA BÁTIE, Noël. Responsabilité délictuelle, en en el Tratado de Droit Français de AUBRAY & RAU. Ed. Librairies Techniques. Paris. 1989 (8ª edición dirigida por A. PONSARD e I. FADLALLAH), Tº VI-2, p. 79 y ss.nº 45 y ss..

la posibilidad conferida al acreedor hipotecario en el art. 117 de la LH de pedir al Juez que dicte una providencia imponiendo al propietario las obligaciones de hacer o de no hacer necesarias para remediar el daño, cuando la finca hipotecaria se deteriorase o disminuyese de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño.

Al margen de estas medidas, BUSTO LAGO considera que pueden añadirse otras a la lista referida a los supuestos de aplicación de las doctrinas del cumplimiento simultáneo de las obligaciones que nacen de los contratos bilaterales: *exceptio non adimpletio contractus* y la condición resolutoria tácita. Ambas tesis encuentran su origen en el principio de interdependencia y reciprocidad de las obligaciones que nacen de los contratos bilaterales y de ellas se derivan los siguientes efectos:

cada parte puede rechazar el cumplimiento de su obligación mientras la otra parte no cumpla la suya, sin incurrir, por este motivo, en mora;

cada parte puede pedir la resolución del contrato si la otra no cumple con su obligación;

si una de las partes no cumple con su obligación, la otra parte viene liberada del cumplimiento de la suya.

Señala BUSTO LAGO que una prueba adicional de la prohibición del autoauxilio en el Derecho español lo constituye el hecho de que se tipifica como delito “la realización arbitraria del propio derecho”, entendiéndose por tal el hecho de que en determinadas circunstancias – concurriendo violencia, intimidación o fuerza en las cosas – el acreedor se apodere de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella (art. 455 del Código Penal español)⁷³¹.

Para LUZON PEÑA, estos datos provenientes del ordenamiento jurídico español evidencian la inadecuación de la legítima defensa en los supuestos de

⁷³¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 361.

tutela extrajudicial de los derechos de crédito. Advierte que la respuesta está en la misma esencia de la legítima defensa, puesto que es requisito imprescindible de la misma, la agresión de un bien que ya se tiene, que se posee actualmente. No puede ser defendido un derecho que aun hay que hacer valer, que no se tiene sino potencialmente. Se puede defender lo que se es y se tiene, pero no los derechos que hay que conseguir y procurarse ni las meras pretensiones⁷³².

Sin embargo, LEHMANN, desde la doctrina alemana, ha señalado que “es también admisible la defensa legítima contra el ataque dirigido a un derecho de crédito. Naturalmente debe amenazar un ataque, es decir, un acto contrario -vulneración positiva del crédito-; no basta la simple inactividad frente a la pretensión de hacer”. En esa inteligencia, esto es, partiendo de la existencia de un ataque no omisivo al derecho de crédito, nada parece obstar la admisibilidad de la legítima defensa de los derechos de crédito⁷³³.

En la parcela del Derecho civil argentino existen normas sobre justicia personal o autoayuda y también sobre tutela preventiva del crédito.

El art. 1419 del citado cuerpo normativo confiere, por su parte, al vendedor el derecho a no entregar la cosa vendida, cuando hubiese concedido un término para el pago, si después de la venta el comprador se halla en estado de insolvencia, a menos que otorgara fianza de ello.

El art. 1425 confiere al comprador el derecho a suspender el pago del precio si tuviese motivos fundados de ser molestado por reivindicación de la cosa o por cualquier acción real, a menos que el vendedor le afiance su restitución.

Similar situación prevé el art. 2466, en cuanto establece que si para conservar la cosa hubiese hecho gastos o mejoras necesarias, tendrá derecho para retenerla hasta ser indemnizado por el poseedor.

⁷³² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 361. LUZON PEÑA, Diego .M. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch.. Barcelona. p. 426.

⁷³³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 362. LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General.(Traducción de José María Navas) . Vol. I. Ed. EDERSA. Madrid. 1956.p.180.

Otro supuesto es el del art. 2470 del Código Civil, que confiere el derecho al poseedor de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.

El art. 2470 admite, como vía excepcional y bajo ciertas circunstancias, que el titular de una acción real, de propia autoridad, se mantenga en el “hecho de la posesión”, o que de haberla perdido, la recupere, pudiendo repeler los ataques violentos mediante el empleo de una fuerza “suficiente”. La mayor parte de la doctrina interpreta que la defensa privada le es otorgada no sólo a los poseedores, sino también a los tenedores e, inclusive, a los servidores de la posesión⁷³⁴.

Para algunos autores, la mencionada norma es un caso de legítima defensa, y sostienen que como tal, el ordenamiento permite que el agredido pueda defenderse en forma privada o extrajudicial, es decir, sin acudir a la justicia. “Tal es el caso, en el Derecho argentino, de lo establecido por el art. 2470 del Código Civil, en tanto permite que el ofendido pueda defender su relación de hecho con la cosa, en forma privada, siempre que concurran los siguientes requisitos: que la relación material sufra ataques de violencia, que los auxilios de la justicia no pudieran llegara tiempo, la inexistencia de intervalo de tiempo y que no se excedan los límites de la legítima defensa”⁷³⁵.

La utilización de ese remedio se halla condicionada por los siguientes requisitos: a) que la relación material sufra ataques de violencia; b) que los

⁷³⁴ Ver PICADO, Leandro S. Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derechos Reales. T⁸ I, arts. 2311 a 2610. Claudio Kiper. Director. Rubinzal Culzoni, Editores. Santa Fé. 2004. p. 489.

⁷³⁵ KIPER, Claudio. Director. Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derechos Reales. T⁸ I- arts. 2311 a 2610. Rubinzal-Culzoni Editores. P. 388-389. Santa Fé. 2004.

auxilios de la Justicia no pudieran llegar a tiempo; c) inexistencia de intervalo de tiempo; d) que no se excedan los límites de la legítima defensa⁷³⁶.

Siendo así, los límites de la legítima defensa en el Código penal son más amplios que en el Código Civil; así el art. 2470 sólo autoriza el empleo de la fuerza en los casos en que los auxilios de la justicia llegasen demasiado tarde, mientras que el art. 34, inciso 6^a del Código penal no prevé, al menos expresamente, la subsidiariedad de la defensa⁷³⁷.

El art. 2629 a su tiempo, dispone que “Si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines, o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se extendiesen su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso estén a las distancias fijadas por la ley”⁷³⁸.

Otro caso es el del art. 3939, en virtud del cual el acreedor tiene la facultad de conservar la posesión de una cosa ajena, hasta el pago de lo que le es debido en razón de la misma cosa. A tal punto, que la norma del art. 3944 le confiere acciones posesorias en caso de ser desposeída de ella, en contra de su voluntad por el propietario o de un tercero.

Para algunos autores, los supuestos de autoayuda o autoauxilio se mueven en el campo jurídico civil, y por lo tanto no pueden catalogarse entre los casos de legítima defensa, reservada ésta para los ilícitos penales⁷³⁹

El segundo de los supuestos (esto es, la tutela preventiva del crédito) se encuentra ejemplificado en el art. 2025 del Código Civil, que autoriza al fiador a pedir al deudor la exoneración de la fianza, cuando han pasado cinco años desde que la dio. También el art. 2026 autoriza al fiador a pedir el embargo de

⁷³⁶ Ver PICADO, Leandro S. Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derechos Reales. T^o I, arts. 2311 a 2610. Claudio Kiper. Director. Rubinzal Culzoni, Editores. Santa Fé. 2004. p. 489-490.

⁷³⁷ Ver PICADO, Leandro S. Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derechos Reales. T^o I, arts. 2311 a 2610. Claudio Kiper. Director. Rubinzal Culzoni, Editores. Santa Fé. 2004. p. 491.

⁷³⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 947

⁷³⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 358, cfr. LUZÓN PEÑA, Diego M. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona. 1978. p. 421-422.

los bienes del deudor o la exoneración de la fianza cuando fuere judicialmente demandado para el pago, si vencida la deuda, el deudor no la pagase, si disipare sus bienes, emprendiese negocios peligrosos o los diese en seguridad de otras obligaciones, o si quisiese ausentarse del país no dejando bienes suficientes y libres para el pago de la deuda.

Constituye un supuesto de tutela preventiva del crédito la acción de fraude del art. 961 y siguientes del Código Civil.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, establece normas de carácter protectorio del crédito: el art. 209, en cuanto a la facultad del acreedor de deuda en dinero o en especie, de solicitar embargo preventivo. El art. 210 confiere la misma facultad al co-heredero, condómino o socio; al propietario o locatario principal de predios urbanos o rústicos; a la persona a quien la ley le reconoce privilegios sobre ciertos bienes muebles o inmuebles; y a quien hubiera de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación de la cosa demandada, mientras dure el pleito.

En el mismo sentido, el art. 211 confiere la facultad al adquirente de solicitar embargo sobre el bien objeto del contrato de compra y venta, cuyo cumplimiento se demandara. A su vez, el art. 212 confiere el derecho de solicitar embargo preventivo en los supuestos de rebeldía, confesión expresa o ficta y en los supuestos de sentencia favorable.

El art. 221 autoriza el secuestro de los bienes muebles o semovientes del juicio, cuando el embargo no asegurare por sí solo el derecho invocado por el solicitante.

Sucede también con el *exceptio non adimpleti contractus* del art. 1201 del Cód. Civil y del art. 1418 en materia de compra y venta o con el pacto comisorio del art. 1204 del mismo cuerpo legal.

Al parecer, en el Derecho civil argentino, los supuestos de justicia personal o autoayuda expresados no requieren de la intervención judicial, en tanto

aquellos enunciados como prototipos de tutela preventiva del crédito sí demandan necesariamente el recurso judicial.

Quienes entienden que los supuestos de tutela preventiva del crédito no constituyen casos de legítima defensa, se basan en que afirmar que el incumplimiento de las obligaciones y de los contratos es una mera omisión o pasividad y ésta no constituye nunca una agresión, de forma que, faltando el requisito de la agresión, no podría hablarse en ningún caso de legítima defensa. A LUZÓN PEÑA no le convencen los argumentos anteriores, sosteniendo en cambio que: 1. tales argumentos esgrimidos no sirven para resolver todos los casos de incumplimiento de obligaciones ya que los derechos de crédito pueden contener pretensiones de que se omita algo, y entonces su lesión consistirá en un hacer y no en una omisión; 2. aun cuando el incumplimiento obligacional consista en un no hacer tampoco convencen los argumentos expresados, ya que lo decisivo para que una omisión pueda ser agresión es que ponga en peligro algún bien jurídico y esas posiciones no dicen nada acerca de si ese es o no el caso en los supuestos de incumplimiento de obligaciones⁷⁴⁰.

Para algunos autores, la tutela preventiva del crédito no es sino el ejercicio legítimo de un derecho, que se configura como una causa de justificación o causa de exclusión de la antijuridicidad de eficacia general. Sin embargo, no es pacífico en la doctrina el reconocimiento de un valor justificativo original al ejercicio legítimo de los derechos. En este sentido, algunos autores han remitido su eficacia a la aplicación de los criterios generales del ilícito civil, considerando que todo ejercicio de los derechos no razonable es apto para hacer surgir el mecanismo de la responsabilidad civil. Puesto que toda acción humana es susceptible de ser llevada a cabo de forma imprudente o negligente, nada

⁷⁴⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 358.

justifica la creación de una pretendida área reservada a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil⁷⁴¹.

BUSTO LAGO entiende razonable considerar en ciertos casos, al ejercicio de los derechos un efecto justificativo, si bien este efecto no puede ser, en ningún caso ilimitado⁷⁴².

En efecto, como señala LACRUZ, el ejercicio de un derecho no justifica un uso indiscriminado e irracional del ámbito de poder, de las posibilidades de actuación que su titularidad concede⁷⁴³.

El ejercicio legítimo de un derecho reconoce límites. Al lado de los límites extrínsecos al ejercicio de los derechos, constituidos tanto por los que provienen de específicas previsiones legales, como aquellos que provienen de la incompatibilidad en el ejercicio de los mismos –supuestos de colisión de derechos y situaciones de cotitularidad –, suelen señalarse otros que provienen de la conformidad del propio derecho con el ejercicio del mismo⁷⁴⁴.

Los derechos no pueden ser ejercitados sin más, sino que han de serlo en función de un fin legítimo, no pudiendo ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; ni pueden servir para la consecución de fines injustos o contrarios al ordenamiento jurídico, no amparando éste un ejercicio de los mismos que vaya más allá de la satisfacción del interés del titular del mismo⁷⁴⁵.

Para realizar o tutelar los derechos de crédito u otras pretensiones jurídico-civiles, es necesario desde ya ser titular de un derecho subjetivo pero ha de

⁷⁴¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 276. MAZEAUD, Henri .L. y TUNC, André. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Ediciones 1^a A 6^a. n^o 576.

⁷⁴² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 277. . ROGEL VIDE, Carlos . La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial. Ed. Civitas. Madrid. 1971 (1^aa. edición). p. 87.

⁷⁴³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 278. LACRUZ BERDEJO, José L. Parte General del derecho Civil. El derecho subjetivo. ED. Bosch. Barcelona. 1990. p.113.

⁷⁴⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 279. COVIELLO, Nicolás . Manuale di Dirittocivile italiano. Parte Generale. Edizione Scientifiche Ytaliane. Napoli. 1992. (edición facsímil de la 3^a. edición italiana) Milano. 1924. p. 484.n^o 153.

⁷⁴⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 280. LOPEZ LOPEZ, Angel .M. Derecho Civil. Parte General. Ed. Tirant Lo Blanc. Valencia. 1992. p. 347.

acudirse necesariamente a la vía judicial. En el Derecho argentino se encuentran variadas situaciones contempladas, como las ya enumeradas.

5.2. Los efectos de la legítima defensa del Derecho penal sobre las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

La Jurisprudencia argentina ha resuelto que la legítima defensa, precisada y declarada en la causa criminal, impide en absoluto que se impute por el mismo hecho a quien repelió la agresión, un delito o un cuasidelito civil, a los efectos de la reparación del daño. Existe sobre el particular una evidente incompatibilidad: el derecho usado por quien actuó en legítima defensa, no puede transformarse en culpa civil, por levísima que sea⁷⁴⁶.

Quien crea la apariencia de coparticipación en una situación delictiva y después en la legítima defensa dirigida contra él sufre un daño, no está soportando un gravamen excesivo, sino las consecuencias de su propia maniobra engañosa, mediante la cual ha conducido al que se defiende a una posición de inferioridad⁷⁴⁷. La víctima de quien actúa en legítima defensa debe responder por las consecuencias de su comportamiento y debe asumir el costo de que el defensor se comporte tal como le ha sido impuesto por el contrato social⁷⁴⁸.

De modo que la legítima defensa no produce, para quien la ejerce, efectos tendientes al resarcimiento derivado del daño ocasionado en el acto justificado, con las salvedades formuladas respecto de los terceros extraños al suceso.

Conclusiones parciales

De lo expuesto en el presente capítulo, se pueden extraer las siguientes conclusiones parciales:

⁷⁴⁶ CNac. Civil, Sala F, 21.04.81, "Vidal, Roberto M. c/ Maglietta, Francisco", ED, 94-434.

⁷⁴⁷ CSJN, 24.08.00, "Scheffer, Ana T. c/ Estado Nacional y otro.", La Ley, 2001-A-449 y DJ, 2001-2-229.

⁷⁴⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 925.

Se comprueba que la legítima defensa constituye una causa de justificación del Derecho penal, que se configura cuando se reúnen los presupuestos de agresión ilegítima, racionalidad de la defensa legítima y la falta de provocación suficiente, los que son perfectamente aplicables en la parcela de la responsabilidad civil extracontractual.

En este último sector, se corrobora que la agresión debe dirigirse sobre bienes jurídicos individuales en sentido patrimonial, que son los que el sujeto individualmente puede defender, sean propios o de terceros, y producir un daño.

Queda corroborado que, siendo los bienes jurídicos individuales – propios o de terceros - defendibles por la institución en estudio, resulta contrastado que los daños ocasionados en estas circunstancias están, también, civilmente justificados, y por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, no surge la obligación resarcitoria a cargo de quien se defiende del agresor o defiende a un tercero. Debe dejarse a salvo el derecho del tercero extraño totalmente ajeno al suceso, a ser resarcido por el defensor o por el que provocó la situación de defensa, debiendo en este caso juzgarse el hecho conforme con las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual (a menos que existiese estado de necesidad). En caso de exceso en la legítima defensa, el acto de quien se defiende será ilícito en la medida de tal exceso; por lo cual el supuesto deberá juzgarse, en esa medida, conforme con las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual.

Se ha contrastado que, toda vez que el agente que provoca la legítima defensa realiza un hecho ilícito, debe responder por las consecuencias dañosas de su conducta.

Se encuentra plausiblemente corroborado que en el ordenamiento jurídico civil argentino se contemplan supuestos de justicia personal o autoayuda, la que se encuentra próxima a la legítima defensa, sin identificarse con ésta. Se trata de una figura que expresa jurídicamente el “hacer justicia por mano propia”.

CAPITULO V

EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La finalidad del presente capítulo consiste en determinar si las normas del estado de necesidad, como causa de justificación del Derecho penal, pueden aplicarse a la responsabilidad civil extracontractual.

Su hipótesis orientadora sostiene que el estado de necesidad, como causa de justificación del Derecho penal, constituye una causa de justificación de la responsabilidad civil extracontractual.

El presente capítulo trata, en su primera parte sobre “Antecedentes”, en su segunda parte sobre “Concepto”, en su tercera parte sobre “El estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante”, en su cuarta parte sobre “El estado de necesidad en el Derecho civil”, en su quinta parte, sobre “La cuestión del traslado de la figura del estado de necesidad de un ámbito jurídico a otro”, arribando a conclusiones parciales.

Las técnicas de investigación y validación consistieron en el análisis bibliográfico, de contenidos y documental y el análisis lógico.

1. Antecedentes

La necesidad, como situación psicológica anormal que es, puede potencialmente gravitar sobre la voluntad humana en cualquier de las ámbitos en que ésta se desarrolle y en consecuencia, también puede constreñirla al

campo jurídico y dentro de éste en cualquiera de los sectores en los que convencionalmente se divide⁷⁴⁹.

En el ámbito estrictamente jurídico se trata de un tema de raíces interdisciplinarias, siendo penal la sustancia principal de su desarrollo legislativo y de su elaboración dogmática⁷⁵⁰.

En Alemania, con la entrada en vigor del BGB el 01.01.1900, se añadieron junto a regulaciones concretas en leyes especiales, sobre todo las dos regulaciones del estado de necesidad del BGB que son importantes hasta hoy: la defensa frente a cosas (o más exactamente: el estado de necesidad defensivo del Derecho Civil) del art. 228⁷⁵¹ BGB, y el estado de necesidad agresivo jurídico civil del art. 904⁷⁵² del BGB. Hacia 1930 se impuso en la doctrina científica la opinión de que, contra los que defendían las “teorías unitarias o de la unidad”, no se deben considerar las disposiciones sobre estado de necesidad, o bien todas como causas de justificación, o todas como de exculpación, sino que, siguiendo la “teoría diferenciadora o de la diferenciación”, los casos de estado de necesidad deben enjuiciarse en parte como causas de justificación y en parte como de exculpación: concretamente se reconoció a los arts. 228 y 904 BGB como causas de justificación, y a los del art. 52 StGB (el actual art. 35) como causas de exculpación⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 369-370. LA ORDEN MIRACLE, Ernesto. El Estado de Necesidad en el derecho privado. Establecimiento Bibliográfico de J.A. Jiménez. Murcia. 1933. p. 2

⁷⁵⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 370. FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil moderno. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1990. p.391.

⁷⁵¹ Art. 228(BGB). *Notstand. Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.*

⁷⁵² Art. 904. (BGB). *Notstand. Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.*

⁷⁵³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 671.

Al partir de la base de que sólo se podían considerar causas de justificación los arts. 228 y 904 BGB, resultaba que la regulación del estado de necesidad justificante era sumamente incompleta y llena de lagunas; pues sólo comprendía la defensa frente a peligros procedentes de cosas (art. 228 BGB) y la intromisión de cosas de terceros ajenos que sea necesaria para afrontar cualquier peligro (art. 904 BGB), pero no contenía ninguna disposición que en situaciones de necesidad hubiera permitido una ingerencia en otros bienes jurídicos distintos de las cosas. Así, por ejemplo, en un accidente de tránsito era necesario llevar rápidamente al accidentado al hospital para salvarle la vida y aceptar al hacerlo así la posibilidad de infringir preceptos del tráfico. Faltaba una norma que, para salvar la vida, hubiera permitido perturbar la seguridad del tráfico. Y si para salvar la vida de una embarazada resultaba imprescindible practicarle un aborto, según el Derecho entonces vigente ciertamente se habría podido disculpar a la embarazada según el art. 54 (hoy art. 35 del StGB); pero para el médico no había una posibilidad de exculpación, por lo que según la letra de la ley habría tenido que ser castigado a pesar de que, según la concepción jurídica general, su conducta se consideraba no sólo como disculpable, sino incluso como adecuada⁷⁵⁴.

De esa situación surgió el estado de necesidad supralegal, que se desarrolló partiendo del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que en caso de colisión ineludible de intereses en pugna, el sujeto actúa conforme a derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso. Ya el carácter justificante de los arts. 228 y 904 BGB se había podido explicar desde esa teoría de la colisión, y era una idea metodológicamente correcta la de derivar del principio de ponderación de intereses, al que se podían reconducir dichas causas de justificación escritas, una justificación supralegal allí donde la ley

⁷⁵⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 672.

guardaba silencio. La idea básica del estado de necesidad supralegal se mantuvo con dos formulaciones enfrentadas entre sí. Según la teoría del fin, que fue propugnada especialmente por VON LISZT, regía el principio de “que no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado”. Y la teoría de la ponderación de bienes invocaba el principio: “no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor”⁷⁵⁵. La jurisprudencia acogió y en cierto modo concluyó esa evolución en la sentencia que abrió un nuevo camino (RGSt 61, 242, de 11.03.1927). Esta sentencia, relativa al supuesto del aborto indicado médicamente, separa por primera vez claramente las causas de justificación de las de exculpación. Se adhiere en el estado de necesidad a la teoría diferenciadora, afirma la existencia de un estado de necesidad justificante no contenido en el Derecho escrito y basa esa nueva causa de justificación en la teoría “de la ponderación de bienes y deberes”. En ella se rechaza el principio de la teoría del fin: “dada la amplitud de su formulación, no es posible ver claramente si su aplicación en la praxis no conduciría a consecuencias objetables”. En cambio, se “reconoce...para el supuesto de pugna entre bienes jurídicos, que cuando no sea posible un equilibrio sino destruyendo o dañando uno de los dos bienes jurídicos, el bien de inferior valor ha de ceder ante el de superior valor, y por lo tanto no es antijurídica la ingerencia en el de inferior valor”. E igualmente, “para el supuesto de pugna o conflicto entre deberes – el estado de necesidad entre deberes-“, se reconoce que “ha de cumplirse el deber superior a costa del menos elevado, y que el incumplimiento de este último no es antijurídico”⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 672.

⁷⁵⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 673.

En RGSt 62, 35 (46 s) se emplea por primera vez el término “estado de necesidad supralegal” para responder a la cuestión de si podía estar justificada la introducción en la zona del Ruhr de mercancías sin declararlas a efectos aduaneros, cuando de ese modo se pudo evitar el colapso económico de ese territorio ocupado. Y RGSt 62,137, en otro caso de aborto, utiliza ya en el párrafo inicial el concepto de “estado de necesidad supralegal”, y añade a los requisitos de la justificación el “deber de examen”, que actualmente se rechaza con razón unánimemente en la doctrina, pero que se ha impuesto en la jurisprudencia hasta nuestros días: “Si falta dicho examen, no existe la causa de justificación ni siquiera aunque posteriormente se compruebe que concurrían los restantes presupuestos”⁷⁵⁷.

Sobre la base de estas sentencias fundamentales se ha estado juzgando en Alemania hasta el año 1975, en que entró en vigor el nuevo art. 34 StGB. Sin embargo, de entrada se vio que limitarse a una ponderación de bienes abstracta era algo demasiado rígido y no practicable sin restricciones. Ya la RGSt 61, 242, contradiciendo su punto de partida, reconoció que, aunque hubiera una indicación médica, no era admisible la interrupción del embarazo contra la voluntad de la madre, pero ese punto de vista, que efectivamente es relevante, no tiene nada que ver con el valor de los bienes jurídicos en conflicto. Y también los supuestos legalmente regulados de los arts. 228 y 904 BGB podían enseñar que el legislador no ha solucionado las colisiones tratadas en ellos mediante una comparación esquemática de bienes jurídicos, sino que también ha tomado en cuenta decisivamente otros factores para la ponderación: en el art. 228 BGB la circunstancia de que el peligro procede de la esfera de la víctima del estado de necesidad, y en el art. 904 BGB el de que se interviene en la esfera autónoma de una persona ajena a la situación de necesidad. Realmente era la idea correcta de la teoría del fin, aunque obtenida a costa de una mayor imprecisión, la que

⁷⁵⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 673.

permitía una amplia consideración de todos los puntos de vista relevantes para la ponderación⁷⁵⁸.

No obstante, en los primeros trabajos preparatorios de la nueva Parte General se partió de la teoría pura de la ponderación de bienes. Así se afirmaba en el Primer Proyecto Federal de Justicia: “El que obre en estado de necesidad no cometerá injusto alguno si el bien jurídico que protege tiene un valor considerablemente superior al bien jurídico lesionado por el hecho”. Pero posteriormente, en las deliberaciones se impuso la opinión de que en la ponderación no basta la comparación de los bienes jurídicos, sino que hay que tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto. En la versión actual del art. 34 StGB, que procede del proyecto de 1962, se intentó cumplir esto de dos maneras: primero, se sustituyó la exigencia de ponderación de bienes jurídicos por la de ponderación de intereses, en la que el valor de los bienes jurídicos en colisión aparece sólo como un punto de vista entre otros (“ponderación de los intereses en pugna”, concretamente de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que los amenazan”). Y aparte de esto, añadiendo la cláusula de la adecuación en el art. 34 inc 2 StGB, se combinó la teoría de la ponderación de bienes, modificada ya sustancialmente por el punto de vista de los intereses, con la teoría del fin, para de ese modo poder permitir que se introduzcan en la decisión valoraciones que vayan más allá de la ponderación de intereses. Según la fundamentación del Proyecto de 1962 la justificación dependerá de “dos valoraciones”, “en las que se reflejan las opiniones doctrinales desarrolladas respecto del estado de necesidad supralegal : en primer lugar, en una ponderación correcta entre los intereses y los bienes jurídicos en conflicto, el interés que protege el autor debe preponderar sustancialmente sobre el interés que menoscaba (teoría de la ponderación de bienes); y por otra parte, la acción de estado de necesidad debe aparecer en una

⁷⁵⁸ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 673.

valoración ético-social como el empleo del medio correcto para un fin correcto (teoría del fin)". Así pues, en este caso, la evolución histórica- dogmática conduce directamente a la comprensión de las intenciones legislativas; y la interpretación de los diversos elementos de la causa de justificación tendrá que basarse en ella, pero también habrá de poner de manifiesto las dificultades que ha creado el legislador con una acumulación de teorías no totalmente meditada⁷⁵⁹.

2. Concepto

En general, puede definirse al estado de necesidad diciendo que es la situación en que se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero, que no es autor del peligro.

El Código Penal argentino (única norma que se refiere al estado de necesidad como causa de justificación en nuestro ordenamiento jurídico positivo), señala al respecto, en su art. 34: *"No son punibles...3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño..."*.

SAVATIER ha propuesto una definición descriptiva del mismo en la que aparecen reflejados dos de los requisitos imprescindibles para su apreciación: la actualidad e inminencia de un peligro cierto de un daño, la inevitabilidad del mismo y la necesidad de que el daño evitado sea mayor o igual que el daño causado por el acto dañoso necesitado - la utilidad del daño - entendido como reacción necesaria ante aquel peligro. Para el autor francés, "el estado de necesidad es la situación de quien considera de forma manifiesta que el único medio de evitar un mal mayor o igual es causar un mal menor o igual"⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tº I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 610.

⁷⁶⁰ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 392. SAVATIER, Rene. L'Etat de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle, en *Études de Droit civil, à la meoire de Henri Capitant*. Dalloz. Paris. S.d.p. 729

Dentro de esta situación muy variada están comprendidos entre otros, algunos casos de destrucción o de deterioro o de consumo de bienes ajenos (Por ejemplo, casos de irrupción violenta en una casa ajena para salvar a personas de un incendio que ha comenzado o para evitar que el fuego se propague a viviendas vecinas, el del llamado hurto famélico, etc.), de operaciones quirúrgicas (Por ejemplo, el caso del cirujano que en un parto difícil, salva la vida de la madre con sacrificio de la criatura), de accidentes de tránsito (Por ejemplo, el caso de un pasajero lesionado a consecuencia del choque de un ómnibus contra un árbol, para evitar el conductor atropellar a un menor que cruzó imprevistamente la calle), de avería gruesa para alijar un buque en peligro (arts. 1316, 1317 y cc. del Cód. de Comercio español); también conflictos de deberes que recaen sobre una misma persona, en que ésta debe dejar de cumplir uno de ellos para satisfacer el otro, más importante).

Lo que caracteriza al necesitado es hallarse impedido de cualquier otra vía para dar solución a circunstancias que comprometen la persona misma del lesionado: el hambre, las exigencias alimentarias familiares, el peligro que cierne sobre la vida, la salud o las afecciones más caras, son estados físicos y espirituales que darían basamento a un estado de esa clase⁷⁶¹.

En todos estos casos, el acto realizado en estado de necesidad presenta, formalmente, los caracteres de un delito penal, ya que, para evitar un mal inminente, es menester al agente causar voluntariamente un daño a la persona o a los bienes de otro o dejar de cumplir un deber legal. La ley primaria, es y tiene que ser la ley penal, sin perjuicio de que la civil, en correspondencia con aquélla, legisle sobre las consecuencias civiles de ese estado de necesidad (indemnización, etc.), y en su caso, situaciones particulares no comprendidas en la ley penal⁷⁶².

⁷⁶¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004, p. 927.

⁷⁶² Ver ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Tomo 2006. "Estado de Necesidad". Ed. La ley. Bs.As..2007. p.1377/1378.

2.1. Situaciones de necesidad

Sin embargo, la “necesidad” suele adquirir otras acepciones:

En el Derecho civil español, el art. 1 de la ley de Usura del 23 de julio de 1908, es utilizado como un presupuesto subjetivo de una lesión, al establecer que una de las circunstancias subjetivas alternativas del prestatario para poder considerar al préstamo usurario es su situación “angustiosa”. “Angustia” equivalente a situación en la que por miedo a desgracias –daños en sentido amplio– subsanables con dinero se prestó el consentimiento y equiparable a “necesidad” entendida en un sentido económico no lejano al concepto vulgar de “pobreza”, aunque sí con connotaciones distintas⁷⁶³.

En un sentido similar se expide el art. 954 del Cód. Civil argentino, en tanto señala como presupuesto subjetivo de la lesión en él regulada que una de las partes explote la “necesidad, ligereza o inexperiencia” de la otra, sancionando al negocio jurídico con la nulidad.

El estado de necesidad que configura uno de los supuestos de la posición de inferioridad de la víctima, es un estado en el cual ésta opta frente a dos males o situaciones desvaliosas, por elegir el menor y la solución menos desvaliosa o menos dañosa según su propio criterio⁷⁶⁴.

El Código Civil argentino contempla otras situaciones de necesidad, sin que tales preceptos constituyan principios generales de exclusión de la responsabilidad.

El art. 2227 del Código Civil entiende por depósito necesario el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros.

⁷⁶³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998, p. 370.

⁷⁶⁴ Ver COBAS, Manuel O. A propósito de la lesión subjetiva. Ed. La Ley, 15.09.05., pgs. 1/3.

En materia de responsabilidad civil, el art. 2228 señala que el depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho, y éstas responden del depósito, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo.

A su vez, el art. 2230, establece que el posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros, responden de todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes o de las mismas personas que se alojan en la casa; pero no responden de los daños o hurtos de los familiares o visitantes de los viajeros. Esta norma se complementa con lo dispuesto por el artículo siguiente, que señala que el posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de las posadas, y no se eximen de responsabilidad por avisos que pongan anunciando que no responde de los efectos introducidos de los viajeros; y por cualquier pacto que sobre la materia hiciese con ellos para limitar su responsabilidad, las que serán de ningún valor.

El ordenamiento jurídico español contempla situaciones similares, que según BUSTO LAGO, lo aproximan al acto necesitado en cuanto a la urgencia de la tuición en la que se encuentran determinados bienes susceptibles de sufrir un daño inmediato y cierto⁷⁶⁵.

De todos modos, se ha dicho que el estado de necesidad se define por la existencia de una situación fáctica de peligro grave e inminente, que amenaza a una persona o a sus bienes, y que sólo puede ser conjurada para salvaguardar los mismos, ocasionando un daño a otra o a un tercero⁷⁶⁶.

2.2. Naturaleza jurídica

No existe acuerdo sobre la naturaleza jurídica de este instituto.

⁷⁶⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998, p. 377.

⁷⁶⁶ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004, p. 926.

Algunos han dicho que la naturaleza jurídica del estado de necesidad consiste en un acto ilícito, ya que nadie tiene derecho de sacrificar un bien ajeno para salvar uno propio, aunque se ha dicho en contra que en el acto de necesidad falta la libre voluntad, que es elemento necesario del acto lícito.

En esta corriente se ha encontrado enrolado NATTINI seguido por CHIRONI y BRUNETTI en Italia, o LALOU en Francia. Ellos han mantenido una teoría conforme a la cual el hecho realizado en estado de necesidad habría de considerarse ilícito, pero siendo la acción realizada bajo el imperio de la fuerza mayor o del caso fortuito, venía a faltar el elemento de la imputabilidad y, en consecuencia, no surgía en estos supuestos la obligación de resarcimiento. Para atemperar la injusticia material que suponía para el perjudicado soportar enteramente el daño, se sostenía la viabilidad a favor del dañado, de *la actio in rem verso*.

En la doctrina española, LA ORDEN MIRACLE considera ilícito el hecho dañoso realizado en estado de necesidad, entendiendo por ilicitud la contrariedad con la ley, no siendo necesaria, para ser apreciada esta contravención una prohibición expresa, sino que basta con que ésta se halle implícita en aquélla, como ocurre cuando la ley reconoce un derecho. Es indudable que en estos casos se prohíbe todo hecho que pueda menoscabarle. En los supuestos en los que una norma de rango legal considere lícito de manera expresa el acto dañoso en estado de necesidad diferencia el autor, según esta ley establezca o no una indemnización a favor del perjudicado. En el primer caso tal ley sería explicable si todo su sistema de derechos subjetivos lo tuviese pendiente de los eventos necesitados, de modo que al violarse un derecho en situación de necesidad no se hiciera nada que desbordase las esferas jurídicas creadas y protegidas por la propia ley, puesto, que de no ser así, estaríamos ante el absurdo de crear y reconocer derechos que el propio ordenamiento no está dispuesto a proteger.

En el segundo de los casos enunciados, esto es, cuando la norma declara la licitud del acto dañoso necesitado pero lo sujeta a indemnización, estaríamos frente a una imprecisión técnica ya que, desde el momento que se exige un resarcimiento, se reconoce jurídicamente la existencia de un daño “y esto en definitiva, no es más que aceptar una ilicitud”⁷⁶⁷.

La mayoría de la doctrina sostiene que el estado de necesidad es un acto lícito. En efecto, si la acción necesaria no tiene por móvil inferir agravio, ni éste se realiza por culpa o imprudencia, sino en razón de una causa extraña a su autor, cerrándole todo camino para salvar su persona o bienes, o los de otro, a no ser el de perjudicar la persona o bienes de un tercero, no es posible ver en ello la comisión de un acto ilícito, sino el ejercicio de una facultad legítima, sometida a ciertas condiciones necesarias⁷⁶⁸.

Otros, en la misma línea de sostener la licitud del acto, fundamentaban la misma cuando el bien salvado era de igual o mayor valor que el sacrificado pero, al tiempo, juzgaban siempre debido el resarcimiento de los daños ocasionados.

Para BUSTO LAGO, esta última solución es laudable desde la perspectiva de la equidad, pero carece de coherencia de *iure conditio* en orden al planteamiento que desde un plano jurídico se hace de la institución puesto que, en una argumentación realizada desde este plano, al faltar el elemento de la ilicitud – o de la culpa – en el evento necesitado, no podía existir un derecho al resarcimiento a favor del perjudicado⁷⁶⁹.

El daño causado en estado de necesidad como acto lícito dañoso ha sido sostenido también en la doctrina italiana por DE CUPIS, BRIGUGLIO y MOLARI, entre otros. Conforme a esta teoría, los daños causados en estado de

⁷⁶⁷ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 379. LAORDEN MIRACLE, Ernesto. El estado de necesidad en el Derecho Privado. Ed. Jimenez. Murcia. 1933. p. 72.

⁷⁶⁸ Ver ACUÑA ANZORENA, Arturo. Estudios sobre la responsabilidad civil. “El Estado de Necesidad en el Derecho Civil”. E. Platense. La Plata. 1963. p-133/135.

⁷⁶⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 380.

necesidad supondrían un ejemplo de la categoría genérica de los actos lícitos dañosos. La tesis encuentra su fundamento en la presencia en el ordenamiento jurídico - tanto en el italiano como en el español - de normas que BRIGUGLIO denomina autorizantes, derogatorias de la norma general de los arts. 2043 del CC italiano y del art. 1902 del Código Civil español, por permitir, cuando concurren determinadas condiciones, la realización de un comportamiento dañoso. De esta forma, estas normas, contemplando la existencia de dos intereses diversos no conceden prevalencia a uno sobre el otro, preceptuando el nacimiento de una indemnización –no de una obligación resarcitoria – tendiente a restablecer el equilibrio patrimonial turbado por el acaecimiento de un hecho lesivo para uno de los patrimonios en juego. De allí que se pueda hablar en estos casos de daños no antijurídicos o, simplemente daños justos⁷⁷⁰.

La tesis que actualmente goza de amplio consenso y parece consolidarse en el ámbito jurídico penal es aquélla que se la califica como bifronte, denominada también teoría dualista o diferenciadora. Considera que el estado de necesidad tiene una naturaleza jurídica doble: por un lado, se trata de una causa de exclusión de la antijuridicidad, en tanto en su seno, se enfrentan bienes de desigual valor y por el otro, como causa de exclusión de la culpabilidad cuando pugnan bienes de igual rango, en razón del principio de inexigibilidad. Esta tesis ha recibido consagración legislativa en el ordenamiento jurídico alemán⁷⁷¹. Sin embargo, aun cuando esta tesis goza de amplio consenso en el ámbito jurídico penal, donde fue concebida, en el seno de la civilística se han elaborado otras. Ello, especialmente en ordenamientos en los que el estado de necesidad cuenta con una disciplina jurídica propia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual⁷⁷².

⁷⁷⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 383.

⁷⁷¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 383-384. MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho penal (traducción de la 2ª. edición alemana y notas de Derecho español por J.A. RODRIGUEZ MUÑOZ). Ed. EDERSA. Madrid . 1935. p.378.

⁷⁷² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 378.

Otros han señalado que el acto de necesidad se encuentra fuera del Derecho, no siendo prohibido ni permitido, pese a que se ha sostenido que el acto es permitido o reprobado por el Derecho, pero nunca ajeno a él.

Esta corriente de pensamiento, encabezada por BINDING, UNGER o SCATURO, entre otros, afirmaba apodícticamente la irrelevancia jurídica del estado de necesidad. Los actos realizados en tales situaciones no serían caracterizados ni conformes ni contrarios a Derecho, de modo que estaríamos frente a un acto *extra iure*⁷⁷³.

LLAMBIAS, por su parte interpreta que el acto necesitado es involuntario, por cuanto la actividad del sujeto que obra constreñido por la amenaza de un mal grave e inminente –“violencia objetiva”-, carece de libertad moral. Y no tratándose de un acto voluntario no puede ser calificado como lícito o ilícito, no produciendo además por sí obligación alguna, por cuanto “no es apto para comprometer la responsabilidad del agente por el daño que él materialmente ha causado, pero obrando sin libertad”⁷⁷⁴.

2.3. Diferencias entre legítima defensa y estado de necesidad.

La diferencia más pronunciada entre ambas causales de justificación radica en que mientras en principio es legítima toda defensa necesaria para repeler la agresión ilegítima –salvo casos de absoluta desproporción- el estado de necesidad sólo se justifica cuando el mal causado no es mayor del que se trata de evitar⁷⁷⁵.

También se ha dicho que si bien la proporcionalidad entre el bien que se defiende y el daño que se produce para defenderlo no es un elemento estructural de la legítima defensa, como lo es en el estado de necesidad, lo cierto

⁷⁷³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 380.

⁷⁷⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004, p. 939-940.

⁷⁷⁵ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 928.

es que la legítima defensa debe reconocer también límites que, en ocasiones, han sido calificados de éticos, condicionándose el derecho de defensa a la inexistencia de una desproporción exagerada entre el daño que se quiere evitar mediante la defensa y el que es necesario para ella⁷⁷⁶.

La segunda diferencia, según TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, estriba en que en la legítima defensa se reacciona ante una agresión ilegítima proveniente de una persona o personas, en tanto en el estado de necesidad se lesionan intereses de una persona que no ha realizado ninguna agresión ilegítima⁷⁷⁷.

La tercera diferencia consiste en que el estado de necesidad se caracteriza por la colisión de intereses legítimos, mientras que en la defensa la agresión que se impide o repele es ilegítima⁷⁷⁸.

Una cuarta diferencia es que la legítima defensa determina la exención de responsabilidad penal y también civil. Al no existir antijuridicidad no se impone sanción penal ni obligación indemnizatoria en sede civil. En cambio, en el estado de necesidad, la exención de la pena no excluye en el ordenamiento civil el reconocimiento de una compensación o indemnización de equidad⁷⁷⁹.

Corresponde hacer la salvedad que este último caso se configura, por ejemplo, en el Derecho español, por imperio del art. 20 inc. 5 del Código Penal, y su conjugación con el art. 118 del mismo cuerpo legal, tal como fuera expresado en el presente capítulo, convirtiéndose en fuente autónoma de responsabilidad. Pero no es el caso del Derecho argentino, que ninguna disposición contiene en ese sentido.

⁷⁷⁶ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 928.

⁷⁷⁷ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 928.

⁷⁷⁸ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 928.

⁷⁷⁹ Ver ROCA, Encarna. Derecho de Daños. Textos y materiales. 3^a. ed. Ed. Tirant. Valencia. 2000. p. 69

La última diferencia, conforme las conclusiones de TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA, consiste en que mientras en la legítima defensa el acto del sujeto es una reacción, en el estado de necesidad es una acción⁷⁸⁰.

Desde otra óptica, se ha dicho que la legítima defensa no depende de una ponderación de los intereses en disputa, como sí sucede en el estado de necesidad. La defensa se determina según la peligrosidad e intensidad de la agresión y no de acuerdo al valor del bien atacado⁷⁸¹.

3. El estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante

3.1. Diferenciación

A partir de lo dicho hasta aquí, correspondería analizar si el estado de necesidad asume siempre un rol de causal de justificación, o bien puede asumir también el de una causal de exclusión de la culpabilidad.

Dicho en otros términos, si es menester que el estado de necesidad sea siempre un agente supresor de la antijuridicidad, o puede erigirse, en ocasiones, en un agente de exclusión de la culpabilidad.

En el primero de los supuestos, actuará sobre el presupuesto de la antijuridicidad, en tanto en el segundo, sobre el presupuesto de la imputabilidad.

Se ha sostenido que la eficacia de las causales de justificación consiste en suprimir la antijuridicidad del comportamiento dañoso, volviendo lícito al quehacer, que por culminar en un perjuicio, aparecía como ilícito⁷⁸².

Sin embargo, en el ámbito del Derecho penal español, y a partir de los preceptos del art. 20 del Código Penal, se sostiene⁷⁸³ que junto a las causales de justificación, que expresan la aprobación del orden jurídico respecto del hecho

⁷⁸⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 928.

⁷⁸¹ Ver RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2^a. Edición actualizada y ampliada Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001. p.73.

⁷⁸² Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 905.

⁷⁸³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 387.

típico, existen otros supuestos en los que el Estado renuncia a la aplicación de la pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena.

De tal modo que las causales de justificación propiamente dichas, a cuyo respecto el ordenamiento jurídico aprueba la realización de una acción, excluyen su antijuridicidad y la justifican.

Así, la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria a derecho pues el hecho analizado no merece una desaprobación del orden jurídico⁷⁸⁴.

La teoría de la antijuridicidad, además, es una teoría de las autorizaciones para la realización de un hecho típico: el autor de un hecho típico dispuso de un permiso del ordenamiento jurídico para obrar como lo hizo⁷⁸⁵.

La antijuridicidad no es cuantificable: un hecho es o no es antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico. En ese aspecto y en esa área jurídica la antijuridicidad no se debe confundir con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que por el contrario, es cuantificable, dado que un hecho típico y antijurídico puede ser más o menos grave, o sea: más o menos ilícito⁷⁸⁶.

Cuando el Estado renuncia a la aplicación de la pena lo hace en virtud de la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar su aplicación. La gravedad de la ilicitud es insuficiente para legitimar el ejercicio del *jus puniendi*. Esta cuestión, señala BACIGALUPO⁷⁸⁷, ha sido tratada tradicionalmente como de exclusión de la culpabilidad, más concretamente como supuestos de exclusión de la exigibilidad. De allí que el autor citado otorga a la teoría de la responsabilidad por el hecho categoría dogmática.

⁷⁸⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 351.

⁷⁸⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 351.

⁷⁸⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 352.

⁷⁸⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 387.

Si partimos de la base en Derecho penal que lo ilícito no sólo debe ser antijurídico sino además típico⁷⁸⁸, (sin perjuicio de la concurrencia de la culpabilidad) podemos concluir con el autor que así como lo antijurídico no es cuantificable, lo ilícito sí puede serlo. De allí que, en este aspecto, no debe ser confundido.

En tales términos, la cuestión de la disminución de ilicitud, entendida como supuestos de exclusión de la exigibilidad, permiten inferir que, si se echa una mirada a la literatura jurídico-penal, se percibirá que se produce un fenómeno dogmático por el que los límites entre causas que excluyen lo ilícito y causas que excluyen la culpabilidad comienzan a no ser tajantes⁷⁸⁹.

No obstante, por exceder el marco del presente trabajo, sólo nos limitaremos a analizar las dos categorías tradicionales en las que se agrupa la doctrina, esto es, el estado de necesidad como justificación (exclusión de antijuridicidad) y la que agrega al estado de necesidad, en determinadas circunstancias, como causa de “inculpabilidad” (exclusión de la responsabilidad por el hecho).

La primera cuestión que plantea el estado de necesidad concierne a su carácter justificante. El art. 20.5⁷⁹⁰ del Cód. Penal español reemplazó la fórmula “que el mal causado sea menor”, por otra según la cual es suficiente con “que el mal causado no sea mayor”. En la doctrina española existe amplio consenso sobre el carácter justificante del estado de necesidad penal, aunque en lo referente a la extensión de este carácter las opiniones se dividen.

Por un lado están los que consideran que el art. 20.5 contiene a la vez, una causa de justificación, cuando el bien salvado es mayor que el sacrificado y otra de exclusión de la culpabilidad, cuando el bien salvado y el sacrificado son de

⁷⁸⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 352.

⁷⁸⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 388.

⁷⁹⁰ Artículo 20 (Cód. Penal Español): “Están exentos de responsabilidad criminal:...5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

igual jerarquía⁷⁹¹. Por otro, los que estiman que el art. 20.5 sólo contiene una causa de justificación.

Señala BACIGALUPO que estas diferencias en la naturaleza del estado de necesidad dependen del criterio con el cual los distintos autores establecen la distinción entre causa de justificación y causa de exclusión de la culpabilidad.

El primero de los puntos de vista parte de que la justificación se debe entender según el “principio del interés preponderante” (el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado), mientras el segundo las diferencia de una manera formal según que el autor sea motivable por el derecho, en cuyo caso admite la justificación, o que no lo sea, supuesto en el que se tratará de una causa de exclusión de la culpabilidad⁷⁹².

En suma, la responsabilidad por el hecho se excluye en los casos en que los intereses son de igual jerarquía o en los que se salva un interés de mayor jerarquía que el sacrificado, pero la diferencia jerárquica no es esencial⁷⁹³.

El elemento aglutinante en esta categoría está dado por la exclusión de la desaprobación jurídico-penal y en su ineficacia para excluir la desaprobación del orden jurídico: el hecho es contrario a este último, pero no es sancionado penalmente aunque el autor hubiera podido comportarse de otra manera (hubiera sido capaz de motivación y tenido conciencia de la desaprobación del orden jurídico).

Trasladados esos conceptos al tema que nos ocupa, y siguiendo la línea argumental de BACIGALUPO, en el análisis del ordenamiento jurídico penal español, el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía no excluye la antijuridicidad. Su efecto es considerado en la opinión dominante

⁷⁹¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 373, citando a Antón Oneca. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª. Ed., 1986, p. 296, exigiendo para la causa de justificación “notoria superioridad del mal evitado sobre el causado”, a Rodríguez Muñoz, notas a la trad. Del Tratado de Mezger, t. I, 1955, p. 450 y ss, a Cerezo Mir *Curso de Derecho penal español*. T.II.1990.p. 31 y ss. con matices y a Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, 2ª. Ed. 1990, p. 189 y ss.

⁷⁹² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 373.

⁷⁹³ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 401.

como excluyente de la culpabilidad. Por tal motivo se lo denomina estado de necesidad disculpante.

Por ello, el estado de necesidad que excluye la responsabilidad – disculpante – coincide en sus requisitos con el que excluye la antijuridicidad –justificante - , siendo su criterio de distinción la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica.

3.2. El Estado de necesidad como causa de justificación (o estado de necesidad justificante).

3.2.1. En el estado de necesidad ofensivo y defensivo.

El estado de necesidad se manifiesta, en algunas legislaciones extranjeras, de dos maneras: como estado de necesidad ofensivo o agresivo y como estado de necesidad defensivo.

En España, por su parte, el estado de necesidad, tal como hemos adelantado, ha merecido reconocimiento expreso tanto en el Derecho vigente (art. 20.5 del Cód.Penal español) como en el anterior.

El fundamento justificante del estado de necesidad es, en la opinión de la mayoría, el principio del interés preponderante.

Lo que determina la exclusión de la antijuridicidad es, según este punto de vista, la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado.

La necesidad de la lesión, por sí misma, sólo determinaría, bajo ciertas circunstancias, la exclusión de la culpabilidad.

La contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha denominado también “deber de solidaridad recíproca”.

De todos modos es conveniente distinguir dos fundamentos diversos, según que se trate de un estado de necesidad defensivo o agresivo. El primero se

justifica por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro.

El segundo responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos⁷⁹⁴.

La lesión de los bienes jurídicos individuales es un ilícito porque limita la base fáctica de un mínimo de libertad, dice STRATENWERTH⁷⁹⁵, señalando que existe una causal de justificación en que la ingerencia típica sirve a la salvaguarda de bienes de rango superior (principio de la ponderación de intereses o del interés preponderante).

En este ámbito, agrega el autor citado, subsiste la lesión a la autodeterminación ajena, al menos en el caso de bienes jurídicos individuales, pero esta es asumida para conjurar un mal mayor. Remite al Código Civil alemán (BGB), distinguiendo, al igual que BACIGALUPO, entre estado de necesidad ofensivo y defensivo.

En el Derecho alemán, las intervenciones en la propiedad ajena, para defender un peligro actual, son conforme a Derecho, en caso de que el daño que se amenaza no guarde una gran desproporción: se trata del estado de necesidad agresivo (art. 904, BGB).

En cambio, la defensa de cosas es admisible frente a cosas y animales amenazados de peligro, en cuanto al daño causado frente al peligro que se amenaza, no guarde gran desproporción: es el caso del estado de necesidad defensivo (art. 228, BGB).

En ambos casos la estimación de los bienes es un elemento co-determinante de la justificación. En grado reducido, en la defensa de las cosas; en ella está en primer plano la idea de la defensa, la estimación de bienes la corrige solamente en el sentido que no puede ser defendido cualquier daño insignificante (que se

⁷⁹⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 372.

⁷⁹⁵ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p'. 223.

amenaza), sin tomar en consideración la distinción de grandes valores. Aquí, la colisión de bienes debe ser resuelto de tal modo que el bien jurídico protegido sea de mayor valor que el lesionado⁷⁹⁶.

El estado de necesidad ofensivo o agresivo, que encuentra consagración normativa en el art. 904 del BGB, regula el supuesto de que en una situación de estado de necesidad el sujeto actúe sobre una cosa ajena. El propietario tendrá que soportarlo “cuando la intervención sea necesaria para repeler un peligro actual y el daño que amenace sea desproporcionadamente mayor que el daño que se le origine al propietario con la intervención”⁷⁹⁷.

Se parte de la base de una situación fáctica en la que un bien jurídicamente protegido sólo puede ser salvado (por ejemplo, la vida humana) a costa de otro (un vehículo que para esquivar a una persona choca contra otro, ocasionando daño).

Es cierto que si no existiera el art. 904 BGB esta constelación también se podría resolver por medio del art. 34 StGB⁷⁹⁸, pero el art. 904 contiene la aclaración de que sólo se podrá admitir una “sustancial preponderancia” de los intereses perseguidos por el sujeto que obra en estado de necesidad cuando el daño evitado sea “desproporcionadamente mayor” que el causado⁷⁹⁹.

El caso paradigmático del art. 904 BGB consiste en que para salvar a un accidentado se utiliza un vehículo ajeno (art. 248 b), o se rompe la luna del escaparate de una farmacia cerrada (art. 303), o se interfiere de otro modo en una cosa ajena. Si hay graves peligros para la salud, por regla general estarán justificadas las ingerencias en las cosas, porque ha de considerarse

⁷⁹⁶ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p. 95-96.

⁷⁹⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.721.

⁷⁹⁸ Art. 34 (StGB) *Quien en un caso de peligro presente, y no otro, para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, incurra en un tipo penal para alejar el peligro de sí o de otra persona, no actuará antijurídicamente cuando en la ponderación de los intereses contrapuestos, particularmente de los bienes jurídicos afectados y del peligro que los amenaza, el interés protegido predomine esencialmente sobre el perjudicado.*

⁷⁹⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.72

desproporcionadamente mayor” el daño para la salud. En cambio, se aplica la regla inversa cuando el peligro que se evita amenaza sólo una cosa⁸⁰⁰.

Es polémica la cuestión de si el art. 904 BGB también puede justificar un allanamiento de morada (art. 123 StGB), sea porque en una situación de emergencia alguien penetre en una casa ajena para poder avisar por teléfono a un médico. Todo depende, señala ROXIN, de si el art. 904 también ampara las ingerencias sobre la propiedad (aquí, la casa), cuando de ese modo se perturba un bien jurídico que va más allá de la propiedad (aquí, el derecho de disposición sobre el inmueble). Para el autor citado en último término la respuesta ha de ser negativa, ya que en caso de lesión de otros bienes jurídicos entran en juego puntos de vista de ponderación que no están contenidos en una mera comparación entre daños. Concluye que la cuestión carece de sentido práctico, pues por aplicación del art. 34 se ha de llegar al mismo resultado⁸⁰¹.

De ello se deduce que existe una relación recíproca entre el art. 904 del BGB y el art. 34 del StGB: por una parte, el art. 904 BGB determina con carácter vinculante que sólo se puede afirmar que concurre la preponderancia sustancial de los intereses requerida en el art., 34 cuando el daño que amenace sea “desproporcionadamente mayor”. Y por otra parte, en el art. 904 BGB, aunque su tenor literal sólo atiende a la comparación de los daños, tampoco puede dejar de considerarse para decidir sobre la justificación factores como el grado de los peligros que amenazan la provocación de la situación de necesidad por el agente o la intervención de parte del injusto⁸⁰².

Para que se configure el supuesto en el ordenamiento jurídico positivo germánico, deben darse dos requisitos:

⁸⁰⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.721-722.

⁸⁰¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.722.

⁸⁰² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.722.

a) La existencia de un peligro actual.

El peligro inminente de afectar la vida humana en nuestro ejemplo (superior en valor al vehículo siniestrado) debe ser, según el autor, actual.

De modo que la ingerencia del estado de necesidad sólo es lícita a último momento, cuando no queda otro remedio. Agrega que antes de esto, no cabe excluir aun la posibilidad de conjurar el peligro de otro modo.

De este modo, nos encontramos frente a una conducta del autor que debe ponderar los bienes en colisión, esto es, del daño evitado y del daño inferido.

b) La existencia de la amenaza de un daño desproporcionadamente mayor.

Ello, por cuanto la ingerencia del estado de necesidad afecta a un tercero, por lo que no sólo lesiona el bien material ajeno sino también la autodeterminación del otro. Existe un deber de tolerancia de ese tercero, el que constituye una característica de la licitud de la ingerencia. La obligación de indemnizar que tiene el autor que actúa en estado de necesidad no supone una objeción; sólo tiene en cuenta la circunstancia de que el daño que amenazaba producirse ha sido trasladado en primer lugar a un sujeto ajeno a la situación⁸⁰³.

Para tratar el estado de necesidad defensivo, STRATENWERTH⁸⁰⁴ refiere al art. 228 del Cód. Civil alemán (BGB). Es una concreción del art. 34 del StGB⁸⁰⁵.

Dicha norma permite dañar una cosa ajena o destruirla, si ello es necesario para conjurar un peligro que emana de ella. El daño producido no debe ser desproporcionado respecto del peligro.

En este caso, como en el anterior, existe una colisión de bienes – tema que trataremos más abajo-. No se dice expresamente que el peligro que amenaza producirse tiene que ser actual; pero en todo caso tampoco deberá concurrir una posibilidad de defensa menos drástica.

⁸⁰³ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 224.

⁸⁰⁴ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 224.

⁸⁰⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 722.

Si se cumplen simultáneamente los presupuestos del art. 904 BGB, tendrá prioridad el art. 228 BGB, es decir que por regla general desaparecerá el deber de indemnizar los perjuicios previstos en el art. 904 BGB⁸⁰⁶.

En lo que se refiere a la ponderación de bienes, y según STRATENWERTH⁸⁰⁷, el estado de necesidad defensivo constituye la contrapartida del ofensivo: es lícita inclusive la producción de un daño mayor al que amenaza. Sólo en caso de desproporción de éste se halla el límite del derecho derivado del estado de necesidad. En el fondo, en este contexto resulta determinante el mismo factor que también es decisivo en el estado de necesidad ofensivo, a saber: la integridad de la autodeterminación. La diferencia está en que aquí este factor repercute a favor del autor que actúa en estado de necesidad, y no del afectado. El peligro debe emanar de la cosa ajena, de tal modo que ésta, “imaginada como persona, habría de ser tratada como un agresor, al que se neutraliza mediante una acción defensiva adecuada”. Por lo tanto, aquí es la cosa afectada por la acción realizada en estado de necesidad la que “amenaza” el orden regular, no la neutralización del peligro por él amenazado.

El art. 228 del BGB señala expresamente que el autor tiene que haber actuado para conjurar el peligro, por ende exige un elemento subjetivo.

El ejemplo que entrega el autor consiste en el supuesto de los disparos que se le efectúan a un perro ajeno que saquea un gallinero.

Los elementos subjetivos de la justificación constituyen la contrapartida de los elementos subjetivos del tipo. Así, en el ámbito de los delitos dolosos del Derecho penal, forman parte de toda justificación⁸⁰⁸.

También hay consecuencias esenciales a extraer respecto de la cuestión de la naturaleza de los elementos subjetivos de la justificación.

⁸⁰⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.723.

⁸⁰⁷ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4^a. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.2000. p. 226.

⁸⁰⁸ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4^a. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.2000. p. 262.

Algunos autores estiman que el mero conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no es suficiente, y exigen además una determinada dirección de voluntad: el autor tiene que haber actuado “para ejercer” la “autorización otorgada” por la situación justificante o “para cumplir” el deber que ésta le impone.

En la medida en que con estas fórmulas se pretenda hacer depender la justificación de los motivos del autor, se estarán trasladando de modo inadmisibles criterios de valoración moral al ámbito del derecho⁸⁰⁹.

Deberá considerarse suficiente que el autor actúe en conocimiento de la situación fáctica justificante: en la medida que el autor considere que concurren con seguridad los presupuestos objetivos de la justificación, su voluntad no puede estar dirigida simultáneamente a la realización del mero tipo de ilícito, ni siquiera a una posibilidad de ello. En cambio, en la medida en que el autor sólo considere posible que existan los elementos objetivos de la justificación, al menos tendrá que confiar en su presencia; en tal caso, no podrá asumir simultáneamente la realización del mero tipo de ilícito. Así vistos, los requisitos subjetivos de la justificación constituyen la exacta contrapartida del dolo.

Requisitos que vayan más allá de ello, carecen de fundamento, por regla general, en tanto el texto de la ley no los haga obligatorios⁸¹⁰.

Así, señala ROXIN, hay que tener en cuenta además las restantes consideraciones que en el art. 34 rigen la ponderación. Hay que tomar en cuenta el grado de peligro que amenaza: si el riesgo de ser mordido por un perro ajeno es pequeño, no se podrá matar a tiros al animal “por si acaso”⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 263.

⁸¹⁰ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 263.

⁸¹¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 723.

En esta materia, BACIGALUPO⁸¹² sostiene que la obligación de reparar debe regir sólo para el estado de necesidad agresivo, pero no para el defensivo. La diferencia se justifica en la medida en la que el estado de necesidad defensivo el peligro de daño es consecuencia de cosas pertenecientes al que tiene que soportar la acción defensiva.

No obstante, ROXIN sostiene que tampoco podrá prescindirse de una eventual provocación por parte del atacado. Del art. 228, inc. 2 del BGB se desprende que la provocación del peligro por el agente no excluye la justificación y sólo origina una obligación de indemnizar el daño; y por tanto, quien con ligereza haya irritado al perro de otro, provocando así que éste lo ataque, pese a todo puede matarlo de un disparo (aunque a costa de tener que indemnizar) para evitar que lo muerda; lo que en principio también concuerda con la reglas que rigen en el art. 34 StGB. Pero si un sujeto azuza a un perro ajeno a que lo ataque sólo para poder matarlo a tiros, su actuación no estará justificada y será castigado por delito de daños⁸¹³.

Visto desde este punto de vista, tanto el estado de necesidad ofensivo (o agresivo) y el defensivo, se presentan como causas de justificación. La diferencia está en que aquí este factor repercute a favor del autor que actúa en estado de necesidad, y no del afectado. El ofensivo (agresivo) responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos. El defensivo se justifica por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro.

En conclusión: El supuesto normal de estado de necesidad, en el que se han basado todas las discusiones anteriores, es el estado de necesidad agresivo. El sujeto que obra en estado de necesidad ataca al bien jurídico de una persona no implicada para salvarse o salvar a otra de un peligro. Sólo en tiempos recientes

⁸¹² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 374.

⁸¹³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.723.

se ha comenzado a prestar creciente atención al hecho de que también existe un estado de necesidad defensivo desencadenado por seres humanos, en el que el sujeto que obra en estado de necesidad se defiende frente a un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción de estado de necesidad. Antes no se había tenido en cuenta en absoluto que pudiera haber casos de estado de necesidad defensivo que deban enjuiciarse desde el punto de vista del art. 34, porque el estado de necesidad defensivo provocado por cosas, “sobre todo por animales”, es objeto de una regulación especial en el art. 228 BGB, mientras que los peligros procedentes de seres humanos deben tratarse por regla absolutamente general conforme a los principios de la legítima defensa⁸¹⁴.

No obstante, hay cuatro grupos de casos en los que la defensa frente a un peligro de origen humano debe enjuiciarse por el art. 34, porque no es posible aplicar el precepto de la legítima defensa por falta de una agresión actual y antijurídica: la amenaza procedente de un supuesto de falta de acción, por ejemplo por un vehículo que a consecuencia de un accidente es lanzado con *vis absoluta* a la calzada contraria; la puesta en peligro creada por una acción diligente y por tanto no antijurídica, como puede ocurrir en caso de que un automovilista, pese a observar todas las reglas del tráfico, está a punto de atropellar a una persona a quien no se podía ver a tiempo; la denominada perforación en la que hay que matar a un niño en el parto para salvar la vida de la madre, y finalmente la legítima defensa preventiva, en la que se impide una agresión sólo en fase de preparación con medidas preventivas, porque posteriormente ya no sería posible una defensa. En parte de esos supuestos falta ya una acción y con ello una agresión, en otros falta la antijuridicidad y en otros la actualidad de la agresión: por tanto, no es posible la legítima defensa; pero

⁸¹⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.705.

pese a ello el amenazado ha de poder hacer frente al peligro dentro de ciertos límites que hay que ponderar cuidadosamente conforme al art. 34 StGB⁸¹⁵.

En caso de puesta en peligro por supuestos de falta de acción o por acciones que no infringen el deber de cuidado (grupos (1) y (2), el que el peligro proceda de la esfera del causante da lugar a que se puedan justificar unas lesiones leves para preservar bienes patrimoniales considerables⁸¹⁶.

En el caso de la perforación, habrá que aceptar que el hecho está justificado por el art. 34, dado que se trata de un clásico caso de estado de necesidad defensivo, que sólo se distingue del grupo (1) por la especial configuración de un supuesto de hecho: una persona (el niño por nacer) pone en peligro a otra persona (la madre) sin que se le pueda imputar dicha puesta en peligro ni siquiera como acción, ya que el parto es un proceso puramente biológico. La ponderación debe resolverse a favor de la madre. No obstante, una parte de la doctrina debido a una supuesta imponderabilidad sin excepciones de vida frente a vida, sólo acepta una exclusión de la culpabilidad, que en el caso de la madre se podría apoyar en el art. 35 del StGB^{817 818}.

La legítima defensa preventiva, o sea la evitación preventiva de una agresión que aun no es actual, es también un caso especial de estado de necesidad defensivo, ya que el peligro parte de la víctima de la ingerencia. LENCKNER ha propuesto el siguiente caso: “ el dueño de un bar situado en un lugar apartado oye cómo unos clientes se conciertan para atracarle tras el cierre del

⁸¹⁵ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.706.

⁸¹⁶ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.707.

⁸¹⁷ Art. 35 (StGB).I. *Quien en un caso de peligro presente, y no otro para la vida, el cuerpo o la libertad incurra en un tipo penal para alejar el peligro de sí, de un familiar o de otra persona próxima a él, actuará sin culpa. Esto no será así en la medida en que el autor pueda ser forzado a aceptar el peligro, de acuerdo a las circunstancias, en particular porque él mismo causó el peligro o porque se encontraba en una posición legal especial (por su oficio). Sin embargo, se podrá atenuar la pena de acuerdo al Art. 49, apartado I si el autor no había aceptado el peligro teniendo en cuenta una situación legal especial. II. Cuando el autor, durante la comisión del hecho, asuma erróneamente circunstancias que de acuerdo al apartado I le inculpen , sólo incurrirá en pena si pudo haber evitado el error. La pena se podrá atenuar de acuerdo al Art. 49, apartado I.*

⁸¹⁸ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.709.

establecimiento, y entonces les pone un narcótico en la cerveza, porque no sería capaz de hacer frente a su agresión". En tal caso, ponderando todas las circunstancias, habrá que justificar por el art. 34 las lesiones que supone el hecho de drogarlos, pues aunque aquí no hay una agresión actual, sí que hay un peligro actual y el interés del dueño del bar en impedir el robo es sustancialmente preponderante frente al interés de los clientes en estar intactos antes de la fase de tentativa. De todos modos, dado que en principio es asunto de policía la defensa preventiva frente a peligros, en atención a la paz pública habrá que proceder de modo sumamente cauteloso a la hora de traspasarla de modo subsidiario a los particulares. La exigencia de pedir ayuda y de esquivar la agresión, si es posible antes de recurrir a medidas preventivas, se deriva ya del dato de que el art. 34 sólo puede entrar en juego ante el peligro no evitable de otro modo; y esa circunstancia convierte ya en excepcional la justificación de la legítima defensa preventiva. Por lo demás, para no prevenir lo malo con lo peor, tampoco se podrán permitir nunca los homicidios y las lesiones graves en la legítima defensa preventiva, y habrá que exigir que incluso las ingerencias menores se mantengan dentro de los límites de la proporcionalidad⁸¹⁹.

3.2.2. El estado de necesidad por colisión de bienes o intereses y de deberes.

El estado de necesidad como causa de justificación, puede presentarse, desde otro punto de vista, desde la colisión de bienes (o intereses, como se verá) y de deberes.

Inicialmente⁸²⁰, la jurisprudencia alemana, con su teoría de la ponderación de bienes y deberes" trató la colisión de deberes como manifestación del estado de necesidad suprallegal. Pero el nuevo art. 34 se limita a la colisión de intereses y

⁸¹⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.710.

⁸²⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.725.

ha renunciado expresamente a regular la colisión de deberes. Si embargo, tampoco está tan claro dónde residen “los obstáculos insuperables”, que según la fundamentación del Proyecto, se oponen a una regulación legal.

La dificultad principal consiste seguramente en que bajo el concepto de colisión de deberes “en la doctrina y jurisprudencia...frecuentemente, más que sintetizar, lo que se hace es mezclar cuestiones muy diversas”. Por eso lo primero que es preciso aclarar es qué es una colisión de deberes y qué no lo es.

Según la opinión actualmente predominante sólo se puede hablar de colisión de deberes cuando existan dos deberes distintos de acción, de los que sólo se puede cumplir uno de ellos. El caso clásico puede ser el de que un padre ve a sus dos hijos en peligro de ahogarse, pero sólo puede salvar a uno de ellos. Por el contrario, un importante número de autores considera suficiente ya para la colisión de deberes que un deber de actuación entra en conflicto con un deber de omisión. Colide un deber de acción (salvar a ambos hijos) con un deber de omisión (el deber de abstenerse de sacrificar a uno de ellos). También es relativamente frecuente entender el concepto de colisión de deberes en un sentido muy amplio, que ya no se puede delimitar en absoluto de la colisión de intereses del art. 34, renunciando totalmente a la infracción de un deber jurídico de actuación. Ese es el uso del lenguaje que se hace cuando se enjuicia como colisión de deberes el conocido caso en que un médico vulnera el deber de guardar el secreto para evitar que otra persona sea contagiada por su paciente. En tal caso, la vulneración del deber de secreto sólo supone una infracción de un deber de omisión, mientras que la evitación del contagio de otro no está requerida por ningún deber jurídico en absoluto.

Debe apoyarse la opinión dominante cuando parte de la base de que lo único que puede fundamentar una colisión de deberes es la colisión entre dos deberes jurídicos de acción. En efecto, un deber de omisión lo infringe – a reserva de que haya una causa de justificación – todo el que ataca un bien jurídico ajeno; pero esos casos deben tratarse conforme al art. 34 y no precisan ninguna

regulación especial. Lo mismo ocurre en el supuesto de colisión de un deber de acción con uno de omisión, como es el caso de los médicos implicados en la eutanasia; pues aquí un deber de acción entra en contradicción con el deber de abstenerse de ingerirse en los bienes jurídicos de otros, y esa colisión también debe resolverse sin más conforme al art. 34 StGB. De tal manera que en caso de equivalencia de los bienes jurídicos tiene prioridad el deber de omisión: nadie puede, por ejemplo, en el supuesto extremo que se enfrente una vida contra otra vida, matar a una persona de quien no parte ningún peligro para salvar de este modo a otra persona⁸²¹.

Por tanto, sólo queda para la colisión de deberes el supuesto de conflicto entre dos – o varios – deberes de acción de los que sólo se puede cumplir uno. Solo en este supuesto se produce, incluso en caso de colisión de deberes de acción equivalentes, un problema que no se puede solucionar por medio del art. 34. En efecto, la solución materialmente justa que además coincide con la opinión dominante, es justificar ya en tal caso al obligado cuando sólo cumple uno de los dos deberes a su libre elección. Esto significa que, si el padre no puede salvar simultáneamente a sus dos hijos de la amenaza de morir ahogado, actuará ya justificado si al menos salva a uno de ellos. O que si un médico es avisado al mismo tiempo para que atienda a dos pacientes gravemente enfermos, puede ampararse en la causa de justificación de deberes si sólo socorre a uno y no siendo posible otra solución deja sin atención al otro. En tales casos, el sacrificio del sujeto no salvado no obsta a la justificación a pesar de que no se puede hablar de una preponderancia de interés por la vida del salvado, sino que, en contra de la regla del art. 34 sus intereses y los del sujeto sacrificado son totalmente equivalentes⁸²².

⁸²¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.725.

⁸²² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.726

Sin embargo, tal solución no es pacífica pues algunos autores sostienen que en una colisión de deberes de acción equivalentes el sujeto obligado actúa siempre antijurídicamente tanto si cumple uno u otro deber, como si permanece totalmente pasivo. “Dejar la elección al arbitrio del sujeto obligado” acaba desembocando “en el abandono arbitrario de una vida humana por el ordenamiento jurídico.” Si el padre salva a su hijo A comete un injusto con B, puesto que podría salvar a B en vez de a A”. “Para el ordenamiento jurídico el cumplimiento de un deber...es tan importante como el incumplimiento del otro, así que no puede aprobarse la vulneración de ninguno de los dos”. Pero esta posición no es correcta, señala ROXIN: pues, aunque es cierto que en el juicio de antijuridicidad no presupone necesariamente que el que actúe antijurídicamente pudiera comportarse jurídicamente. No obstante, para poder juzgar como antijurídica una norma, al menos debe haber existido la alternativa teórica de una conducta conforme a Derecho. El ordenamiento jurídico sólo puede desaprobado jurídicamente y calificar como incorrecta una conducta, si puede decir qué es correcto y por tanto qué se hubiera “debido hacer”. Donde no haya un camino correcto y por tanto no se pueda constatar un fallo en la conducta, sólo se podrá censurar al destino y al no ser humano subjetivo al mismo; pero el destinatario de la norma es sólo el ser humano y no el destino⁸²³. A ello se añade que sería injusto el resultado de que el sujeto que hace todo lo posible para cumplir su deber y que – posiblemente arriesgando su vida – cumpla al menos uno de los dos deberes, si se califica esa conducta como antijurídica sería equiparado al que no haga absolutamente nada y por tanto incumpla ambos deberes. Así, el padre que se cruzara de brazos y dejara ahogarse a sus dos hijos por que sólo podría salvar a uno de ellos sería tratado exactamente que el salvador heroico. Tal solución no es satisfactoria ya que no es razonable que ante un accidente se pueda renunciar a salvar una vida

⁸²³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.727.

humana porque no se puede salvar todas las vidas. Ahora bien, si lo adecuado es hacer al menos lo que es posible, entonces el ordenamiento jurídico también ha de justificar tal actuación y no puede coartar los impulsos salvadores con una declaración de antijuridicidad⁸²⁴.

Ni siquiera se puede exigir que la elección que adopta el sujeto en la situación de necesidad entre dos deberes de acción equivalentes y que sólo se pueden cumplir alternativamente, se deba a una decisión en conciencia o al menos en motivos moralmente dignos de aprobación. En efecto, si, como suceden en casos de posición de garante respecto de la vida humana, los deberes son totalmente equivalentes porque al Derecho le está necesariamente vedado ponderar una vida frente a otra vida, entonces el Derecho no puede censurar moralmente la conducta del sujeto que obra en estado de necesidad y de ese modo volver a reconocer como preferente un deber o el otro. Por tanto, en nuestro ejemplo el padre actúa ya justificadamente si salva a uno de sus hijos a su libre arbitrio, y el hecho de que haya preferido a ese hijo por motivos moralmente elevados, o por el contrario, cuestionables, es jurídicamente irrelevante⁸²⁵.

Por consiguiente, la colisión de deberes en caso de deberes de acción equivalentes constituyen una causa suprallegal de justificación junto al estado de necesidad justificante, que no se puede abarcar por el art. 34, porque los intereses que hay tras los deberes son igualmente dignos de protección, mientras que el art. 34 requiere la preponderancia sustancial de uno de los intereses. En cambio, la colisión de deberes puede tratarse apoyándose en el art.

⁸²⁴ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.727.

⁸²⁵ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.727.

34 cuando los deberes en conflicto sean de distinto rango, en cuyo caso solo se producirá la justificación si se cumple el deber superior a costa del inferior⁸²⁶.

A esos efectos hay que tener en cuenta en primer lugar el valor de los bienes jurídicos. Así, si en un incendio el vigilante del museo sólo puede salvar, o bien una valiosa pintura o bien a un niño pequeño, solo actuará justificadamente (respecto de los daños en comisión por omisión) si salva al niño. También son importantes la gravedad del daño y el grado del peligro que amenaza: por ejemplo, hay que salvar a un herido grave frente a un herido leve.

Por otra parte, es polémica la cuestión de si hay que tener en cuenta la provocación de la situación de necesidad. Un sector opina que ello es irrelevante, por lo que, por ejemplo, el médico podría a su arbitrio prestar asistencia al sujeto que ha provocado por sí solo el accidente en vez de a su víctima. Sin embargo, no se ve por qué el relativo peso que en el art. 34 se le atribuye al punto de vista de la provocación no iba a inclinar la balanza también en este caso. Bien es verdad que se deberá socorrer al sujeto que haya provocado por sí solo el accidente, en vez de a su víctima, si a diferencia de ésta aquél se halla en peligro de muerte; pero si ambos se encuentran en el mismo peligro, parece que lo adecuado es, *ceteris paribus*, exigir de modo prioritario que se salve a la víctima inocente. También es polémica la cuestión de si el deber de garante conforme el art. 13⁸²⁷⁸²⁸ tiene prioridad frente al deber general de socorro conforme al art. 323 c⁸²⁹ en principio hay que resolver en sentido afirmativo, entre otras cosas porque el propio tenor literal de art. 323 c ya indica que no se exige la “vulneración de otros deberes importantes”. Por consiguiente, si un padre se encuentra con que han sufrido un accidente su hijo

⁸²⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.728.

⁸²⁸ Art. 13(StGB): I. “Quien omita la consumación de un tipo penal será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer..”

⁸²⁹ Art. 323 c (StGB): “Quien no preste ayuda en situación de accidentes o de peligro general o de necesidad, a pesar de serle esto exigible, y de acuerdo a las circunstancias, requerible, y, especialmente, si es posible prestarla sin un peligro propio notable y sin daño de otros deberes importantes, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa”.

y un niño ajeno y sólo puede salvar a uno de los niños, tiene que socorrer a su hijo. Pero naturalmente, en estos casos de colisión de deber de garante y un deber general de socorro también hay que tener en cuenta los restantes puntos de vista de la ponderación. Así, si lo que está en juego es la salvación de la vida de un desconocido que ha sido víctima de un accidente, no estará justificada la actuación del padre que en vez de eso vende la herida leve de su hijo. Y así mismo el deber general de socorro del art. 323, al menos en los casos más serios, tendrá prioridad frente a una posición de garante referida a la preservación de bienes patrimoniales⁸³⁰.

Por el contrario, incluso dentro del marco de la colisión de deberes, cuando se trate de colisión de deberes de salvar vidas, tampoco pueden derivarse tendencias prioritarias de la cantidad o calidad de las vidas en conflicto. Por tanto, si alguien sólo puede salvar o a un hombre bueno o uno malo, a uno inteligente o a uno tonto, a uno joven o a uno viejo, su actuación estará ya justificada si socorre al malo, al tonto o al viejo. Y si en un naufragio un sujeto, nadando en una dirección, puede evitar que se ahogue una persona o si se dirige a otro lado, puede salvar a dos personas también estará justificada su actuación si sólo salva la vida a la persona que estaba sola. Ello se deriva de la imponderabilidad de la vida humana, que hay que mantener con firmeza exactamente igual en la colisión de deberes que en el estado de necesidad justificante⁸³¹.

En consecuencia, el tratamiento jurídico de la colisión de deberes se puede resumir en la siguiente frase: si entran en colisión dos deberes jurídicos de acción, actuará justificadamente quien cumpla el deber superior o un deber sólo equivalente a costa del otro. Y no es preciso efectuar ulteriores distinciones

⁸³⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.728.

⁸³¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.729.

conceptuales. En particular, no aportan ninguna ventaja especial distinguir entre colisiones de deberes propias (insolubles) e impropias (resolubles) afirmando que en determinados casos –distintos según los puntos de vista– retrocede o se extingue el deber inferior, por lo que entonces ya no existiría una colisión de deberes propiamente dichas. Pues en el fondo todas las colisiones de deberes son resolubles, puesto que siempre es prioritario un deber; y ello sucede incluso en la colisión de deberes equivalentes en cuanto que tiene prioridad el deber que el obligado elige a su arbitrio. Y entonces no habría absolutamente ninguna colisión de deberes en sentido propio, porque siempre sucede que sólo hay que cumplir un deber. Pero todo esto no son más que juegos de palabras: el “conflicto”, la “colisión”, “caracteriza tanto psicológica como materialmente las fases de inseguridad de un proceso de decisión en el que hay que efectuar difícil ponderación de valores; y el mismo se suprime y desaparece en la fase final del proceso mental de solución del conflicto, con la concreción del deber leal”.⁸³²

GÜNTHER ha propuesto “complementar por analogía el art. 34” mediante una “auténtica causa de exclusión del injusto penal” que denomina “situación análoga al estado de necesidad”. Se trataría de un escalón intermedio entre el estado de necesidad justificante y el disculpante, cuya concurrencia no excluirá la antijuridicidad, pero sí el injusto merecedor de pena. Esta nueva categoría sería aplicable a los supuestos de estados de necesidad en el que el interés protegido no es “sustancialmente”, sino sólo escasamente preponderante frente al interés dañado, o en que tiene el mismo rango que éste. El citado autor formula esta causa de exclusión del injusto penal asumiendo los presupuestos de la situación del art. 34, de tal manera que no es penalmente antijurídica la actuación del autor “si en la ponderación de los intereses en conflicto...el interés protegido prepondera sobre el dañado o al menos es equivalente al mismo. Sin

⁸³² ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.729.

embargo ello sólo sucederá, especialmente en caso de equivalencia de los intereses que entran en colisión, en la medida en que el hecho sea un medio adecuado para hacer frente al peligro⁸³³.

Sin embargo, la hipótesis de que una preponderancia sólo escasa del interés protegido precisa un tratamiento especial, se basa en el error de creer que el art. 34 requiere una preponderancia superior en grado de los intereses protegidos. Pero realmente la salvaguarda del interés claramente más digno de protección siempre está justificada por el art. 34, por lo que no hace ninguna falta una causa de exclusión del injusto penal. Y en cambio, si los intereses en conflicto son igualmente merecedores de protección es preferible una alternativa clara al compromiso de la exclusión del injusto penal⁸³⁴.

Para WELZEL, una acción típicamente adecuada no es antijurídica si el medio es adecuado (apropiado) para un fin justificado.

Para el citado autor, este principio general de justificación está reconocido en el derecho positivo en varios lugares: a) en el art. 13, inc. 3, de la Ordenanza para los Médicos del Reich, a través de la justificación de la revelación del secreto profesional, si esa revelación es necesaria para cumplir un deber jurídico o moral y el bien jurídico amenazado es preponderante; b) en el art. 14, de la Ley de Esterilización, el 14 de julio de 1933, a través de la justificación de una interrupción médica del embarazo, para evitar un peligro serio para la vida o la salud de la mujer encinta (sobre ello: RG., 61-242);c) en el art. 193, StGB, a través de la justificación de una lesión del honor (de buena fe), para salvaguardar intereses justificados⁸³⁵.

Para WELZEL, el principio general de justificación del medio adecuado para el fin adecuado, va en su aplicación mucho más allá; también por encima de los

⁸³³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.730.

⁸³⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.731.

⁸³⁵ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p. 96.

casos de colisión de bienes o deberes. Por ejemplo, para la justificación de una acción, que, por cierto, lesiona un bien jurídico, pero que se ofrece como única “chance” de evitar la segura destrucción de ese bien jurídico. Precisamente, un bombero puede salvar a un niño de morir quemado, solamente arrojándolo de la casa en llamas en una lona de salvamento a pesar de que reconoce que, de ese modo, puede caer también tan infelizmente que se fracture el cráneo. Si el arrojarlo es la única “chance” para salvar al niño, la acción está justificada, aun cuando fracase. Pues la acción que ofrece la única “chance” de salvación, es el medio adecuado para el fin adecuado (para la salvación de la vida), también si fracasa.

Los casos de colisión de varios bienes jurídicos constituyen solamente un subcaso del principio general de justificación del medio adecuado para el fin adecuado. En estos casos se debe tomar en consideración la *proporción de valor* de los bienes jurídicos que están en colisión: la justificación juega solamente, si la acción salva el derecho de *mayor* valor a costa del de *menor* valor. Sin embargo, tampoco aquí, sólo el mayor valor de un bien jurídico puede justificar la destrucción del de menor valor, que ha caído en colisión con él, sino únicamente cuando la acción, considerando todas las otras circunstancias (Por ejemplo, también la salvaguardia de la paz del derecho), aparece como el *medio adecuado para el fin adecuado justificado*⁸³⁶.

Para que se configure el estado de necesidad por colisión de bienes o intereses, deben concurrir los siguientes requisitos⁸³⁷:

a) Peligro inminente de pérdida de un bien jurídico propio o ajeno y la posibilidad de su salvación lesionando otro bien jurídico de menor valor relativo.

MIR PUIG⁸³⁸ distingue dos aspectos: a) el peligro, y b) el daño propio o ajeno.

⁸³⁶ Ver WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956. p. 96.

⁸³⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p.377

⁸³⁸ Ver MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª. edición. Ed. PPU S.A., Barcelona. 1990. p. 490

En este sentido, se entiende que el peligro es algo más que una mera posibilidad de que el evento desfavorable tenga lugar. Es necesario que el peligro venga revestido de algunos otros elementos esenciales. La actualidad, una probabilidad inminente de que tal evento acaezca y la necesidad de que la amenaza del daño continúe vigente en el momento en el que el agente realiza la intervención. Asimismo, el daño que se trata de evitar con la actuación necesitada es un concepto coincidente con el daño relevante a efectos de desencadenar el resarcimiento por responsabilidad civil extracontractual ex art. 1902 del CC español⁸³⁹.

Habrá peligro inminente cuando la pérdida de un bien jurídico cualquiera (vida, integridad, libertad, honor o propiedad) aparezca como segura o muy probable.

El bien jurídico no tiene por qué pertenecer al propio sujeto que actúa ante un estado de necesidad. Tampoco es preciso que esté jurídico penalmente protegido. Así, por ejemplo, “el puesto de trabajo seguro”, se ha considerado como “otro bien jurídico” susceptible de estado de necesidad⁸⁴⁰.

b) Debe haber acción necesaria. Es el elemento que se requiere para la justificación del acto. La acción no es necesaria si el peligro podía evitarse de otro modo, es decir, sin lesionar el bien jurídico.

La solución que haya de darse a estas situaciones en orden a sus consecuencias jurídico civiles ha de partir de la consideración de que mientras la disciplina penal del estado de necesidad gira en torno a la figura del delincuente, el sistema civil encuentra en el daño injusto su razón de ser y el núcleo o epicentro de toda su regulación⁸⁴¹.

⁸³⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. *El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 395.

⁸⁴⁰ Ver ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.675.

⁸⁴¹ Ver BUSTO LAGO, José M. *El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 395.

De esta forma, el estado de necesidad, al comportar exclusivamente el pago de una indemnización a cargo del beneficiado por la actuación dañosa realizada en estas hipótesis, constituye una excepción a la regla general del resarcimiento integral del daño causado, y por lo tanto, deben observarse de un modo rigurosos todas las condiciones para que pueda ser apreciada, con la consecuencia de que el estado de necesidad putativo no es relevante en sede de responsabilidad civil. Ello se deduce del art. 20 del Código Penal español, que no prevé expresamente los supuestos de “creencia errónea de los presupuestos fácticos de una causa de justificación”, es decir causa de justificación putativa⁸⁴². La norma del art. 20 del Código Penal español no compara bienes, derechos o intereses, sino daños, “males”, y en la gravedad del daño no sólo influye su valor (económicamente cuantificable, incluyendo los perjuicios morales), sino también la forma en que se lesiona⁸⁴³.

El daño causado al lesionar un derecho supone no sólo el menoscabo de éste, sino un *plus* encarnado en la perturbación del orden jurídico y una ingerencia anormal en la esfera jurídica del titular del mismo. Tal daño es, en consecuencia, mayor que el que deriva de la mera lesión del derecho o del interés jurídicamente tutelado⁸⁴⁴.

El daño ocasionado como consecuencia del acto necesitado además de ser inevitable, ha de ser proporcionado; proporcionalidad que puede incluso llegar a alcanzar la paridad de daños, señala BUSTO LAGO. En tal caso, la ausencia de este requisito puede dar lugar en el ámbito penal al exceso que transforma la eximente en incompleta (lo que sucede cuando se causa un mal más grave que el indispensable para la custodia del propio bien), y en el ámbito civil

⁸⁴² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 396.

⁸⁴³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.

⁸⁴⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.396.

conduciría a su no apreciación y a la responsabilidad total del sujeto causante del mismo⁸⁴⁵.

c) La situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado, sea por un obrar culpable o doloso.

Es indiferente si proviene de la acción- antijurídica o no- de una persona o de una fuerza natural. Tampoco puede ser invocada por quien tiene la obligación de soportar el peligro por su función social⁸⁴⁶ .

En Alemania, es unánime en la doctrina actual la opinión que mantiene que la provocación culpable de la situación de necesidad no excluye la posibilidad de invocar el art. 34. del StGB .En la doctrina antigua, siguiendo el riguroso lema de BINDING: “ quien se haya puesto en peligro, que perezca en el mismo”, frecuentemente se negaba cualquier posibilidad de justificación si el estado de necesidad era provocado. Pero ya el RG, en su fundamental sentencia sobre el estado de necesidad supralegal (RGSt 61, 242,255), había admitido la justificación incluso en caso de provocación de la situación de necesidad, argumentando que, a diferencia del estado de necesidad disculpante (hoy, art. 35), en los casos ya regulados entonces legalmente en los art. 228 y 904 del BGB se había prescindido de la falta de provocación de la situación de necesidad. Y el nuevo art. 34, a diferencia del art. 35 tampoco contiene el requisito de la falta de provocación. Pero, aparte del tenor legal, el hecho de que en este punto deba tratarse de modo distinto, el estado de necesidad justificante y el disculpante, puede fundamentarse también teleológicamente: pues, mientras que en supuesto del art. 35 el sujeto hace algo antijurídico, o sea socialmente desaprobado, que no merece exculpación alguna si aquel, para colmo, ha provocado culpablemente su situación, en el caso del art. 34 el sujeto actúa para

⁸⁴⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.397.

⁸⁴⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 380

preservar intereses que no pierden sin más su - por lo demás - sustancial preponderancia por la provocación culpable de la situación de necesidad⁸⁴⁷.

De todos modos, sostiene ROXIN, esto no significa que la provocación culpable del estado de necesidad carezca totalmente de influencia sobre la ponderación de intereses.

Así, en la ponderación de intereses no se trata de la proporción valorativa abstracta de los mismos, sino de la protección que merecen en el caso concreto, y a esos efectos la provocación culpable de la situación de necesidad en cualquier caso es un punto de vista que hay que incluir en la decisión. Concretamente, tendrá una importancia determinante en el caso de “provocación intencional”: Así, quien predeterminadamente se ponga en una situación de estado de necesidad para poder librarse de ella a costa de otro, no actúa justificadamente aunque sus intereses fueran al margen de ello sustancialmente preponderantes. Por lo demás hay que distinguir según que el autor sólo haya provocado culpablemente su propia puesta en peligro o que también haya podido prever ya de antemano la necesidad de tener que librarse del peligro mediante una ingerencia en bienes jurídicos ajenos. A efectos de ponderación, el segundo caso pesa más que el primero en contra del sujeto que obra en estado de necesidad. En cambio, la provocación culpable por parte de quien actúa en estado de necesidad no constituye un punto de vista relevante para la ponderación cuando el sujeto pone en peligro a otro no implicado y a continuación lo salva a costa de otro tercero no implicado; pues de la provocación del salvador no puede derivarse ningún perjuicio para el sujeto puesto en peligro.

⁸⁴⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.687.

⁸⁴⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.698.

La doctrina y jurisprudencia dominante entienden que la situación de necesidad no debe haber sido provocada intencionalmente por el sujeto y que falta tal requisito cuando el sujeto causa la situación de peligro de daño que amenaza de forma inminente un derecho o interés legítimo. En ese entendimiento, no será preciso que el sujeto, además, haya querido (consciente y voluntariamente) la creación de la situación de necesidad, de modo que aun cuando ésta encuentre su génesis en un acto imprudente o negligente del agente, y *a fortiori*, cuando surja de modo fortuito, podrá éste invocar el estado de necesidad con éxito. En el ejemplo propuesto por MIR PUIG, en el caso de un sujeto que provoca un incendio, viéndose envuelto en él, y ante la situación de tener que elegir entre su integridad física o la lesión de un derecho de otro sujeto, si opta por la lesión de éste, según la interpretación mayoritaria, no podría alegar el obrar en estado de necesidad. Para una opinión minoritaria encabezada por CORDOBA RODA⁸⁴⁸, sí podría alegarlo pues el sujeto habría creado dolosamente el peligro, pero no la situación de conflicto⁸⁴⁹.

También son susceptibles de estado de necesidad los bienes jurídicos de la comunidad (la situación es distinta al caso de la legítima defensa). De esa posición partieron algunas sentencias (RGSt 62, 46 s) sobre el estado de necesidad supralegal, que por ejemplo, reconocieron la economía de la zona del Ruhr, como bienes jurídicos cuya preservación puede en su caso justificar una infracción a la norma. Sin embargo, en la práctica, señala ROXIN, sólo en raras ocasiones se planteará un estado de necesidad justificante a favor de bienes jurídicos de la comunidad. Primero, porque en la mayoría de los casos se podrá hacer frente al peligro de otro modo, por ejemplo, llamando a la autoridad; no es casual que las citadas sentencias del RG se refieran a situaciones de excepción para el Estado. Y en segundo lugar porque no es lícito burlar, en los resultados prácticos, la no susceptibilidad de la legítima defensa de los bienes

⁸⁴⁸ Ver CORDOBA RODA, J. Comentarios al Código Penal, T^o I. (arts. 1-22). Ed. Ariel. Barcelona. 1976. p. 275.

⁸⁴⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 398. MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. Ed. PPU. Barcelona. 1990. p. 504-505.

jurídicos de la comunidad mediante la autorización de un estado de necesidad. Si por ejemplo, un particular no puede proceder en legítima defensa de terceros contra una conducción en estado de embriaguez (art. 316 StGB), sería absurdo permitirle ampararse en el estado de necesidad justificante.

Es cierto que los bienes jurídicos afectados en tal supuesto también son susceptibles como tales de estado de necesidad, pero la ponderación ha de resolverse en su contra debido a la decisión valorativa previamente marcada por el derecho de legítima defensa. La cuestión sólo será diferente cuando la situación del caso sea tan excepcional que no le afecten los puntos de vista decisivos para la exclusión de la legítima defensa. Así, en el caso que se daba en el RGSt 63, 220, de que precisamente en ese momento un espía quisiera cruzar la frontera con material importante, su detención por un particular que quisiera defender la seguridad del Estado estaría justificada por el art. 34 del StGB, porque el poder estatal, que es a quien en otros casos le compete exclusivamente la protección de los bienes jurídicos de la comunidad, ya no habría tenido ninguna posibilidad de intervención ni de persecución penal del hecho⁸⁵⁰.

Señala además ROXIN que el concepto de peligro es el que establece el art. 34 del StGB, en el sentido de darse cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico⁸⁵¹.

En cuanto al criterio que ha de utilizarse para resolver si existe peligro, hay acuerdo en la doctrina alemana en considerar que el mismo se debe enjuiciar *ex ante*, es decir, desde una perspectiva de antes del hecho. Pues es durante el hecho y no después cuando hay que verificar si una acción está justificada o no. También se acepta de modo general la tesis de que la concurrencia de peligro

⁸⁵⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.676.

⁸⁵¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.677.

no se puede enjuiciar de modo puramente subjetivo, desde la perspectiva de quien actúa en estado de necesidad, pues el tenor de la ley vincula la justificación a la concurrencia de un peligro, y no a la mera imaginación del mismo⁸⁵².

Lo que no está claro es el criterio objetivo *ex ante* que debe aplicarse. SCHAFFSTEIN sostiene: “lo decisivo es...el juicio objetivo del observador inteligente del sector del tráfico del agente, y que disponga también de los conocimientos especiales de éste”. Según esto, si un campesino X llega al lugar del accidente, se daría un peligro que justificara actuaciones en estado de necesidad si también un “campesino medio” inteligente y sensato contara seriamente con que se produciría un daño en caso de no actuar; y para ello habría que incluir en la base del juicio un eventual conocimiento especial del sujeto que actuara en estado de necesidad (Por ejemplo, el campesino X tiene información exacta sobre la constitución física de la víctima, a la que conoce personalmente).

Para JAKOBS será decisivo (incluyendo asimismo el conocimiento especial) el juicio de un especialista competente “respecto de la situación de conflicto del tipo en cuestión”; por tanto, quien debe decidir si concurre un peligro será, “respecto de los peligros del fuego, el bombero profesional, respecto de los peligros en la construcción de un edificio, el experto en estática, respecto de las enfermedades, el médico, etc.”.

BLEI y LENCKNER exigen una objetivación aun mayor del juicio de peligro. Según BLEI, la concurrencia de un peligro debe hacerse depender de un dictamen pericial, que “abarque todos los conocimientos actuales (incluyendo un eventual saber especial del agente) y sea capaz de convertirlos en la base de su juicio”. Del mismo modo, LENCKNER atiende a la “totalidad del saber empírico humano en el momento de la acción”; pero aun objetiviza más que

⁸⁵² Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p. 677.

BLEI el juicio de peligro al exigir que “efectivamente se den las circunstancias que en la base del pronóstico se han tomado como actualmente existentes (Por ejemplo, una simulación de enfermedad)⁸⁵³.

Es indiferente el origen del peligro, que puede deberse a fenómenos naturales, accidentes, disturbios bélicos o post bélicos o también proceder del hombre (sobre el estado de necesidad defensivo desencadenado por seres humanos). Sin embargo, si concurre una agresión antijurídica actual, ya entra en juego al legítima defensa (art. 32 del StGB).

El peligro debe ser actual, sin que ello deba confundirse con la agresión actual de la legítima defensa.

En dos puntos esenciales la actualidad del peligro va más allá de lo que aun se podría calificar como actual en una agresión, que como mínimo requiere, en Derecho penal, proximidad a la tentativa. En primer lugar, un peligro es ya actual cuando, aunque no sea aun inminente la producción del daño, posteriormente ya no sería posible corriendo riesgos mucho mayores. Así sucedía en casos de interrupción del embarazo médicamente indicada, que antes se trataban según los principios de estado de necesidad, cuando, por ejemplo, la interrupción se producía en el tercer mes, pero el peligro para la madre sólo se habría realizado en el momento del parto. La RGSt 61, 255 afirma: “ Por peligro actual hay que entender una situación que conforme a la experiencia pone de manifiesto que, si continúa evolucionando de modo natural, será con seguridad inminente la producción del daño en caso de que no se intervenga para impedirlo”. Hoy en día el problema es actual sobre todo en el caso de la denominada legítima defensa preventiva, aunque una agresión antijurídica aun no sea actual, sino que sólo se esté preparando para un momento posterior, no obstante ello puede constituir ya un peligro actual,

⁸⁵³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.678.

contra el que en su caso cabe adoptar medidas protectoras en la medida prevista en el art. 34 StGB⁸⁵⁴.

El segundo supuesto en el que el peligro actual va más allá de la agresión actual del art. 32 del StGB, es el del peligro permanente. Este concepto, desarrollado por la jurisprudencia alemana antigua para el estado de necesidad disculpante, se puede trasladar según ROXIN, del art. 35 al art. 34 StGB., cuyo tenor es el mismo en este punto. De acuerdo con esta concepción, un peligro permanente es una situación peligrosa que permanece durante un largo período y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aun pueda tardar un tiempo en producirse. Un ejemplo de la jurisprudencia alemana reciente es el caso del atemorizador (BGH NJW 1979, 2053). Se trata de un sujeto desconocido que atemoriza a un matrimonio por haber penetrado varias veces de noche en su vivienda, hasta que, finalmente, el marido lo sorprende, hiriéndolo en un brazo mientras huía. Si bien en el momento del disparo no había una agresión actual, por lo que no cabe legítima defensa. Pero en la medida que el intruso constituía un peligro permanente, resultó planteable la posible justificación del disparo por el art. 34 StGB⁸⁵⁵.

Por último, ROXIN sostiene que no se pueda hacer frente de otro modo al peligro. Este requisito es correlativo al de la necesidad en la legítima defensa, y quiere decir que el medio empleado para hacer frente al peligro ha de ser adecuado y el más benigno entre los diversos medios que pueda haber disponibles, es decir, el menos lesivo para bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, a diferencia de la legítima defensa, aquí se ha de buscar toda ayuda que se pueda conseguir para hacer frente al peligro antes de poder atacar bienes

⁸⁵⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.680.

⁸⁵⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.680.

jurídicos ajenos: pues en el estado de necesidad sólo está en juego la eliminación de peligros y no el prevailecimiento del Derecho. No estamos frente a un peligro al que se puede hacer frente de otro modo (o sea, con un medio más benigno) por el solo hecho de que se pudiera haber solicitado su consentimiento a aquél cuyos bienes jurídicos se ven afectados. Tampoco falta la necesidad de la acción en estado de necesidad cuando se puede disponer de varios bienes igualmente idóneos para la intervención salvadora y el agente elige uno de ellos⁸⁵⁶.

d) El bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el bien lesionado. Este elemento es característico de la categoría en análisis.

d) 1. Esta cuestión nos conduce necesariamente al problema de la determinación de la mayor jerarquía⁸⁵⁷ y al de la ponderación de intereses.

En la doctrina alemana la primera parte de la norma del art. 34 del StGB constituye una pauta orientadora para la ponderación de intereses, con la que no cuentan otros ordenamientos jurídicos.

Es posible indicar una serie de directrices para la ponderación, y ninguna de ellas tiene valor absoluto, sino que cada una es relativizada y complementada por las otras. Por eso, en cada caso hay que acudir a todas las directrices que se acomoden al supuesto concreto y ponderarlas en cuanto a su importancia para uno u otro interés. Como resultado de tal procedimiento “tópico”, que discute en todos los aspectos la totalidad de los puntos de vista, por regla general se podrá efectuar un pronunciamiento objetivable y susceptible de consenso sobre la preferencia que merezca uno u otro interés. Es cierto que así seguirá quedando en casos límite un componente de decisión personal, que quizás hubiera sido distinta para otro juzgador; pero esta no es una peculiaridad de la

⁸⁵⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.682.

⁸⁵⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. *IParte general* 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 378

ponderación en estado de necesidad, sino que se produce en todos los supuestos en que el Derecho requiere decisiones valorativas⁸⁵⁸.

En doctrina, primero se estuvo a la ponderación de bienes, con el criterio según el cual debía estarse a la comparación de la jerarquía de los bienes jurídicos en colisión. (Por ejemplo, vida-propiedad, propiedad-integridad corporal, honor-libertad).

Se criticó a este principio pues la ponderación de los bienes no responde a una necesidad estática, teniendo en cuenta que el estado de necesidad está determinado por numerosos otros factores. De allí que se propone el principio de la ponderación de intereses, el que responde a la comparación del “mal” evitado y el “mal” causado.

Si se entiende al estado de necesidad como un conflicto de intereses, la ponderación de los intereses en juego requiere tomar en cuenta otros factores que rodean al conflicto de bienes.

El principio del interés preponderante exige, según STRATENWERTH⁸⁵⁹ la ponderación de los intereses contrapuestos, en particular de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que los amenacen, es decir, una comparación de los cursos posibles de los acontecimientos en atención a la dimensión de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que cada uno de ellos comportaría.

Este principio constituye el fundamento justificante del estado de necesidad.

Para él, resulta determinante el rango de los bienes jurídicos en colisión.

Señala el autor citado que a veces resulta difícil y hasta imposible establecer dicha ponderación, y que la medida de la conminación penal con que la ley protege el bien jurídico, no es más que un punto de partida, en virtud de la multiplicidad de factores que se encuentran en juego.

⁸⁵⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.683.

⁸⁵⁹ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4^o. Ed. Trad. de Manuel Cancio meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 247.

Imaginemos una hipótesis de conflicto entre bienes jurídicos patrimoniales, bajo la forma de una situación de necesidad tradicional, señala SANCINETTI⁸⁶⁰. En una casa particular, ejemplifica, se origina un foco de incendio de ciertas dimensiones, que mueve al vecino de enfrente a llamar a los bomberos. Estos advierten que no existe otro modo de extinguir el fuego, que entrando con violencia a la casa contigua, con roturas serias de costosos ventanales, y una considerable inundación de las habitaciones linderas. Pártase de la base de que la casa vecina – por alguna razón – no corriera riesgos de propagación y que su propietario, seguro como está de su indemnidad, no estuviera dispuesto a ofrecer su casa como lugar de las operaciones de salvamento. Aun así, el peligro (casi siempre incierto y por tanto, eventualmente grave) generado por el incendio tanto para el conjunto de los bienes indeterminados del principal afectado, como para su propia vida – si cupiese la posibilidad de que él, por ejemplo, se hallara entre las llamas-, constituye un mal de entidad sustancialmente más significativa que la ingerencia en el domicilio del vecino, y que el daño a la propiedad de éste; ingerencia y daño que subsisten sin embargo, como tales, absolutamente inalterados (arts. 150, 183, Código Penal argentino). En estas condiciones operaría una de las causales de exclusión del ilícito reconocidas por casi todos los derechos positivos: el estado de necesidad justificante (art. 34, inc. 3, Código Penal argentino).

En situaciones de conflicto como en el caso del ejemplo, se da del modo más palmario la imagen clásica de una colisión de intereses, de “bienes jurídicos”: la acción de salvamento que tiende a la preservación de la vida y la subsistencia de un conjunto indeterminado de bienes comunes contiene un seguro valor de acción, tan seguro como lo es la cuota de desvalor que ella lleva consigo al afectar necesariamente los bienes del vecino. Aquel valor es tan alto, y el deber jurídico de los bomberos, a su vez, tan definido en dirección a la extinción del

⁸⁶⁰ Ver SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del Delito y Disvalor de Acción (Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción)*. Ed. Hammurabi. José Luis Depalma. Editor. 2ª. Reimpresión. Bs.As. 2005.p. 517.

incendio, que si la acción de salvamento no fuera realizada a pesar de la posibilidad de ser llevada a cabo, la conducta llevaría necesariamente a otro desvalor de acción, o mejor, de omisión: la no realización de una decisión de acción posible, obligatoria, en posición de garante (delito impropio de omisión). Desde este punto de vista el caso del ejemplo plantea también el problema de la colisión de deberes: concurren, de modo incompatible entre sí, por un lado, el deber de salvar, y por otro, el deber de no invadir el domicilio, ni dañar la propiedad ajena.

Pero, si todo caso de exclusión del ilícito opera ante la presencia de un recorte de la acción que ya es desvalioso, entonces es porque en todo supuesto de exclusión del ilícito⁸⁶¹ existe una colisión de valores (intereses: bienes o deberes).

Una causa de justificación está dada, entonces, cuando el autor se ajusta, en su actuar a otro bien jurídico que, en la situación concreta y con relación a la forma concreta de la acción prevalece al bien jurídico lesionado.

El presupuesto es por tanto, un conflicto de bienes (o de deberes) en la situación concreta de acción.

Por consiguiente, en toda causa de exclusión del ilícito está presupuesto un conflicto de valores cuya disolución el ordenamiento jurídico resuelve de algún modo desde un punto de vista objetivo, del mismo modo que también es objetivo el juicio de (des) valor primario que subyace a la norma del tipo delito⁸⁶².

d) 2. Criterios de ponderación.

Según esta corriente, debería ajustarse a las siguientes pautas:

Debe ponderarse la total situación que forma la base del estado de necesidad.

⁸⁶² Ver SANCINETTI, Marcelo A. Teoría del Delito y Disvalor de Acción (Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción). Ed. Hammurabi. José Luis Depalma. Editor. 2ª. Reimpresión. Bs.As. 2005, p. 518.

Debe partirse de la relación jerárquica de los bienes jurídicos en juego, es decir, de los bienes jurídicos que colisionan.

El orden valorativo de estos bienes debe deducirse de la totalidad del ordenamiento jurídico.

Las penas amenazadas en la legislación penal son un indicio a efectos de la determinación de la jerarquía de bienes.

La muerte del otro a causa de acciones que pudieran importar estado de necesidad, queda totalmente excluida como justificación.

La comparación de bienes o intereses no autoriza a afectar bienes individuales (extraer un riñón a una persona sana para trasplantárselo a otra que le salvó la vida).

Si bien aquí la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, BACIGALUPO entiende que el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante. La razón se centra en que la acción necesaria, en el estado de necesidad, debe constituir un “medio adecuado socialmente” para la resolución del conflicto.

En definitiva, según BACIGALUPO, la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses.

Por su parte STRATENWERTH⁸⁶³ plantea la cuestión, no ya cuando varios bienes jurídicos se encuentran en juego sino que un mismo bien jurídico puede ser salvado de un peligro grave exponiéndolo a otro peligro (Por ejemplo, una operación riesgosa para salvar la vida).

En este contexto, señala, puede resultar aplicable la causal de justificación del consentimiento presunto.

Pero hay situaciones en las que queda totalmente excluido el punto de vista del consentimiento, como es el del padre que para salvar la vida de su hijo en un

⁸⁶³ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 247

incendio, lo arroja desde gran altura a los brazos de terceros dispuestos a atajarlo.

La doctrina distingue entre ambas, según exista un conflicto entre bienes de dispar valor, o bien imponen al obligado – al mismo tiempo – comportamientos contradictorios y excluyentes, de modo que el cumplimiento de un deber determina la lesión de otro.

Debe partirse de la relación jerárquica de los bienes jurídicos en juego que colisionan, conforme un orden valorativo que debe deducirse de la totalidad del orden jurídico (las penas amenazadas en la legislación penal son un indicio de esa jerarquía).

BACIGALUPO, siguiendo a LENCKNER, sostiene que la justificación queda excluida cuando la acción necesaria implica la muerte del otro⁸⁶⁴, siendo decisivo el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social, más que la relación jerárquica de bienes en sí (no es posible justificar el aborto contra la voluntad de la embarazada, aunque de esta manera se le salve la vida).

La acción realizada en estado de necesidad sólo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial.

BACIGALUPO pone como ejemplo extraer un riñón a una persona para trasplantarlo a otra a quien se salva la vida. En este caso, señala, la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante. En otras palabras: la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses. En todo caso, la

⁸⁶⁴ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 379.

diferencia valorativa de los intereses en juego debe ser esencial. En el supuesto del trasplante que hemos analizado faltaría esa característica⁸⁶⁵.

Para ROXIN, en la medida en que se trate del sector parcial de la ponderación de bienes jurídicos, la comparación de los marcos penales (como sucede con el legislador alemán que valora más la vida del ya nacido que del aun no nacido, conforme se desprende de los arts. 211, 212 y 218 del StGB) deberá complementarse con las reglas generales sobre la proporción valorativa de los bienes jurídicos, que se pueden formular en tres proposiciones: los preceptos sobre el orden general ceden frente a la protección sobre daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales⁸⁶⁶.

Sin embargo, estas reglas no rigen sin excepciones. Sobre todo, pueden permitirse leves ingerencias en derechos de la personalidad (Por ejemplo, coacciones o lesiones leves) para salvar valores patrimoniales (Por ejemplo, un incendio)⁸⁶⁷.

Las excepciones en las que la concreta ponderación de intereses da lugar a un resultado que contradice la proporción valorativa abstracta de los bienes jurídicos, remiten al principio según el cual, junto al valor del bien jurídico, también desempeña un papel sustancial en la ponderación el grado del daño que amenaza a los bienes jurídicos en la situación de conflicto real. Así por ejemplo, aunque la libertad humana es en sí misma un bien jurídico más valioso que la propiedad, sin embargo, para evitar un daño patrimonial muy elevado puede estar justificada por el art. 34 StGB una breve privación de libertad

⁸⁶⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 379/80.

⁸⁶⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.684.

⁸⁶⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.685.

durante pocos minutos y sin consecuencias, es decir, una lesión bastante insignificante del bien jurídico protegido en el art. 239 del StGB (que tipifica el delito de privación de la libertad). Y si los bienes jurídicos no presentan significativas diferencias valorativas *in abstracto*, en la mayoría de los casos será incluso decisiva para la ponderación la intensidad de los daños que amenacen a ambas partes. Así por ejemplo, si una persona implicada en un accidente infringe su deber de espera hasta la llegada de la autoridad (art. 142 StGB, que tipifica el delito de alejamiento desautorizado del lugar del accidente) porque de lo contrario, debido a la pérdida de tiempo, sufriría con seguridad pérdidas en su negocio, en tal caso se enfrentan el interés, protegido por el art. 142 del StGB, de la persona dañada en el accidente en el aseguramiento de sus acciones de indemnización de perjuicios y el interés del implicado en el accidente en conservar y aumentar su patrimonio; ambos son bienes jurídicos aproximadamente equivalentes, por lo que habrá que hacer depender la ponderación de las magnitudes concretas de los daños⁸⁶⁸.

Sin embargo, cuando esté en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones. Ante el Derecho toda vida humana, como se desprende de los arts. 1, 2, y 3 del GG, tiene el mismo rango y no existe un diferente "valor de la vida". Así pues, no se podría justificar por el art. 34 StGB la conducta de un médico que le quita a un paciente con un 30% de posibilidades de sobrevivir el único aparato de respiración artificial existente en la clínica y con ello lo dejara morir, para poder salvar la de otro paciente ingresado posteriormente con el 70% de posibilidades de sobrevivir. Y en general, señala ROXIN, en los demás casos también son inadmisibles todas las posibles graduaciones vida valiosa y menos valiosa, por tanto: no se puede sacrificar al débil mental para salvar al premio Nobel, ni la del anciano achacoso para salvar la del joven vigoroso, ni la del criminal antisocial para conservar

⁸⁶⁸ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.686.

una vida valiosa... Como así, el Derecho no puede justificar el sacrificio según el número de vidas en conflicto⁸⁶⁹.

Junto a la medida del daño que amenaza a una y otra parte, también ha de tenerse en cuenta el grado de probabilidad de su producción.

Quien, para evitar un daño que se producirá seguro si no actúa, lleva a cabo una acción salvadora que sólo en escasa medida pone en peligro a otro bien jurídico, por regla general tendrá de su parte el interés sustancialmente preponderante. Pero ello ocurrirá cuando, para hacer frente a un peligro concreto que implique una cierta perentoriedad, se acepte crear sólo peligros abstractos. Por ejemplo, un automovilista se da cuenta que hay un ladrillo entre las ruedas dobles de un camión, y lo sobrepasa, rebasando el límite de velocidad para advertirle el peligro a su conductor. Esta conducta está justificada por estado de necesidad. O si un automovilista excede el límite de la velocidad para trasladar a una persona gravemente enferma a un hospital. Sin embargo, la ponderación conduce a un resultado inverso si con tales conductas se coloca en peligro concreto a otras personas⁸⁷⁰.

Otro punto de vista importante para la ponderación en todas las ingerencias en bienes jurídicos individuales consiste en que el estado de necesidad agresivo, que se dirige contra personas no implicadas, lesiona el derecho de autodeterminación del titular del bien jurídico; y ese factor ha de apuntarse a favor del bien objeto de ingerencia y en contra del bien objeto de conservación. La idea ha encontrado su plasmación jurídico-positiva en el Derecho alemán en el art. 904 BGB, que como caso especial de estado de necesidad agresivo regula la ingerencia en la propiedad ajena. En una pura ponderación de bienes resultaría que ya debería producirse la justificación cuando el bien que se quiere

⁸⁶⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.687.

⁸⁷⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.691.

conservar es más valioso que el dañado. Pero si el legislador, en vez de eso, exige que el daño que amenaza sea “desproporcionadamente mayor” que el daño causado, ello se debe al principio de autonomía: dado que el sujeto no implicado, en cuya esfera se interviene, no sólo sufre pérdidas materiales, sino que también ve menoscabada su libertad de decisión autónoma, la pretensión frente al mismo sólo se puede justificar si el bien objeto de conservación es extraordinariamente más valioso que el bien objeto de la ingerencia. Todo esto vale también para el estado de necesidad justificante del art. 34 StGB. Sin embargo, el que los bienes jurídicos en colisión sean del mismo género aun no excluye la justificación⁸⁷¹.

A la luz de la norma del art. 34 del StGB no se puede justificar la eliminación de un peligro si del conjunto del ordenamiento jurídico se desprende que ha de soportarse el daño. Así un condenado por una sentencia firme, aunque sea inocente, no puede escapar de la prisión golpeando a funcionarios encargados de su custodia invocando el art. 34, sino que tiene que acudir a los recursos legales⁸⁷².

De la preeminencia de las valoraciones legales deriva también que por regla general no se puede justificar en virtud del art. 34 StGB la desobediencia civil. Desobediencia civil es una “infracción consciente de las reglas como medio utilizado con el fin de realizar una protesta manifestada públicamente y fundada en razones ético-normativas, que no es violenta y de cuyas consecuencias está dispuesto a responder el que protesta “.La sentencia BverfGE 73, 206 habla de una “resistencia del ciudadano frente a decisiones concretas e importantes del Estado...para enfrentarse a una decisión que considera condenable y éticamente ilegítima como medios que van desde la

⁸⁷¹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.694.

⁸⁷² Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.697.

protesta con manifestaciones y emblemas hasta infracciones de las reglas para provocar escándalo”.

Según ROXIN, la posible justificación de la desobediencia civil en virtud del art. 34 tropieza con el obstáculo insalvable (prescindiendo ya de que también habría que negar que se trate de un “peligro no afrontable de otro modo”) del principio de la mayoría democrática: si el Estado decide por el procedimiento legal la adopción de determinadas medidas (como el rearme, la instalación de centrales de energía atómica, etc), no puede reconocerle simultáneamente un “interés sustancialmente preponderante” en el sentido del art. 34 StGB a la desobediencia civil, que combate dichas medidas realizando tipos penales; pues de ese modo entraría en contradicción consigo mismo y dejaría sin vigencia las reglas de la mayoría⁸⁷³.

Una cuestión polémica y no aclarada es la de si la ponderación de intereses se ve influida por el hecho de que al sujeto que se ingiere en bienes jurídicos ajenos le haya puesto en situación de peligro la coacción de un tercero; por ejemplo, si una amenaza de muerte incita a alguien a cometer un falso testimonio o un hurto. Está claro que en tales casos si el amenazado no tiene otra salida, como mínimo ha de haber una exculpación en virtud del art. 35 StGB. Pero la cuestión es si no es aplicable ya el estado de necesidad justificante del art. 34, puesto que la vida del amenazado es un bien jurídico superior a la administración de justicia y a la propiedad. Según una posición defendida sobre todo por LECKNER en los supuestos de estado de necesidad por coacción está siempre excluida la justificación por el art. 34, es decir que nunca es posible que el autor persiga intereses sustancialmente superiores a los de la víctima. “Ello se debe a que aquí el sujeto, aunque sea forzado, se pone de parte del injusto, cosa que sin embargo el Derecho, si no quiere renunciar a un presupuesto elemental de su propia pretensión de vigencia, por principio no puede aprobar”. Frente a

⁸⁷³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.697.

esto la opinión contraria le niega al estado de necesidad por coacción cualquier influencia en la ponderación de intereses, porque el sujeto puede “reclamar exactamente igual la solidaridad de los demás conciudadanos”, tanto “si el peligro procede de fuerzas naturales, como si procede de la conducta antijurídica de otro”⁸⁷⁴.

Por consiguiente, el falso testimonio o el robo al que el autor se ve forzado con una amenaza de asesinato sigue siendo antijurídico y sólo estará disculpado en la medida del art. 35 StGB. Ello supone que en cuanto sean agredidos bienes jurídicos individuales (como en el caso del robo), subsiste el derecho a la legítima defensa frente al agresor coaccionado, si bien con las restricciones ético sociales que también rigen frente a otras personas no culpables (CFR. art. 15, nm.55 ss.). Por lo demás, en el caso de los delitos más graves puede plantearse en determinadas circunstancias la justificación del coaccionado desde otros puntos de vista distintos que del estado de necesidad. Así, por ejemplo si el cajero de un banco entrega el dinero a los *gánsters* para salvar la vida de un rehén, tal conducta que en sí misma es subsumible en el art. 266 del StGB (administración desleal) puede estar justificada por consentimiento presunto del titular del banco⁸⁷⁵.

Un factor que también hay que tener en cuenta en la ponderación es la importancia y significación para los afectados que debe juzgarse un criterio objetivo, pero teniendo en cuenta al máximo las circunstancias individuales. Así por ejemplo, un estudiante que sólo pueda salvar de la pérdida que amenaza a un trabajo que ha preparado en casa con gran esfuerzo durante seis semanas para un examen causando daños en propiedad ajena, actuará justificadamente aunque el valor abstracto de ese trabajo sea inferior al de los daños causados. Y

⁸⁷⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.702.

⁸⁷⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.703.

lo mismo sucede en el lado de la víctima. Así, no podrá efectuarse una interrupción del embarazo que en principio sería lícita por indicación médica conforme al art. 218 a del StGB, si la mujer no consiente y con ello da a conocer que para ella su propia salud no tiene valor superior al de la vida de un hijo no nacido; en este caso el ordenamiento jurídico convierte la voluntad subjetiva de la embarazada en directriz de su ponderación objetiva. Y el médico tampoco puede invocar el art. 34 para salvarle la vida contra su voluntad a la persona que se niega a ser operada, sino que el peso atribuido a los intereses por el paciente es perjudicial para el resultado de la ponderación. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no tiene que conceder siempre y necesariamente la importancia decisiva a la estimación del individuo. Así por ejemplo, si con la jurisprudencia se considera irrelevante la voluntad suicida por vulnerar la ley moral, estará justificado por el art. 34 el hecho de impedir por la fuerza el suicidio; ahora bien, decidir si realmente la voluntad suicida es siempre irrelevante es una cuestión con amplias implicancias⁸⁷⁶.

Llama la atención que el legislador alemán requiera una preponderancia “sustancial (o esencial) “de los intereses protegidos, es decir que no considere suficiente una preponderancia más escasa. En la fundamentación del Proyecto de 1962 se afirma: “la comparación de valores en la ponderación de bienes..., para que esté justificada la actuación en estado de necesidad ha de poner de manifiesto un considerable mayor peso a favor del interés protegido. Si se enfrentan intereses que son equivalentes o que no son sustancialmente distintos en cuanto a su valor la acción en estado de necesidad no tendrá efecto justificante”. Esto suena como si se exigiera una preponderancia elevada en grado en los intereses protegidos. Sin embargo, tal solución no es practicable: pues si de la ponderación de todas las circunstancias resulta que los intereses defendidos son más merecedores de protección que los dañados, ha de

⁸⁷⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.705.

producirse la justificación aunque el merecimiento de protección no sea mayor en una medida elevada; de lo contrario los intereses defendidos no serían defendidos por el Derecho y con ello no es ya sólo que no fueran sustancialmente más merecedores de protección sino que sencillamente no serían más merecedores de protección. La hipótesis de que hay que exigir una elevada diferencia de valor se basa en la teoría de la ponderación de intereses con la ponderación de bienes, que también resuena aun en la fundamentación del Proyecto. En efecto, en la medida en que sólo se trate de comparar bienes jurídicos, los bienes jurídicos defendidos han de ser, como también lo pone de relieve el art. 904 BG, mucho más valiosos que los dañados, lo que se deriva ya del principio de autonomía (CFR, nm.41 ss.). Pero la conservación del bien jurídico sustancialmente más valioso sólo fundamenta una simple preponderancia de intereses y no una elevada (en su grado) preponderancia de intereses frente al titular del bien objeto de la ingerencia⁸⁷⁷.

Por eso hay que entender la cláusula de la sustancialidad (o esencialidad) no en el sentido de una preponderancia cualificada o elevada en grado, sino en el sentido de que la preponderancia de intereses ha de ser indudable e inequívoca para que se produzca la justificación. Y también se pueden interpretar en este sentido las deliberaciones de la Comisión especial, que fue la que le dio al art. 34 su redacción definitiva. Ahora bien, con ello no se convierte en superfluo el elemento de la sustancialidad, sino que el mismo sirve a la seguridad jurídica al garantizar que si el resultado de la ponderación no está claro, no se puede producir la justificación. Así por ejemplo, ya el RG rechazó con razón el estado de necesidad supralegal en un caso en el que un funcionario de correos había abierto un envío postal infringiendo el art. 354 StGB, para poder defenderse de una denuncia falsa dirigida contra él, que contenía el envío (JW 1928, 662); pues, dado que el art. 354 protege no sólo al remitente y al destinatario sino

⁸⁷⁷ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.703.

también a la comunidad “contra el abuso de las facultades del cargo confiadas al funcionario de correos que vulnere el secreto postal”, el resultado de la ponderación como mínimo no es inequívoco. Lo propio sucede en un caso resuelto por el BGH (MDR –D- 1975, 723), en el que, pese a que los humos de una fábrica provocaban en la población molestias tales como lacrimación, dolor de cabeza y malestar general el dueño de la fábrica no había defendido su funcionamiento para poder mantener los quinientos puestos de trabajo. El BGH, aun reconociendo que el aseguramiento de los puestos de trabajo es un bien jurídico en el sentido del art. 34 negó correctamente la justificación; pues no se puede afirmar de modo indudable que el interés en los puestos de trabajo tenga más peso que el interés de la población en su bienestar físico⁸⁷⁸.

Según el art. 34 inc. 2 StGB, la justificación de la acción en estado de necesidad fundamentada por la preponderancia sustancial de los intereses protegidos se dará “sólo en la medida que el hecho sea un medio adecuado para hacer frente al peligro”. Históricamente, señala ROXIN, esta cláusula se basa en la contraposición entre la teoría de la ponderación de bienes y la teoría del fin. Una parte de la doctrina alemana considera a la cláusula superflua o vacía, o le atribuye sólo la función de una “cláusula de control” “, que debe advertir al aplicador del Derecho para que efectúe de modo especialmente cuidadoso la ponderación de los intereses. Por otro lado, la doctrina dominante, adhiriéndose a la fundamentación del Proyecto de 1962 atribuye un significado autónomo a la cláusula de adecuación como un “segundo escalón valorativo”. Según el Proyecto de 1962 el art. 34, inc. 2 debe garantizar “que la conducta del sujeto que obra en estado de necesidad, según las reconocidas concepciones valorativas de la comunidad, también resulte una solución de la situación de conflicto adecuada y acorde con el Derecho”. De todos modos, ROXIN concluye en este aspecto que la dignidad humana no se puede incluir en la ponderación

⁸⁷⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.713.

sino que ha de ser respetada como garantía fundamental inviolable del ordenamiento jurídico alemán. De allí que no fundamentan escalón valorativo autónomo, y bien, en la cuestión de la dignidad humana da una indicación vinculante para interpretar el art. 34, inc. 1ª al hacer que ese criterio, a diferencia de todos los demás puntos de vista relevantes para la justificación., quede sustraído a cualquier relativización⁸⁷⁹.

e) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Es un requisito del art. 20 del Código Penal español. Determinadas personas están sometidas, por razón de su oficio o cargo, al deber de asumir ciertos riesgos. En ese sentido se acostumbra a ejemplificar que el médico debe sufrir el peligro de contagio, el bombero debe asumir los riesgos del fuego y de otras tareas de salvamento, el capitán del barco debe dejar que en caso de peligro se salven primero los pasajeros, la policía debe correr el riesgo de que algún delincuente se resista a su detención. Para que falte este requisito es preciso que el deber de sacrificio sea inmanente o se halle vinculado especialmente a un determinado oficio o cargo, no bastando un deber genérico de sacrificio. Ha de tratarse de un bien jurídico. Por lo tanto, quien actúa en cumplimiento de los deberes u obligaciones de un oficio a cargo no realiza un hecho encuadrable en los supuestos de estado de necesidad, sino que cumple un verdadero y propio deber jurídico. Este deber está sometido a límites, tanto provenientes de las normas jurídicas configuradoras del mismo, como de la propia *ratio* del requisito. En cuanto a los límites al deber de sacrificio provenientes de la propia *ratio* del requisito, se fundamentan en la idea de exigibilidad de tolerancia del riesgo insita en el desempeño de ciertos oficios o cargos y en la idea de utilidad del sacrificio. Tal idea de utilidad del sacrificio se manifiesta en el núm. 14 del art. 612 del Código de Comercio español, al imponer al capitán del buque la

⁸⁷⁹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.718.

obligación de éste de “permanecer a bordo hasta perder la última esperanza de salvarlo”⁸⁸⁰.

3.2.3. El elemento subjetivo de la justificación

Como elemento subjetivo de la justificación es necesario el conocimiento de la situación justificante y la conciencia de salvaguardar el interés preponderante, pero no una adicional motivación por el fin salvador. Quien salva a otro de un modo objetivamente amparado en el art. 34, actúa justificadamente incluso aunque no lo haga precisamente por la salvación, sino por ansia de fama o por una recompensa. Pero, para ROXIN, si el “salvador” ni siquiera ha sido consciente de la situación de estado de necesidad objetivamente existente y eliminada por él, será responsable desde la óptica penal en un caso de tentativa⁸⁸¹.

Las mismas pautas que rigen la solución de los casos de estado de necesidad por colisión de intereses son aplicables al caso de la colisión de dos deberes que imponen al obligado, al mismo tiempo, comportamientos contradictorios y excluyentes, de modo que el cumplimiento de un deber determina la lesión del otro.

En este sentido, la doctrina se divide: a) entre aquellos que consideran que un estado de necesidad por colisión de deberes sólo se da cuando colisionan dos deberes de actuar, y b) los que también aceptan un estado de necesidad por colisión de deberes cuando colisionan un deber de actuar y otro de omitir⁸⁸².

STRATENWERTH, particularmente, sostiene que, como en uno u otro caso (colisión de intereses o de deberes) resulta en definitiva una cuestión de

⁸⁸⁰ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p.400.

⁸⁸¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.720.

⁸⁸² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 380.

preservación de bienes jurídicos, ambos supuestos han de coincidir en su estructura básica.

Afirma que la justificación tiene que depender de la relación jerárquica de los deberes y que en todo caso, el cumplimiento de un deber superior es conforme a Derecho⁸⁸³.

Entiende que un servicio de extinción de incendios rural que es convocado por dos focos producidos a distancia uno del otro, deberá combatir el primero o más peligroso; un médico llamado a atender varios heridos en un accidente, deberá prestar su auxilio en orden a la urgencia.

Ahora bien, el rango de deber no se determina exclusivamente según el peso del bien jurídico de que se trate, o de la medida del peligro que amenace, sino también, entre otros factores, según el grado de vinculación entre el obligado y el afectado, señala STRATENWERTH, quien a su vez afirma que un deber de tutela o aseguramiento específico pesa más que los deberes generales de auxilio. En el art. 35 del StGB, respecto del estado de necesidad disculpante se destaca expresamente como circunstancia que excluye la exculpación la de que al sujeto “por estar en una situación jurídica especial, se le podía exigir que soportara el peligro”. Y en el estado de necesidad justificante se reconoce unánimemente que igualmente hay que tener en cuenta ese punto de vista. Ya en la fundamentación del Proyecto de 1962 se afirma que: “el soldado o el bombero en algunos casos tendrá que asumir correr peligros para su vida o integridad; incluso para proteger y salvar bienes patrimoniales”. Por tanto no podrá invocar el art. 34 si elude el peligro, a pesar de que en los casos normales la preservación de la vida y salud justifica que se dañen bienes patrimoniales; pues la especial posición de deber hace que los intereses del propietario de la cosa resulten más dignos de protección. Sin embargo, los deberes de soportar peligros no son deberes de sacrificarse, sino de riesgo; si hay que contar con

⁸⁸³ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi.2000. p. 252

seguridad o de gran probabilidad de sufrir la muerte o un grave daño a la salud, volverá a estar justificado por el art. 34 el hecho de eludir el peligro aunque exista una posición de deber especial⁸⁸⁴.

El primer problema que se plantea al abordar las causales de justificación (particularmente el estado de necesidad) tiene que ver con el interrogante de cómo sabe el intérprete que una determinada circunstancia es una autorización o permiso para realizar un hecho típico y no simplemente una disculpa o exención de la pena⁸⁸⁵. Esta situación conforma el trasfondo de toda la discusión relativa a si el estado de necesidad, por ejemplo, es una causa de justificación o de inculpabilidad o simplemente una excusa absolutoria.

BACIGALUPO se contesta recurriendo a uno o varios principios de justificación (pre-legales) que determinan cuáles son las circunstancias que tienen carácter justificante. Los denomina “pre-legales”, pues entiende que son necesarios para interpretar la ley, no siendo posible en consecuencia, deducirlos de ella⁸⁸⁶.

Tales principios han dado lugar a dos teorías: la teoría monista, según la cual los supuestos justificantes responde a la idea de “más utilidad que daño social” o de “utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico”.

Concluye señalando que no cabe para cada supuesto una única respuesta y que en definitiva es una cuestión de interpretación respecto de lo que estima justificado el orden cultural y así sucesivamente.

Las teorías pluralistas deducen de la naturaleza de lo ilícito una pluralidad de principios que en realidad, pretenden explicar por qué ciertos casos deben considerarse causas de justificación.

⁸⁸⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.701.

⁸⁸⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 353.

⁸⁸⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As.,2007. p. 353.

Así, considerando la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses, sólo cabe aceptar dos supuestos: el de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante. El primero de ellos hace referencia al consentimiento del ofendido, en tanto el segundo procura dar fundamento justificante del ejercicio de deberes especiales y de los llamados “derechos de necesidad” (estado de necesidad y defensa necesaria o legítima). En estos casos, señala el autor citado, el orden jurídico da preeminencia a un bien jurídico sobre otros y, por lo tanto, la lesión producida en esas circunstancias debe ser justificada⁸⁸⁷.

Concluye el autor que la tendencia actual es la de reducir sensiblemente el valor explicativo acordado a los principios de justificación, afirmándose que como consecuencia de la intervención de una contranorma debe caer o eliminarse tanto lo ilícito del resultado como lo ilícito de la acción; pero no es posible decir esto de todas las causas de justificación, dado que en particular estas se basan en muy diversas combinaciones de factores justificantes⁸⁸⁸.

3.3. El Estado de necesidad como causa de exculpación (o estado de necesidad disculpante)

Habíamos adelantado que no siempre el estado de necesidad actúa como un factor despojante de la antijuridicidad, ya que, ciertamente, en determinadas ocasiones el Estado renuncia a la aplicación de la pena en virtud de la insuficiencia de gravedad de la ilicitud.

Conforme con lo ya analizado, el supuesto del estado de necesidad disculpante se configura cuando colisionan dos intereses de igual jerarquía.

El Código Penal español es un claro ejemplo de la distinción, al señalar en el mencionado art. 20. 5 “que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”. De allí que la doctrina española entienda que cuando se salva un interés

⁸⁸⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 355.

⁸⁸⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 355.

de mayor jerarquía, habrá justificación. En cambio, cuando el interés salvado sea de igual jerarquía sólo podrá excluirse la culpabilidad.

La línea divisoria entre ambos no pasa por la demarcación de una estricta igualdad o desigualdad de los intereses en conflicto. El estado de necesidad que excluye la responsabilidad por el hecho alcanza también a todos los casos en que la diferencia valorativa de los intereses en conflicto no sea esencial⁸⁸⁹.

El sentido práctico más importante de diferenciar tales categorías consiste en saber si el hecho merece o no desaprobación jurídico penal: si no la merece (por cuanto hay justificación), el análisis posterior de la conducta es inconducente; si la merece (por cuanto hay disculpa), habrá de analizarse la atenuación del desvalor de lo ilícito.

No se presenta idéntica solución frente a la colisión de deberes de igual jerarquía.

BACIGALUPO entiende que aquí radica la diferencia fundamental con la categoría anterior (colisión de intereses), pues el cumplimiento de uno de los deberes tiene efecto justificante, aunque al mismo tiempo se lesione otro: en todo caso se ha cumplido con un deber y el comportamiento no debería ser antijurídico.

Otro sector de la doctrina, sin embargo, afirma que ante la colisión de deberes de igual jerarquía, sólo reconoce al que cumple con uno de ellos, lesionando el otro, una causa de exclusión de culpabilidad.

No obstante, señala BACIGALUPO, esta postura no resulta convincente pues el orden jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una forma u otra bajo amenaza, de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 401.

⁸⁹⁰ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 381.

La diferencia fundamental que existe entre la colisión de deberes y la colisión de bienes o intereses reside en que, en la colisión de deberes de igual jerarquía, el cumplimiento de ellos tiene efecto justificante, aunque al mismo tiempo se lesione el otro: en todo caso se ha cumplido con un deber y el comportamiento no se torna antijurídico.

En Alemania, el estado de necesidad del art. 35 StGB, como se deduce claramente de su tenor literal (art. 35 I 1: “actúa sin culpabilidad”), está concebido por el legislador como una causa de exclusión de culpabilidad⁸⁹¹. De modo que el estado de necesidad del art. 34, basado en una ponderación de intereses (de manera análoga los casos de estado de necesidad jurídico civiles de los arts. 228 y 904 BGB) justifica, mientras que la situación del art. 35 únicamente exculpa. Mientras en el estado de necesidad justificante, quien actúa contribuye a que se imponga un interés claramente preponderante, de modo que su ingerencia se valora como socialmente provechosa y legal, en el art. 35 la cosa es completamente distinta, pues este precepto presupone que se resuelva de modo negativo la cuestión prioritaria de la justificación de la conducta del sujeto. Por lo tanto es reprobada y se declara socialmente dañoso el proceder del sujeto⁸⁹².

La diferencia material expuesta comporta también las distintas consecuencias jurídicas que se vinculan a la ubicación sistemática. Mientras en el estado de necesidad justificante no es admisible una legítima defensa, la participación está justificada y el error sobre sus presupuestos objetivos o materiales a lo sumo hace posible una punición por imprudencia, frente al ejercicio del estado de necesidad meramente disculpante existe un derecho de legítima defensa, un

⁸⁹¹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.896.

⁸⁹² Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.896.

error sobre los presupuestos objetivos del art. 35 deja intacto el dolo y la participación en el hecho realizado en estado de necesidad es punible.⁸⁹³

Hoy es dominante la concepción de que la exención de pena en el caso del art. 35 se debe a una doble reducción de la culpabilidad. La culpabilidad del sujeto se rebajaría en primer lugar por la presión anímica y en segundo lugar porque el sujeto que actúa en estado de necesidad no sólo lesionaría un bien jurídico, sino que también preservaría otro. La salvación de un bien jurídico reduciría el injusto y con ello de manera mediata la culpabilidad. La doble rebaja de la culpabilidad conduciría a la impunidad. Pero tampoco esta teoría es suficiente para explicar el art. 35. Es verdad que puede explicar los casos de falta de exculpación del art. 35 I 2 como constelación de injusto agravado por otras razones y por ello más merecedor de pena, mientras que el art. 35 II halla desde esta posición su explicación en que en los casos de error no se preserva ningún bien jurídico. Pero en tal caso sigue siendo incongruente que según el art. 35 I 1 también se exculpe la tentativa fallida de salvación, en la que igualmente falta el valor positivo del resultado.⁸⁹⁴

Se debe poner absolutamente en duda el que la reducción del injusto sea un criterio central para la exención de pena conforme al art. 35. Pues la cantidad del injusto realizado no depende únicamente de lo que el sujeto preserva, sino de la magnitud del plus de bienes jurídicos que lesiona. Quien para salvar su vida da muerte a numerosas personas queda impune a pesar de ello, aunque el injusto restante tras descontar el “valor positivo del resultado” y la correspondiente culpabilidad alcanzan un *quantum* mucho mayor que en un homicidio ordinario. Contra la hipótesis de que la exención de pena se deriva en un cincuenta por ciento por el legislador de una disminución del injusto

⁸⁹³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.897.

⁸⁹⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.899.

apunta también la circunstancia de que la mera reducción del injusto no es tenida en cuenta de modo alguno en el StGB: quien salva a una persona no allegada a él a costa de otro sigue siendo por completo penalmente responsable, pese a que la disminución del injusto, si conlleva efecto exculpatorio, haría esperar como mínimo una causa de atenuación de la culpabilidad⁸⁹⁵.

La fundamentación de la exclusión de la responsabilidad a partir de los fines de la pena, por la que aquí se aboga, evita las fricciones propias de las otras concepciones. La misma puede deducir sin problema la exclusión de la punibilidad conforme al art. 35 I 1 de la falta de una necesidad de prevención general y especial, mientras que los casos en que resta punibilidad se deben a necesidades preventivo-generales: el deber del Estado de proteger bienes jurídicos no permite que personas que tienen la función de hacer frente al peligro puedan eludir impunemente sus deberes; el mantenimiento del orden pacífico prohíbe también que las personas que por sí mismas han provocado culpablemente un peligro o lo suponen equivocadamente puedan invocar sin más al art. 35; el que el peligro de pérdidas económicas no pueda tener efecto eximente de pena se explica porque, de lo contrario, la autotutela podría acabar con el funcionamiento ordenado del Derecho y conducir a la sociedad al caos⁸⁹⁶.

Precisamente en el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende períodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión en el art. 32. Esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se pueda convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuando sucederá tal cosa. Este peligro permanente puede ser un peligro amenazante

⁸⁹⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.899.

⁸⁹⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.900.

procedente de cosas, como la casa en ruinas que puede derrumbarse en cualquier momento, pero posiblemente también sólo al cabo de meses; pero también constituyen un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder a nuevos malos tratos, el sujeto que amenaza al testigo en caso de que declare conforme a la verdad con un peligro para la vida o la integridad física, del que sin embargo no se sabe exactamente cuándo hará realidad la amenaza, y el intruso nocturno, que siempre vuelve, pero cuya aparición no es determinable con seguridad. Asimismo puede ser actual un peligro cuando su realización aun se hará esperar algo, pero se ha de actuar ahora para que después no sea demasiado tarde para hacerle frente; este grupo de casos a menudo coincide parcialmente con el del peligro permanente⁸⁹⁷.

No tiene lugar una exclusión de la responsabilidad cuando el peligro era evitable de otro modo. Esto sucede en primer lugar si existía una posibilidad de eliminar el peligro de un modo conforme a Derecho⁸⁹⁸.

Quien sólo pueda evitar el peligro mediante ingerencias en los derechos de terceros ha de elegir no obstante al menos perjudicial entre los distintos medios. Quien se salva de un peligro de muerte mediante el homicidio de una persona no implicada sigue siendo por tanto penalmente responsable si la mera lesión del otro ya habría bastado para eliminar el peligro. Quien como causante de un accidente está amenazado con peligro de muerte puede salir, invocando al art. 35, de la zona del peligro, pero no más de lo necesario. Si desaparece para siempre, resulta penalmente responsable conforme al art. 142⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.903.

⁸⁹⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.903.

⁸⁹⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.905.

Sólo son susceptibles de estado de necesidad la vida, la integridad física y la libertad. La “libertad”, que en el anterior Derecho no había sido privilegiada, se añadió en la PG 1975 siguiendo el modelo del Proyecto de 1962, porque este bien jurídico “posee un rango similar al de la integridad física o la vida”. En cambio, se rechazó expresamente una extensión a otros bienes jurídicos, como honor y propiedad; la misma “tendría como consecuencia que la no exigibilidad de una conducta conforme a Derecho... se reconocería como causa de exclusión de la culpabilidad en amplios terrenos, lo que podría poner en cuestión la seriedad de las conminaciones penales”. Ello confirma la explicación aquí realizada recurriendo a la teoría de los fines de la pena: son claramente razones de prevención general las que han inducido al legislador a prescindir de una exención de pena en caso de actuación para proteger otros bienes jurídicos⁹⁰⁰.

De ahí se deriva además que una aplicación analógica del art. 35 a otros bienes jurídicos “ceranos a la personalidad” debe descartarse al menos en los delitos dolosos; tampoco encuentra apoyo legal la extensión a la puesta en peligro de bienes materiales irremplazables. Todo ello resultaría además problemático desde un punto de vista de política jurídica: quien para salvar su ganado de cría deja morir en las llamas a su criado, o quien se conforma con una grave intoxicación de su mujer por el humo para poner a salvo una apostilla original de la Filosofía del Derecho de HEGEL, no puede quedar exento de pena, si no se quiere relativizar la protección de la vida humana contradiciendo las representaciones valorativas de la ley. Igualmente se burla el art. 35 cuando se exime de pena recurriendo a una exculpación supralegal en delitos que se cometen para evitar dificultades económicas. *De lege ferenda* debería sin duda posibilitarse una atenuación de la pena, concluye ROXIN.⁹⁰¹

⁹⁰⁰ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.905.

⁹⁰¹ Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.906.

En el bien jurídico “vida” se discute si también se privilegia por el art. 35 la vida en formación. Contra la opinión mayoritaria, hay que negarlo. Dado que los bienes jurídicos “integridad física” y “libertad” sólo pueden referirse a las personas, también en el art. 35, como en los demás supuestos en que la vida realmente existente, máxime cuando la protección legal tan sólo relativamente débil de la vida en formación apunta en contra de una equiparación. Además, un embrión no puede ser un “pariente” o una “persona allegada” en el sentido del art. 35. Tampoco existe una necesidad político criminal para extender así el art. 35, pues en las agresiones humanas el embrión es de aplicación la legítima defensa de terceros (art. 32); y en el supuesto de cualquier otro peligro al que pueda estar expuesta una embarazada, ella misma puede invocar el art. 35, de igual modo que puede hacerlo una persona allegada en consideración a ella⁹⁰².

De manera indiscutida no concurre un peligro para la integridad física cuando el menoscabo que amenaza es insignificante⁹⁰³.

Sólo se exime de pena al sujeto cuando el peligro le amenaza a él, a un pariente o a otra persona allegada a él⁹⁰⁴.

El tenor literal de la ley exige que el sujeto haya actuado “para evitar (afrentar, eludir, conjurar)... el peligro”. Debe haber estado por tanto motivado por la voluntad de salvar, de modo que el mero conocimiento de la existencia del peligro todavía no exculpa. Quien por ejemplo actuó gustoso como afiliado convencido al partido las acciones delictivas ordenadas por el régimen nacionalsocialista no queda impune por el simple hecho de que habría debido contar con un peligro para la integridad física o la vida en caso de negarse. Los problemas que se producen en relación con los elementos subjetivos de

⁹⁰² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.906.

⁹⁰³ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.906.

⁹⁰⁴ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.908.

justificación y que por ejemplo, en el estado de necesidad justificante sugieren una limitación al conocimiento de la situación material u objetiva justificante y una renuncia a la fuerza motivadora de la voluntad de salvar se plantean de otra manera en la exclusión de la responsabilidad. Pues aquí el sujeto –al contrario que en una situación de justificación- ha hecho en todo caso algo que objetivamente se ha de desaprobar; en la respuesta a la cuestión de si pese a ello se le puede eximir de pena se pueden tener perfectamente en cuenta sus motivos (como por ejemplo también en la medición de la pena). Quien comete acciones conminadas con pena no para evitar el peligro, sino por impulso criminal precisa por razones tanto de prevención especial como general de una sanción. La *ratio* de la regulación del estado de necesidad exige por tanto el motivo de salvar como presupuesto o requisito de la exculpación⁹⁰⁵.

Frente a ello, JAKOBS propugna, “en contra del tenor literal” de la ley y en contra de la opinión absolutamente dominante, “exigir... para la exculpación sólo el conocimiento de la necesidad y del efecto de evitación, pero no que se actúe para evitar”. De otro modo la imputación del hecho dependería “de una circunstancia interna no exteriorizada”; ello contradiría el principio de responsabilidad por el hecho. No obstante, a un sujeto que gustoso y de manera solícita obedece órdenes delictivas no se le castiga por su actitud interna, sino por sus hechos. Solamente se le deniega la indulgencia que se le habría concedido si hubiera actuado por miedo por su propia persona o por sus allegados en vez de por motivos delictivos. Pero el que un motivo comprensible pueda eximir es un fenómeno habitual. Tampoco es cierto que, como estima JAKOBS, “por la vía del análisis de la motivación se desplace, en perjuicio del

⁹⁰⁵ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.910.

sujeto, la carga de la prueba”; pues con tal de que quepa la posibilidad de que haya actuado para evitar el peligro, ha de partirse de ella en su favor⁹⁰⁶.

El art. 35 I 2 deniega la exclusión de la responsabilidad cuando al sujeto le es exigible soportar el peligro. La posibilidad de denegación posee la forma de una cláusula general, que se ilustra mediante dos ejemplos: la causación por uno mismo del peligro y los deberes “en una posición (situación, relación) jurídica especial”. Las excepciones surgen de la consideración a la colectividad y en esta medida son a la vez de índole preventivo-general. Se diferencian sin embargo en la tendencia y en el grado de las restricciones preventivo-generales. Éstas son más fuertes en el caso de “posiciones jurídicas especiales”, en las que se hallan por ejemplo los policías o los bomberos. La protección de bienes jurídicos sufriría inmediatamente un daño si tales profesionales se pudieran sustraer a sus deberes impunemente por miedo a peligros; por eso aquí no se prevé tampoco una posibilidad de atenuación. En cambio, en el supuesto de la propia acusación del peligro la denegación de la exención de pena es una concesión a la conciencia jurídica de la colectividad; ésta no mostraría comprensión hacia el hecho de que alguien se pudiera escapar impunemente, mediante ingerencias masivas (y por tanto no amparadas por el art. 34) en los bienes jurídicos de personas no implicadas, de peligros provocados de manera culpable por él mismo. Sin embargo, dado que la prevención frente a una posible conmoción de la conciencia jurídica general es de menor urgencia que la evitación de los daños manifiestos que resultarían de la negativa de los profesionales encargados de evitar el peligro, se admite aquí de todos modos una atenuación facultativa de la pena. La misma rige también para los casos de la cláusula general común no recogidos por los dos grupos ejemplificativos, que en

⁹⁰⁶ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.911.

consecuencia han de explicarse igualmente por la consideración a la conciencia jurídica general⁹⁰⁷.

Frente a ello, en los casos del art. 35 I 2 fracasa completamente la explicación del estado de necesidad a partir de una restricción de la libre determinación de la voluntad. Es cierto que en la fundamentación de la Comisión especial se dice “que también aquí la sobre presión que opera sobre la motivación puede ser de similar magnitud que en los auténticos casos de estado de necesidad” y que por eso se habría previsto una posibilidad de atenuación de la pena. Pero falta toda fundamentación de por qué, por ejemplo, la presión psíquica que pesa sobre el sujeto en el caso del peligro causado por uno mismo habría de ser en general menor; si eso fuera lo importante, se debería conceder también aquí una exención de pena. Y cuando la Comisión atribuye la exclusión de toda posibilidad de atenuación también en el supuesto de las “posiciones jurídicas especiales” al “deber de protección” que incumbe al sujeto “frente a la colectividad”, se muestra muy claramente la atención a la protección de bienes jurídicos como fundamento principal de la regulación; la referencia a que la elevada presión en la motivación podría ser tomada en cuenta “en el marco de la medición de la pena” no modifica en nada lo anterior.⁹⁰⁸

Quien ocupa una posición jurídica especial debe soportar también el peligro cuando el mismo no le amenaza a él, sino a un pariente o persona allegada. Pues el bien común resultaría dañado si por ejemplo en casos de catástrofes las personas nombradas para proteger a la colectividad pudieran omitir impunemente su deber y ocuparse, en su lugar, de sus parientes y demás personas allegadas. En el caso inverso (Por ejemplo, la mujer del capitán salva a su marido a costa de los pasajeros) se ha de denegar igualmente, con la opinión

⁹⁰⁷ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.912.

⁹⁰⁸ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.912.

dominante, la invocación del estado de necesidad, pese a que el tenor literal de la ley que se fija en el sujeto que actúa en un estado de necesidad ocupando una posición especial de autoridad, parece apuntar en contra de ello. Pero la cláusula general de exigibilidad permite imponerle también a la persona allegada que soporte el peligro. El buen funcionamiento de los dispositivos establecidos para proteger a la colectividad exige que no sólo quien tiene el deber de soportar el peligro cumpla con su deber, sino que también las personas allegadas al mismo tengan en cuenta la especial misión de éste. No obstante, se podrá favorecer a quien se halla fuera de la posición jurídica especial con la posibilidad de atenuación de la pena que se prevé para los casos de la cláusula de exigibilidad⁹⁰⁹.

El sujeto tampoco puede invocar el art. 35 cuando le es exigible soportar el peligro porque él “mismo (lo) ha causado”. La regulación del estado de necesidad vigente antes de 1975 había hablado de un estado de necesidad “no provocado culpablemente”. El tenor literal modificado de la nueva ley dejaría claro según la Comisión especial que para la exclusión del estado de necesidad “basta una causación y no sólo la culpable”. Sin embargo, con ello se han creado más ambigüedades que las que se han disipado, pues la mera causación del peligro no puede ser suficiente para la denegación de la exclusión de la responsabilidad. Cuando, por ejemplo, alguien se expone al realizar un testimonio conforme a la verdad ante el Tribunal, al peligro de ser asesinado por los secuaces del sujeto al que se juzga, y debido a la correspondiente amenaza testifica falsamente desde entonces, no se le puede privar en su caso de la invocación del art. 35, pues el cumplimiento de un deber ciudadano no puede ser castigado con la privación del privilegio del estado de necesidad. Lo mismo rige incluso cuando alguien se pone en peligro mediante una denuncia, al entablar un proceso o incluso sólo por hablar sinceramente; el que se tratara

⁹⁰⁹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.915.

peor a quien cae en un estado de necesidad por ejercer derechos ciudadanos que a otros sujetos que actúan en estado de necesidad atentaría contra el principio de igualdad⁹¹⁰.

Los deberes de soportar el peligro en virtud de una posición jurídica especial o de la causación del peligro son sólo ejemplos. Lo decisivo es si al sujeto “se le podía exigir soportar el peligro”. La cláusula de exigibilidad posibilita en primer lugar realizar correcciones en el ámbito de las posiciones jurídicas especiales y de la causación del peligro: tampoco al militar, policía y bombero se le ha de exigir el sacrificio seguro de su propia vida; también el causante del peligro puede aún invocar (sobre todo en relación con las personas allegadas) en determinadas circunstancias el art. 35. La cláusula de exigibilidad posee también una función de extensión de la punibilidad, en cuanto que en determinadas circunstancias exige soportar el peligro también fuera de las posiciones jurídicas especiales y de la causación del peligro. En este contexto se ha de llamar especialmente la atención sobre dos grupos de casos: las posiciones de garante y la desproporción del daño causado⁹¹¹.

Cuando alguien ha actuado en virtud de una situación de necesidad del art. 35 I 1, pero le era exigible soportar el peligro, la pena puede ser atenuada conforme al art. 49 I. Esto solamente no rige cuando el sujeto había de soportar el peligro en atención a una posición jurídica especial. Esta diferenciación está justificada desde puntos de vista de prevención general. No obstante, a menudo se defiende la opinión de que la exclusión de una atenuación del marco penal en el supuesto de “posiciones jurídicas especiales” difícilmente se podría conciliar con el principio de culpabilidad. Estos temores resultan por regla general infundados, porque la escasa culpabilidad de quien tiene el deber de soportar el

⁹¹⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.916.

⁹¹¹ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T³ I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.920.

peligro se puede tener en cuenta en el marco penal ordinario. Los arts. 212, 213, 223 y 223 a (homicidio, caso menos grave de homicidio, lesiones y lesiones con medios o circunstancias peligrosas, respectivamente), que son los más frecuentemente aplicables, posibilitan unas penas tan bajas, que no es de esperar una magnitud excesiva de la pena. Sólo existiría una vulneración del principio de culpabilidad en el supuesto de un hecho realizado en estado de necesidad contra el Art. 211 (asesinato), porque el marco penal absoluto no permite tener en cuenta el carácter atenuado de la culpabilidad. Sin embargo, en muy escasas ocasiones sucederá que un sujeto que actúa en estado de necesidad realice el tipo del art. 211; cuando suceda, se habrá de proceder a una atenuación extralegal de la pena aplicando los principios de BGHSt 30, 105⁹¹².

4. El estado de necesidad en el Derecho civil

En Italia, el art. 2045 del Código Civil de 1942 prevé que sea el juez quien establezca, con equitativa apreciación, la medida de la indemnización. El deber del juez consiste en realizar una valoración del caso singular –irrecurrible en Casación – en atención a un mutuo equilibrio de los intereses en conflicto. Los elementos que pueden contribuir a la determinación de la indemnización son varios: la entidad del perjuicio sufrido por el dañado, la gravedad del daño evitado, el grado de amenaza y actualidad del peligro, el comportamiento mantenido en el curso de todo el suceso tanto por el dañante como por el dañador, e incluso, verificar cuáles son las condiciones económicas de cada una de las partes⁹¹³.

La doctrina civil francesa admite, generalmente, que el estado de necesidad suprime el carácter culpable del comportamiento dañoso realizado bajo el imperio de esta circunstancia extraordinaria – tanto desde la perspectiva civil

⁹¹² Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. T^o I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2^a. Edición alemana. y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión. Ed. Civitas. Madrid. 2007. p.922.

⁹¹³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 401. BRIGUGLIO, Marcello. Lo stato di necessita nel Diritto civile. Ed. CEDAM. Padova 1963. p. 155 y ss.

como la penal – pero propone el mantenimiento, en todos los casos, de una indemnización al dañado⁹¹⁴.

SAVATIER, por su parte, crea un *droit de nuire contre indemnité*, de forma que el autor del acto necesitado si bien está justificado en cuanto a la comisión del acto mismo, no lo está en cuanto al deber de indemnizar al dañado⁹¹⁵.

Para VINEY, las múltiples tesis doctrinales propuestas acerca de la naturaleza y efectos jurídicos del estado de necesidad, no son sino reveladoras de la distancia que lo separa del Derecho penal. En éste último es una causa de impunidad y en Derecho Civil, si bien impide considerar como culpable el acto objetivamente ilícito cometido bajo su imperio, no excluye toda la responsabilidad, sino que ésta es presentada como una forma autónoma de responsabilidad civil⁹¹⁶.

En el ordenamiento jurídico español, la regla tercera, párrafo 1ª del art. 118 del Código Penal preceptúa que el daño causado en estado de necesidad ha de ser resarcido por “las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado”. Si bien podría pensarse que el estado de necesidad constituye una causa de justificación del Derecho penal, se aprecia que subsiste un deber de indemnizar en el ámbito civil.

Si bien no ha de considerarse como antijurídico el acto dañoso cometido en tales circunstancias, ello no excluye toda responsabilidad, constituyendo una fuente autónoma de obligaciones⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 402. JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilité civile. ED. Dalloz. Paris. 1992.p. 73. VINEY, G. La responsabilité: Condictions, en el Traité de Droit Civil dirigido por J. Ghestin. Tª IV. 2ª. ed. nª571. Ed. LGDJ. Paris. 1995. p. 686.

⁹¹⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 402. SAVATIER, Rene. L'Etat de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle, en Études de Droit civil, à la meoire de Henri Capitant. Dalloz. Paris. S.d.p. 737. VINEY, G. La responsabilité: Condictions, en el Traité de Droit Civil dirigido por J. Ghestin. Tª IV. 2ª. ed. nª571. Ed. LGDJ. Paris. 1995. P. 686.

⁹¹⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 402. VINEY, Genevieve. La responsabilité: Condictions, en el Traité de Droit Civil dirigido por J. Ghestin. Tª IV. 2ª. ed. nª571. Ed. LGDJ. Paris. 1995. p. 686.

⁹¹⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 401.

BUSTO LAGO sostiene que existen por lo menos, dos efectos jurídicos relevantes que hacen surgir un régimen jurídico diferente para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual en los que se aprecie la causación de daños como consecuencia de comportamientos dañosos realizados en estado de necesidad: 1) el desplazamiento subjetivo de la obligación resarcitoria en los supuestos en que no coinciden el sujeto necesitado con el agente causante del daño. El Código Penal prevé que “responsables civiles” lo sean “las personas en cuyo favor se haya precavido el mal”. Estas personas o beneficiados de la actuación necesitada no tienen por qué ser, por qué coincidir - ni de hecho coincidirá, en muchos casos - con las que han actuado con el propósito preventivo, esto es, los agentes del daño. Por otra parte, la obligación de responder de la indemnización legalmente prevista grava tanto sobre quien ha cometido el hecho dañoso, cuanto sobre quien debe responder civilmente de tal evento. A partir de tales consideraciones, BUSTO LAGO entiende que el estado de necesidad es una figura típica de responsabilidad civil; 2) la determinación del *quantum* de la indemnización. Es aquí donde encontramos las mayores similitudes entre los diversos regímenes del estado de necesidad propugnados en los ordenamientos de nuestro entorno cultural, en particular entre las soluciones propugnadas por la doctrina y jurisprudencia francesa, la normativa del Código Civil italiano y la regla tercera del art. 118 del Código Penal español. En esta última se establece que la cuantía de la indemnización se fijará en proporción al perjuicio que se les haya evitado a las personas en cuyo favor se haya precavido el mal mediante las acciones ejecutadas en estado de necesidad y no en exacta equivalencia o proporción con el daño efectivamente ocasionado. En estos casos no rige, por lo tanto, el principio del resarcimiento integral del daño⁹¹⁸.

⁹¹⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 403. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Universidad de Deusto. Bilbao. 1988. p. 624.

La situación de necesidad hace surgir un conflicto directo entre los intereses del dañado y los del dañante: la salvación de los de este último – o los de un tercero – podía ser de hecho alcanzada sólo frente a un sacrificio dañado –menor, en todo caso, al que derivaría de una no actuación y, en consecuencia, una situación dañosa para el actual dañante⁹¹⁹.

Al dañado, en el sistema español, no le vendrá asegurada una completa reparación a través del mecanismo resarcitorio. Algunos autores hablan de una “compensación”, negando incluso, el carácter de obligación surgida en concepto de responsabilidad civil misma. Al respecto, YZQUIERDO TOLSADA señala que “La cantidad a que se refiere el art. 20 del Código Penal – actual 118.3- no se debe el concepto de responsabilidad civil, sino de compensación ante un perjuicio que, aunque justamente ocasionado, hay que compensar de alguna forma”⁹²⁰. En idéntico sentido se manifiestan DIEZ- PICAZO y GUILLON: “la actuación en estado de necesidad excluye la antijuridicidad. Crea sin embargo, un derecho del perjudicado contra el beneficiario. Ahora bien, este derecho no constituye un caso de responsabilidad civil, puesto que falta el requisito de que el comportamiento dañoso sea antijurídico. Tampoco es en puridad un genuino deber de indemnización. En rigor se trata de restablecer un equilibrio patrimonial roto”⁹²¹.

Resta establecer la naturaleza o razón de ser de la obligación indemnizatoria previstas en el art. 118, regla tercera del Código Penal. BUSTO LAGO agrupa tres posiciones: En la primera de ella, están quienes entienden que esta obligación indemnizatoria es un expediente legal para evitar el enriquecimiento sin causa. En ese sentido LALOU admite el estado de necesidad como causa de irresponsabilidad civil y pone el ejemplo de la madre que para salvar a su hijo

⁹¹⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 404.

⁹²⁰ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 404. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Vol. I. Ed. Reus S.A. Madrid. 1997. p. 138.

⁹²¹ BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 404.

de que se ahogue corta un arbusto situado en un margen del río. Sería poco equitativo, señala el autor, que la madre no estuviera obligada al reembolso de los daños por ella causado, de modo que decir que la madre es irresponsable no equivale a afirmar que se sitúa al abrigo de cualquier posibilidad de ser obligada a una indemnización. El ribereño podría, por tanto, promover una acción *in rem verso* contra el hijo o su madre. En un sentido análogo, MAYAUX, para quien en caso de estado de necesidad es posible reclamar una indemnización sobre un fundamento cuasi-contractual, como lo es el enriquecimiento sin causa y será debida por quien se ha aprovechado o beneficiado por el hecho dañoso⁹²².

La tesis del enriquecimiento injusto como medida del resarcimiento del daño causado es defendida en la doctrina española también por DIEZ-PICAZO, LETE, ROGEL y DE ANGEL. Así DIEZ PICAZO, al examinar la relación existente entre el enriquecimiento sin causa y el Derecho de daños encuentra “un punto en el que la proximidad parece notoria” en los casos en los que “la responsabilidad por daños resulta extinguida por haber actuado el agente en virtud de causa de justificación consistente en el estado de necesidad”. En este caso, según el autor citado, y atento lo señalado por el Código Penal español, el daño ocasionado por el supuesto típico, pero no antijurídico, se resarce. Y no se resarce en la medida del daño, sino del enriquecimiento⁹²³.

Una segunda posición, sostenida entre otros por PANTALEON, ha visto en aquellos casos en los que el dañador es un tercero que actuó altruistamente en defensa de bienes jurídicos ajenos la concurrencia de todos los requisitos exigidos para apreciar la presencia de una gestión de negocios, de forma que el agente –socorredor- podría solicitar el anticipo o reembolso de la suma pagada a la persona titular de los bienes salvados. Por su parte, PASQUIAU LIAÑO

⁹²² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 410.

⁹²³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 410.

sostiene que la “ingerencia útil” se constituye en el núcleo o condición básica de la existencia de la misma, siendo la “urgencia y la necesidad” de ella una de las circunstancias determinantes para su apreciación, lo que conlleva una apreciación en los supuestos fácticos de ambas instituciones. En la gestión de negocios ajenos la ingerencia viene justificada en virtud del móvil interno que guía la actuación del gestor. Frente a ella, las ingerencias dañosas llevadas a cabo en una situación de estado de necesidad más que en el *animus* del agente, encuentran su justificación en las circunstancias de hecho – externas- excepcionales en las que se verifica la acción y, fundamentalmente porque el acto dañoso es conforme a Derecho en tanto en cuanto se lesionan derechos ajenos pero se salvan otros que el ordenamiento jurídico estima preponderantes, de manera que en el estado de necesidad “el deber de indemnizar no presupone ni la capacidad delictual, ni la de celebrar negocios jurídicos”⁹²⁴ .

Una tercera posición, sostenida por BUSTO LAGO, entiende que la indemnización debida por la persona a quien se le haya evitado el mal – en forma de daño o perjuicio- a través de la actuación llevada a cabo en estado de necesidad, constituye una obligación derivada de la ley (art. 1090 Código Civil español), o que “nace de la ley “ (art. 1089 del Código Civil) y ello por cuanto la obligación indemnizatoria prevista en la regla tercera del art. 118 del Código Penal de 1995 no encuentra su génesis en ninguno de los hechos de los que pueden proceder las obligaciones a las que hace referencia el art. 1089 del Código Civil, pues no nace ni de un contrato, ni de un cuasi contrato, ni tampoco se trata de un “acto u omisión ilícita”, al igual que las indemnizaciones

⁹²⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 412. ENNECERUS, Ludwig. Derecho Civil. Parte General. Traducción y notas de Derecho español de la 13ª edición alemana revisada por H.C. Nipperdey, por B. Pérez González y J. Alguer .TªI. vol. II.Ed. Bosch. Barcelona. 1950. p. 558.

de daños y perjuicios previstas en todos los supuestos de daños no antijurídicos que generan obligación de indemnizar⁹²⁵.

Algún sector de la doctrina ha puesto en duda la capacidad de la categoría de la antijuridicidad para aportar elementos exhaustivos en cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Derecho privado, esgrimiendo que, a diferencia del Derecho penal, el sistema de responsabilidad civil no se dirige a la valoración de comportamientos violatorios de determinadas normas de conducta, sino que tal valoración se centra en la verificación de la existencia de un daño y la posibilidad de acudir a criterios que trasladen los costos de un sujeto a otro⁹²⁶.

Sin embargo, también en el Derecho civil la conducta necesitada, opera como presupuesto de la justificación de un comportamiento dañoso, abriendo las puertas a la utilización de instrumentos de cuantificación de los daños peculiares tanto por su especificidad como por su elasticidad⁹²⁷.

Siguiendo a BUSTO LAGO, se puede resumir el tratamiento dado al estado de necesidad en este ámbito, en las legislaciones comparadas, del siguiente modo: a) ordenamientos que regulan la institución en sus normas jurídico civiles; b) ordenamientos que regulan el estado de necesidad en su legislación penal, pero la ignoran en la civil; c) ordenamientos que contemplan el estado de necesidad tanto en su legislación penal como en la civil. Parece ser esta última, la tendencia de los Códigos modernos⁹²⁸.

En esa línea de ideas, algunas legislaciones reconocen plena y entera responsabilidad del autor de un daño causado en estado de necesidad (como es el caso de la República Soviética Federativa de Rusia, del 01.08.1964), en

⁹²⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 413. ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones. Vol. I. . 8ª. edición .Ed. Bosch. Barcelona. 1989. p. 292.

⁹²⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 384.

⁹²⁷ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 385.

⁹²⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 385.

tanto otras lo reconocen por razones de equidad (como es el caso de Italia, Suiza, Grecia, Austria y Portugal). En el caso particular de Francia, el legislador penal no ha hecho sino positivizar en el texto legal los criterios y requisitos jurisprudencialmente exigidos en relación con la institución del estado de necesidad, siendo generalmente descartada la extensión de esa exención de responsabilidad del autor de un daño al ámbito civil. Por otra parte, raramente se invoca a título autónomo esta institución, presentándose enmascarada tras la intervención de la “causa extraña”⁹²⁹.

En España, el daño causado en el bien jurídico que conforme al Derecho vigente haya de resultar sacrificado en la colisión, es un daño justo, ya que el art. 20. 5ª del Código Civil español en relación con la regla tercera del art. 118 del Código Penal español, aplicados analógicamente a supuestos de responsabilidad civil extracontractual, excluye el requisito de la injusticia⁹³⁰.

Es necesario un elemento mitigador en la disciplina del complejo supuesto de hecho; tal elemento ha sido introducido en la norma reguladora del estado de necesidad mediante el recurso al “beneficio” obtenido por la actuación en estado de necesidad, remitiendo al “prudente arbitrio de los Tribunales” – en clara alusión a la equidad – la fijación de las cuotas proporcionales al mentado “beneficio”. Han sido razones de justicia distributiva y no de justicia conmutativa las que han llevado al legislador a conceder al dañado esta indemnización, en la repartición de las consecuencias no injustas derivadas de una situación no querida, postulando únicamente el fin de un equilibrio restablecido. Falta la violación de una obligación, porque la presencia de la norma autorizante la ha excluido precedentemente, y en los cuales, en consecuencia, el daño se presenta como justo, la culpa es el único criterio idóneo para referir la obligación indemnizatoria por el daño causado a su autor. Sin

⁹²⁹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 387.

⁹³⁰ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 389.

embargo, en el Derecho español esto sólo tiene lugar cuando quien ha realizado el acto necesitado coincide con el beneficiado por el mismo. El sujeto en peligro es consciente que el evento en cuya verificación confía su propia salvación. En el sentido del art. 20 5ª del Código Penal español, el hecho necesario debe ser la única alternativa al peligro acechante y es necesaria la voluntad de realizarlo. El hecho necesitado es, por tanto, manifiestamente intencional⁹³¹.

Un problema particular se presenta en el ordenamiento jurídico español cuando no coincide el beneficiado por la actuación del estado de necesidad y el autor material del hecho necesario, pues ya no se puede acudir a la culpa como factor atributivo de la obligación indemnizatoria al beneficiado por tal actuación. En tal caso la responsabilidad recae, no sobre quien actúa en estado de necesidad, sino sobre la persona en cuyo favor se ha evitado la producción del mal⁹³².

Los tratadistas modernos fundamentan la obligación de responder civilmente en las hipótesis de hecho necesario en beneficio de un tercero, en la institución del enriquecimiento sin causa o conforme al parecer de otros autores, en la obligación cuasi contractual derivada de la gestión de negocios ajenos⁹³³.

FERRER SAMA , desde el prisma de que el conflicto se produzca entre bienes de desigual o igual valor, afirma: 1) cuando se ha salvado un bien jurídico de mayor valor que el que se lesionó, puede el titular de éste último reclamar la consiguiente reparación e indemnización, ejercitando la acción derivada del art. 20 Código Penal (actual art. 118 del Código Penal de 1995), mientras si éste no hubiese establecido la regla que se analiza, difícilmente podría encontrar apoyo legal a su pretensión en tal sentido, remarcando que en la legislación civil española no se encuentra precepto alguno en que se haya recogido el principio del enriquecimiento sin causa en el que habría de sostenerse toda acción que se

⁹³¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 389. MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto civile e commerciale. Vol. V. nª 169, 7. Giuffrè Editore. Milano. 1972. p. 545.

⁹³² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 390. CORDOBA RODA, Juan y RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Ed. Ariel. Barcelona. 1972. p. 969.

⁹³³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 390.

intentase fuera del precepto del art. 20 del Código Penal español, lo que si *a fortiori* es cierto nada obstaría al resarcimiento en base al ejercicio de la correspondiente acción de enriquecimiento injusto, ya de antiguo consagrada por la jurisprudencia de la Sala 1º del Tribunal del TS, por más que se le atribuya el carácter de subsidiaria.; 2) en los casos de estado de necesidad en los que el interés salvado sea igual al que se sacrificó, como la regla segunda del art. 20 del Código Penal español simplifica notablemente el procedimiento de obtener el resarcimiento del daño, toda vez que, planteada la cuestión en el terreno puramente civil, habría que dirigirse contra el autor del acto dañoso para exigirle el cumplimiento de la obligación en que incurrió al realizar el mismo de forma culposa, amparando la correspondiente acción en el art. 1902 del Código Civil español; pero como el ejecutor del daño podría reclamar a la persona beneficiada por su conducta el abono de lo por él entregado en concepto de reparación o resarcimiento, alegando la existencia de cuasicontrato de gestión de negocios, siempre es más sencilla, concluye la regla del Código Penal que carga directamente sobre el que obtuvo el beneficio con el acto ejecutado en estado de necesidad la obligación indemnizatoria, en proporción del beneficio que le hubiere reportado. Regla plausible, señala BUSTO LAGO, tanto por favorecer el restablecimiento del equilibrio patrimonial (fin primordial de la responsabilidad civil y de la institución del enriquecimiento sin causa) como por razones de economía procesal⁹³⁴ .

Tales consideraciones, permiten afirmar al autor citado que el hecho dañoso realizado en estado de necesidad es productor de una responsabilidad subjetiva fundada en la culpa que presenta connotaciones singulares en relación a la finalidad equitativa que persigue y que le confiere una particular fisonomía, tanto frente a la responsabilidad por hecho ilícito como frente a al

⁹³⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 391.

responsabilidad contractual. De allí que se erige en fuente autónoma de las obligaciones, distinta de las que proceden del hecho ilícito o del contrato⁹³⁵.

5. La cuestión del traslado de la figura del estado de necesidad de un ámbito jurídico a otro

La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; y no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo hayan ayudado o inducido⁹³⁶.

Es opinión generalizada en la doctrina que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico: es indiferente que la realización de una acción típica esté autorizada por el Derecho civil, por el Derecho administrativo o por el Derecho penal. El que detiene a un sospechoso bajo las condiciones que establecen las leyes procesales lo priva de su libertad, o sea, realiza una acción típica (art. 163, Cód. penal español), pero la misma no es antijurídica si se mantiene dentro de la autorización que le acuerdan aquéllas⁹³⁷. Lo mismo ocurre con el derecho de retención del Derecho civil (arts. 1730, 1780 del Cód. civil español; art. 3939 del Cód. civil argentino).

Sin embargo, se pone en duda el postulado de la unidad del orden jurídico y de ello se deduce que es posible admitir una antijuridicidad específicamente penal con la contrapartida de una justificación específicamente penal (es decir, que no tiene efectos justificantes en otras ramas del Derecho).

El postulado de la unidad del orden jurídico conducía a la unificación de los efectos de las causas de justificación en todo el orden jurídico: así, el autor que obra en un estado de necesidad justificante no debería responder civilmente por

⁹³⁵ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 391.

⁹³⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 352.

⁹³⁷ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 352.

el daño sufrido por el titular del bien sacrificado, dado que su acción no sólo estaría justificada en el derecho penal, sino también en el civil.

Este punto de vista fue dominante hasta hace unos años⁹³⁸.

Todo sistema normativo debe contar con propiedades estructurales: completitud, independencia y coherencia⁹³⁹.

Así entendido, pareciera ser que bien pueden ser aplicables a las normas de la responsabilidad civil aquellas que proceden del Derecho penal o administrativo.

En la actualidad, por el contrario, se tiende a sostener que no toda causa de justificación puede ser trasladada sin más de un ámbito jurídico a otro.

En este sentido, la cuestión requerirá de la aclaración de algunos criterios sobre cuya base ha de decidirse la extensión de las causas de justificación no penales al ámbito del Derecho penal, y viceversa.

El Derecho español vigente tiene dos disposiciones que se relacionan con esta problemática: el art. 20, inc. 7⁹⁴⁰ y el art. 118 del Cód Penal, que rezan de la siguiente forma: *art. 20: "Están exentos de responsabilidad criminal:...7) El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo."*

De esta norma parece desprenderse que toda autorización del orden jurídico, que surja de un deber de actuar, o una autorización general prevista para el "oficio o cargo del autor", tiene efecto justificante en el Derecho penal. Sin embargo, el art. 118 señala: *1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: En los casos de los números 1 y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho,*

⁹³⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 36.

⁹³⁹ Ver ALCHOURRON, Carlos E. BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. 5ª. Reimpresión. Ed. Astrea. Bs.As. 2006, p. 100.

⁹⁴⁰ Artículo 20 (Cód. Penal español). *"Están exentos de responsabilidad criminal: ...7. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"*.

siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos. Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2. En el caso del número 5 serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales. En el caso del número 6., responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho. 2. En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho”.

Esta norma regula la extensión al Derecho civil de los fundamentos que eximen de responsabilidad por exclusión de la antijuridicidad.

Ambas disposiciones deben ser respetadas de acuerdo con los principios que deben regir esta materia y de acuerdo con exigencias practicadas.

En primer lugar, cabría dudar de que cualquier autorización de actuar deba conducir en todo caso a una autorización para realizar un tipo penal.

En segundo lugar, el art. 118 no debería ser entendido con total generalidad, de modo tal que, por ejemplo el estado de necesidad (art. 20, inc. 5, Código Penal) careciera en todo caso de efectos justificantes.

En este sentido se debe distinguir, dentro del estado de necesidad justificante, (aquel en el que el bien sacrificado es esencialmente menor que el que se salva) dos situaciones: el art. 118 del Cód. Penal español, no será aplicable en los casos de estado de necesidad defensivo (casos en los que la necesidad proviene del

peligro que generan los bienes ajenos sobre los defendidos), pues en tales supuestos el efecto justificante debe extenderse a todo el ordenamiento, en particular al Derecho civil, dado que en estas situaciones nadie está obligado por un especial deber a soportar los daños que provienen de una organización defectuosa ajena.

Por lo tanto el art. 118 sólo excluirá el efecto justificante en el ámbito del Derecho civil en los casos de estado de necesidad agresivo (casos en los que se salva un bien jurídico esencialmente superior a costa de bienes que no generaron el peligro de daño), que, consecuentemente, sólo tendrán el carácter de una causa de justificación exclusivamente penal.

Dicho en otras palabras, el art. 118 se refiere al estado de necesidad agresivo y al que excluye la responsabilidad por atenuación de la ilicitud (exclusión de la responsabilidad por el hecho o de la exigibilidad)⁹⁴¹.

De gran interés es la tesis desarrollada por GÜNTER, señala BACIGALUPO, que distingue entre causas de justificación específicamente penales (por ejemplo: el derecho a la libertad de expresión e información del art. 20 de la Constitución española en relación a los delitos de injurias), que excluyen la antijuridicidad específicamente penal, pues reducen el contenido de ilicitud por debajo del mínimo que exige el principio constitucional de proporcionalidad para legitimar una sanción penal: dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta típica tenga un alto grado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria en el Derecho administrativo o civil.

La consecuencia práctica sería: una conducta penalmente justificada, que sin embargo no lo está en el ámbito civil, en el cual el deber de indemnizar el daño causado seguiría subsistente. Frente a las causales específicamente penales se debe distinguir según el autor citado, las que tienen un carácter general porque

⁹⁴¹ Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 357

extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad)⁹⁴².

Otro sector de la doctrina distingue entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención.

Las primeras sólo justifican la realización de la acción, pero no imponen al afectado por la autorización de la acción el deber de tolerar una lesión en sus bienes jurídicos (por ejemplo, X tiene decidido publicar una imputación que afecta el derecho a la intimidad y el honor de "Y"; este le sustrae los documentos para salvaguardar su honor; esta última acción no estará cubierta por una legítima defensa, pero sí por un estado de necesidad , dado que el art. 20 de la Constitución española sólo otorga una autorización de acción, pero no un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos).

A continuación, se transcriben algunas conclusiones del Tribunal Superior de España con relación a la cuestión de la intimidad y el honor: *"En aplicación del art. 7.7 LO 1/1982 de 5 May. (protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), se ha de tener en cuenta el elemento objetivo de la expresión que pueda difamar o desmerecer en la consideración ajena, pero también se ha de ponderar la finalidad, tal como resulta de una correcta interpretación del art. 8.1 LO 1/1982, y el carácter veraz o razonablemente objetivo de la información dentro de su contexto, pues toda información que pueda tener un resultado difamatorio no incurre en ilicitud cuando corresponde al ejercicio de derechos, sobre una base de hecho veraz, y, en este sentido, en el caso consta la situación conflictiva y a la actuación administrativa que justifican, en el sentido de eliminar la antijuridicidad, la aislada manifestación de un Alcalde, que no trató de desacreditar a un profesional, sino que perseguía, con base razonable y por cauces jurídicos, que se estimaran las pretensiones de sanción originadas por decisión de la Corporación municipal y remitidas para su*

⁹⁴² Ver BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Ed. 1ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. Bs.As., 2007. p. 358

conocimiento a las autoridades competentes, causa del interés periodístico sobre el tema y curso de la cual cada interesado mantuvo sus posiciones.⁹⁴³.

“El recurrente, a la sazón Director General de Tráfico, con motivo de unas incidencias en el servicio, redactó y mandó divulgar una llamada nota informativa que se fijó en el tablón de anuncios de las Jefaturas, donde se hacía una enumeración de los cargos que, según su criterio, eran atribuibles al demandante, que actuaba como examinador para obtener los permisos de conducir, conducta que aparece como contraria a Derecho por afectar a la esfera personal y pública del recurrido, prescindiendo de si la difusión de la nota se hizo intencionadamente para desprestigiar a aquéllo si fue provocada por él mismo, ya que en todo caso la extensa divulgación que la nota alcanzó tiñe la antijuridicidad una actuación no justificada ni autorizada por el ordenamiento jurídico; de ahí que sea inaplicable el art.8.1 LO 1/1982 de 5 May. (protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), que sólo se refiere a actos de la autoridad ”de acuerdo con la ley⁹⁴⁴”.

“Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y desacato, el TC ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha matizado la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el ejercicio de este tipo de delitos. Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión del derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de las libertades se ha

⁹⁴³ TS español 1.ª S 26 Nov. 1987 y 11 Ene. 1988). (TS 1.ª S 1 Jun. 1989.-Ponente: Sr. Carretero Pérez) LA LEY, 1989-3, 706 (12001-R).

⁹⁴⁴ (TS español 1.ª S 30 Mar. 1988.-Ponente: Sr. Carretero Pérez) LA LEY, 1988-2, 504).

llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la CE y, más aún, si su finalidad tiende a un mejor funcionamiento de los poderes públicos y a evitar irregularidades o disfunciones cuyo conocimiento pueda impedir conductos lesivos para la sociedad”⁹⁴⁵.

“La jurisprudencia constitucional viene afirmando que las libertades del art 20 CE no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor; y así, esta situación de valor superior al de la libertad de expresión obliga a considerar, en el enjuiciamiento penal de conductas en el ejercicio de esa libertad, si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan como causa excluyente de la antijuridicidad”⁹⁴⁶.

“El enjuiciamiento de los conflictos suscitados entre la libertad de expresión o de información del art. 20 CE y otros derechos fundamentales exige que, junto a la intención dolosa, se valoren y ponderen todas las circunstancias coexistentes al objeto de determinar si el ejercicio legítimo de un derecho fundamental ha podido actuar como causa excluyente del animus, y en consecuencia de la antijuridicidad atribuida al hecho enjuiciado, y ello por el reconocimiento de la libertad de expresión en función de valor superior a la hora de analizar las conductas penales. De ahí que se atribuya a la libertad de expresión una dimensión objetiva que, con fuerza expansiva, excede de lo puramente personal, en aras de garantizar una opinión libre, sin trabas que la coarten o cercenen injustificadamente”⁹⁴⁷.

“La veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuridicidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad. En relación con ello, la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información

⁹⁴⁵ TC español 1. ^ª S 136/1994 de 9 May.-Ponente: Sr. García-Mon y González-Regueral.) Archivo 1994, 13200.

⁹⁴⁶ TC español 2. ^ª S 121/1989 de 3 Jul.-Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer) LA LEY, 1989-4, 96 (1287-TC).

⁹⁴⁷ TC español 2. ^ª S 51/1989 de 22 Feb., LA LEY, 1989-3, 135 y TC 1. ^ª S 20/1990 de 15 Feb., LA LEY, 1990-2, 59).(TS 2. ^ª S 17 Nov. 1995.-Ponente: Sr. De Vega Ruiz) LA LEY, 1996, 261.

sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas⁹⁴⁸.

“El derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, que consagra el art. 23.1 CE, pasa por una adecuada información, crítica y formación de opinión sobre las condiciones y circunstancias de aquellas personas que públicamente se ofrecen para representarlos y ser elegidos a tal fin; por lo que, tanto en el terreno de la información como en el de la creación de una opinión pública de participación política, ha de entenderse que las libertades del art. 20 CE están dotadas de una relevancia y eficacia que trasciende de lo que es común y propio de los otros derechos fundamentales, incluido el derecho al honor; y en consecuencia, ya en el terreno del Derecho penal, ha de tomarse en cuenta el valor legitimador de las conductas que representa el ejercicio de un interés preponderante, ejercicio que excluiría la antijuridicidad de todos aquellos actos tendentes a promover la formación de una opinión pública libre, favoreciendo la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos”⁹⁴⁹.

“Respecto a la presunción de inocencia, una cosa es el hecho negativo y otra distinta los hechos impeditivos, pues no es lo mismo la negación de los hechos, que debe probar la acusación, que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega (Cfr. TS S 4 Feb. 1994), ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el onus probandi de aquello que

⁹⁴⁸ TC español 2.ª S 171/1990 de 12 Nov.-Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer) LA LEY, 1991-1, 42 (1568-TC).

⁹⁴⁹ TC español 1.ª S 107/1988 de 8 Jun., LA LEY, 1988-3, 107 y TS SS 2 Ene. y 6 Abr. 1992).(TS 2.ª S 26 Nov. 1993.-Ponente: Sr. Conde Pumpido Ferreiro) LA LEY, 1994-1, 630.

pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado, que es carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos”⁹⁵⁰.

“La presunción de inocencia versa sobre los hechos, por lo que, en principio, no debe extenderse su influencia más allá de los elementos objetivos del delito, quedando fuera de su órbita los elementos subjetivos, que por constituir juicios de valor, y no hechos stricto sensu, no son en realidad susceptibles de verdadera actividad probatoria y están, por otra parte, sometidos a la censura casacional; no obstante, la doctrina jurisprudencial ha venido distinguiendo entre los elementos subjetivos, que sólo determinan la culpabilidad, y los que se anticipan al momento de la antijuridicidad hasta decidir la existencia misma del injusto típico, en cuyo caso el principio de presunción de inocencia exige, para que ésta quede desvirtuada, la prueba del ánimo específico de que se trate, si bien dicha prueba, por estar referida a un hecho de conciencia, ha de recaer sobre los datos objetivos que lo revelan o exteriorizan, a los que ha de trasladarse, consiguientemente, la necesidad de actividad probatoria que conlleva, según la constante doctrina de la jurisprudencia, la garantía constitucional⁹⁵¹.

Por el contrario las autorizaciones de intervención imponen al afectado el deber de soportar en sus bienes jurídicos las consecuencias de la acción justificada (no cabe legítima defensa contra quien se defiende legítimamente).

En Alemania, originariamente el StBG no formuló la idea de la ponderación de intereses con carácter general. Pero ocurre que los casos de estado de necesidad del Derecho civil sólo se refieren a la lesión de bienes materiales, mientras que la legítima defensa, únicamente al caso específico de la agresión antijurídica.

⁹⁵⁰ TS 2. ^ª S 9 Feb. 1995.-Ponente: Sr. Conde Pumpido Ferreiro) LA LEY, 1995-1, 556.

⁹⁵¹ TS español 2. ^ª S 19 Abr. 1988.-Ponente: Sr. Jiménez Villarejo. LA LEY, 1988-3, 637 (10498-R).

Desde el momento en que, por primera vez, a fin de preservar un interés de valor superior, fue necesario lesionar bienes que no eran de carácter material, hubo de resultar ineludible rellenar las lagunas restantes.

Esto se produjo, tras considerables trabajos previos de la doctrina, a fines de los años 20 del siglo pasado, en primer lugar, en casos de interrupciones de embarazo médicamente indicadas: con el reconocimiento de una causa de justificación general “supralegal” de la ponderación de bienes y deberes en dos sentencias fundamentales del Reichsgericht.

En ocasión de la reforma del derecho penal en 1975, este estado de necesidad justificante –que entretanto se hallaba en vigor como derecho consuetudinario– fue regulado en su forma actual (art. 34), aunque no en todas sus variantes. Los casos de colisión de bienes y los de colisión de deberes en parte siguen reglas diferentes y el precepto legal sólo se refiere a los primeros⁹⁵².

El alcance sistemático del art. 34 es dudoso, y en parte está sumamente discutido. Eso ocurre, en primer lugar, en lo que se refiere a su relación con otras causas de justificación basadas en el principio de ponderación de bienes, como por ejemplo, las del estado de necesidad del Derecho civil.

Al respecto, queda fuera de duda que todas ellas deben ser interpretadas de tal modo que no se generen contradicciones valorativas.

Si una determinada situación de conflicto es resuelta por una regulación específica (como son justamente los arts. 228 y 904 del BGB – Cód. Civil alemán), ello significa una concreción vinculante de las fórmulas generales del art. 34.

En consecuencia, esta disposición no debe ser utilizada para burlar las regulaciones específicas, por ejemplo, dada una ingerencia en la propiedad ajena por estado de necesidad, afirmar, en contra del art. 904 del BGB, que

⁹⁵² Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 244

basta con que el interés protegido sea “esencialmente “ mayor, en lugar de exigir un peligro “desproporcionadamente” mayor.

En otras palabras, el art. 34 sólo es aplicable a “conflictos no tipificados legalmente”.

Por otra parte, también el art. 34 contiene ciertas concreciones que pueden repercutir en la interpretación de las causas de justificación específicas⁹⁵³.

De lo expuesto, se colige que tanto en el Derecho español, como en el alemán, existen normas referidas al estado de necesidad, y que, tanto en uno como en otro ordenamiento, se expresan normas generales y otras específicas para el supuesto de estado de necesidad.

En el Derecho civil italiano, el art. 2045 señala que cuando quien ha cometido el hecho dañoso se encontró constreñido por la necesidad de salvarse a sí mismo o a otros de los peligros actuales de un grave daño a la persona (art. 1447) y el peligro no ha sido causado por él voluntariamente ni era evitable (Cód. Penal, art. 54), al damnificado le es debida una indemnización, la cual se mide y fija por la justa apreciación judicial⁹⁵⁴.

En el derecho colombiano, no existe una norma que consagre la obligación de indemnizar cuando el hecho es producido en un estado de necesidad.

TAMAYO JARAMILLO⁹⁵⁵, refiriéndose a la posibilidad de indemnizar el daño causado en estado de necesidad, señala que la responsabilidad civil aquiliana no puede comprometerse cuando ha habido un estado de necesidad, ya que el hecho se justifica, es decir, es lícito.

En nuestro derecho positivo argentino, es el Código Penal el que se ocupa del estado de necesidad: el art. 34, inc. 3 estableciendo que no es punible: “*El que*

⁹⁵³ Ver STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª. Ed. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. 2000. p. 244.

⁹⁵⁴ Art. 2045(Código Civil Italiano) . *Stato di necessità . Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (1447), e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato ne era altrimenti evitabile (Cod. Pen. 54), al danneggiato è dovuta un’indennità, la cui misura e rimessa all’equo apprezzamento del giudice (att. 194).*

⁹⁵⁵ Ver TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tª I y II. Ed. Legis. Bogotá. 2007.

causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño". El Código Civil guarda completo silencio⁹⁵⁶.

Se ha dicho en ese sentido que se debe sostener firmemente el concepto de la unidad de la antijuridicidad en el campo del derecho, sin distinción de sus ramas. Un hecho es o no es antijurídico en sí mismo, sin que pueda serlo para una rama jurídica y no serlo para otra. Esto, sin perjuicio de que siendo antijurídico el hecho, produzca efectos en una de ellas y en otras no⁹⁵⁷. Tampoco en nuestra legislación existe precepto alguno que conceda expresamente un "derecho" de necesidad, ni que imponga, al que sufre la intromisión, la "obligación" de tolerarla o consentirla.

Nuestro Código, señala ORGAZ⁹⁵⁸, presenta un evidente vacío, que no puede ser llenado con los recursos de analogía y de los principios generales del derecho (art. 16). La analogía podría invocar los casos que el Código contempla de indemnizaciones correspondientes a actos lícitos: arts. 2553,2627, 2650,3077, etc, en que procede la indemnización plena.

Pero estas disposiciones no pueden extenderse a otros casos, aunque se estimen análogos, porque revisten carácter excepcional y son, por tanto, de aplicación estricta.

El principio general es que las acciones lícitas –sean de ejercicio de un derecho, art. 1071, sean de ejercicio de facultades permitidas o no prohibidas (art. 19, CN)- no generan responsabilidad por las consecuencias que derivan de ellas, salvo disposición expresa en contrario (excepción).

Tampoco cabe recurrir a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, tanto si el estado de necesidad es causa de justificación cuanto si se estima que es solamente de inculpabilidad: en uno y en otro supuesto, esos

⁹⁵⁶ Ver ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Tº 2006. "Estado de Necesidad" pgs. 1378-1389. La Ley 148-1104, 1972. p. 1378. Ed. La Ley. Bs.As. 2006

⁹⁵⁷ Ver NIETO BLANC, Ernesto y BOUZAT, Luis Francisco. Estudios de Derecho Civil. Serie IV. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Estudios de Derecho Civil. Bs.As. 1991. p. 40.

⁹⁵⁸ Ver ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Tº 2006. "Estado de Necesidad" pgs. 1378-1389. La Ley 148-1104, 1972. p. 1385. Ed. La Ley. Bs.As. 2006

principios generales conducen necesariamente, en ausencia de precepto expreso, a la conclusión de que no procede ninguna reparación: si el acto necesario es lícito, ella no corresponde (art. 1066); si es ilícito, pero inculpable, tampoco (art. 1067).

En vano, señala ORGAZ, podría invocarse el enriquecimiento sin causa, porque este principio, lo mismo que en el Código francés, “no está consagrado en parte alguna del Código”, a diferencia de lo que ocurre en otros Códigos extranjeros (alemán, art. 819; suizo de las obligaciones, art. 652; peruano, art. 1149).

Por lo demás, la idea de “enriquecimiento” tiene un sentido patrimonial y sólo es útil en los conflictos a propósito de cosas, ya que resultaría inaplicable con relación a bienes personales (ejemplifica señalando cuál sería el enriquecimiento que obtiene una persona que salva su vida a costa de la lesión corporal de un tercero o de un ataque a su libertad).

Menos satisfactorios entiende ORGAZ, son los fundamentos de la gestión de negocios, ya que aceptarlo es admitir una deformación completa de la gestión de negocio: “no puede haber gestor a pesar suyo”. Ni tampoco la expropiación privada, por cuanto nuestro Derecho no conoce tal figura⁹⁵⁹.

Más allá de los argumentos esgrimidos, lo cierto es que no existen normas en nuestro Derecho positivo referidas al estado de necesidad como causal de justificación, que no sea la plasmada en el art. 34, inc. 3. del Cód. Penal.

5.1. Daño legítimo provocado en estado de necesidad

Así como el daño ilegítimo o antijurídico proviene de la violación a lo establecido por una norma, mediando además dolo o culpa, se entiende por daño legítimo aquella acción dañosa que se adapta a los parámetros permitidos por el Derecho, lo que le quita el componente de antijuridicidad. La consecuencia jurídica de esta distinción radica en que todo daño ilegítimo

⁹⁵⁹ Ver ORGAZ, Alfredo. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. T^o 2006. “Estado de Necesidad” pgs. 1378-1389. La Ley 148-1104, 1972. p. 1386. Ed. La Ley. Bs.As. 2006

genera la obligación de resarcir, en tanto en el caso del daño justificado entre particulares la obligación, como principio general, no existe, siendo la excepción la reparación del daño justificado⁹⁶⁰.

La irresarcibilidad ha sido sostenida, ante todo, por autores que reconocen la licitud del acto necesitado, ya que entonces la exención resulta ser una mera consecuencia: si quien actúa en estado de necesidad obra lícitamente, no puede ser obligado a reparar el perjuicio inferido, por cuanto su conducta se ajustó a lo que el derecho le permitía hacer⁹⁶¹.

Algunos autores que creen lícito el acto necesitado, en la medida de la proporcionalidad, tienen en este punto, señala LA ORDEN MIRACLE, una interesante posición: COVIELLO llega a la conclusión de que no se responde de los daños causados cuando el acto necesitado fue lícito, es decir, cuando se produjo un mal menor que el evitado. Pero sí se responde cuando se trate de bienes iguales o se sacrifique un bien mayor. DEMOGUE exige una indemnización por tratarse de una expropiación privada; RUTSAERT creyendo peligrosa esta clase de expropiación y considerando exigido por la equidad el resarcimiento, acude a la idea del enriquecimiento sin causa⁹⁶².

Para el autor español citado, la situación entre dañador y dañado, después del acto necesitado, es un enriquecimiento sin causa. Señala que el dañador ha logrado una ventaja real, positiva o negativa, en cuanto a que ha evitado el peligro que sobre sus derechos se cernía. Señala, inclusive, que no es preciso que haya aumento patrimonial, sino que basta con una no disminución: "*Non quia locupletior sed quia non pauperior*". La consecuencia de este enriquecimiento debe ser una acción real de persecución de la ventaja lograda por el injusto dañador, con tal que concurren los siguientes requisitos: enriquecimiento,

⁹⁶⁰ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 449-450..

⁹⁶¹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 941.

⁹⁶² Ver LAORDEN MIRACLE, Ernesto. El estado de necesidad en el Derecho Privado. Ed. Jimenez. Murcia. 1933.p. 99.

ausencia de justa causa, daño a un tercero. Para ello, ve aplicable la acción de *in rem verso* (sobre lo invertido en la cosa), semejante a las que derivan de la gestión de negocios⁹⁶³.

Otros, pese a sostener la idea de la ilicitud del acto necesitado, consideran que la “necesidad” que impulsa a cometerlo obra a la manera de una fuerza mayor que lo excusa: “ciertamente que ninguno tiene derecho a perjudicar a otro para evitar el daño que a sí mismo o a sus cosas amenaza; pero la necesidad concluye en este supuesto por transformar el sentimiento egoísta de la propia conservación de la persona y de las cosas, sin preocuparse del ajeno derecho”⁹⁶⁴.

La opinión de que el acto necesitado es un verdadero caso fortuito contra el que no cabe más protección que el seguro, la ha enunciado VIDAL⁹⁶⁵.

Para quienes han considerado la teoría de la extrajuridicidad del acto necesitado, como es el caso de SCATURRO, mantienen la postura de la irresarcibilidad⁹⁶⁶.

El sector de la doctrina que sostiene la ilicitud del acto necesitado, afirma que nada es más justo que quien sacrifica el bien de otro para salvar el propio, esté a su vez obligado a resarcir el daño injusto inferido⁹⁶⁷.

Por su parte, en el Derecho local y en la actualidad, señalan ZAVALA DE GONZALEZ⁹⁶⁸ y KEMELMAJER DE CARLUCCI⁹⁶⁹, que el daño necesario es actualmente irresarcible en nuestro Derecho civil argentino, salvo que mediare un enriquecimiento a favor del beneficiario dañado. La jurista mendocina agrega que “...no se está en presencia de un hecho involuntario que permita

⁹⁶³ Ver LAORDEN MIRACLE, Ernesto. El estado de necesidad en el Derecho Privado. Ed. Jimenez. Murcia. 1933.p. 100-101.

⁹⁶⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs. As. 2004. p. 941.

⁹⁶⁵ Ver LAORDEN MIRACLE, Ernesto. El estado de necesidad en el Derecho Privado. Ed. Jimenez. Murcia. 1933.p. 97.

⁹⁶⁶ Ver LAORDEN MIRACLE, Ernesto. El estado de necesidad en el Derecho Privado. Ed. Jimenez. Murcia. 1933.p. 95 y ss.

⁹⁶⁷ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tº I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004. p. 941.

⁹⁶⁸ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Responsabilidad por el daño necesario. Ed. Astrea. Bs.As. 1985. 219.

⁹⁶⁹ Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Código Civil y leyes complementarias. , dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por Eduardo Zannoni. Tº 5. Ed. Astrea. Bs.As. 1984. p.11.

aplicar el art. 907 del Cód. Civil...”, dado que en estos supuestos hay un conflicto de intereses legítimos, frente al cual el que causa el daño opta racionalmente⁹⁷⁰.

El sistema de responsabilidad civil implementado por el art. 1109 del Código Civil argentino que encuentra similar estructura en el art. 1902 del Código Civil español, se encuentra complementado con la protección otorgada a ciertos intereses, cuyo sacrificio, a pesar de no ser antijurídico por ser conforme a Derecho, se estima por éste que no es justo que recaiga exclusivamente sobre la esfera jurídico-patrimonial del titular del interés sacrificado. De allí que la ley prevé la obligación de indemnizar pese a no nacer de un acto ilícito, no encontrándose en consecuencia sujeto al régimen de responsabilidad civil por actos dañosos antijurídicos⁹⁷¹.

En el sistema alemán, por ejemplo, se distingue la responsabilidad por actividad lícita (*tort*) de la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por inmisiones (o invasiones) ilícitas (*erlaubte Eingriffe*), incluyendo en este último grupo no sólo los supuestos de actos ilícitos dañosos, sino también casos de responsabilidad objetiva, en los que puede reconocerse la persistencia de antijuridicidad.

Este tipo de daños guarda relación con actos lícitos provenientes del Estado, por lo que no son privativos del ámbito jurídico privado.

MAIORCA contempla estos supuestos dentro de lo que denomina anomalías del sistema civilístico del ilícito. No obstante, no son daños contrarios a Derecho, sino que su eventual realización se considera conforme a Derecho, lo que no resulta óbice para que, en aras de la justicia material se prevea una indemnización a favor del titular que ve reducido o mermado su haber patrimonial. Se trata de actos humanos productores de daños en los que no

⁹⁷⁰ Ver SAUX, Edgardo I. La equidad como factor objetivo de atribución, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Director: Atilio A. Alterini. Año X.Nº VIII. Bs. As. Julio de 2008. p. 60.

⁹⁷¹ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 165. DEVOTO, L. La concezione analitica dell' illecito, en Riv. Dir. Civ. 1965-I. p. 502. nota nº 9.

concorre el presupuesto de la antijuridicidad. Son por lo tanto, hechos ilícitos dañosos⁹⁷².

El daño entendido en sentido jurídico no se agota en la esfera del daño antijurídico o injusto, que genera a cargo del agente la obligación de resarcir y que se cualifica por ser causado mediante la trasgresión de un vínculo jurídico. Este es sólo una especie de aquél. Los hechos lícitos dañosos se cualifican por generar a cargo del agente una obligación diversa de la resarcitoria. Se trata de supuestos expresamente contemplados en la ley, esto es, casos en que la ley permite dañar. En estos casos, el ordenamiento pretende el prevalecimiento de ciertos intereses, pero se encarga de establecer una compensación al interés sacrificado. De forma tal que, se autoriza el daño, pero se le pone precio⁹⁷³.

De este modo, la disciplina jurídica de estos supuestos es extraña al sistema de la responsabilidad civil por actos ilícitos, como lo prueba el hecho de que sólo serán indemnizables los daños expresamente previstos en la norma que los contempla, fundado en lo que BETTI ha dado en llamar “exigencias sociales de cooperación”⁹⁷⁴.

Una acción humana inculpable puede, a título de riesgo, generar derecho a resarcimiento. En diversas hipótesis de actos lícitos o permitidos por el derecho, se obliga sin embargo a los agentes a indemnizar los perjuicios que de ellos se pueden derivar a terceros, pese a no evidenciarse una falta que les sea imputable a ellos⁹⁷⁵.

En el ordenamiento jurídico argentino, a título de ejemplo, ello puede observarse en algunos supuestos, como ser:

⁹⁷² Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 166. CAVANILLAS MUGICA, Santiago. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Ed. Aranzadi S.A. Pamplona. 1987 p. 147.

⁹⁷³ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 166. CAVANILLAS MUGICA, Santiago. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Ed. Aranzadi S.A. Pamplona. 1987. p. 147.

⁹⁷⁴ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 166. BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Traducción y notas de Derecho español por J.L. de los Mozos.. Revista de Derecho Privado. Ed. EDERSA.Madrid. 1970. t. II. p. 117.

⁹⁷⁵ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004, p. 395.

a) En locaciones urbanas, el art.1519, establece que: *“si el locador se dispusiese a hacer las reparaciones que son de su cargo, y ellas interrumpiesen el uso o goce estipulado, en todo o en parte, o fuesen muy incómodas al locatario, podrá éste exigir, según las circunstancias, o la cesación del arrendamiento, o una baja proporcional al tiempo que duren las reparaciones. Si el locador no conviniere en la cesación del pago del precio, o en la baja de él, podrá el locatario devolver la cosa, quedando disuelto el contrato”*.

El art. 1520 señala a su vez que *“el locatario tendrá los mismos derechos del artículo anterior, cuando el locador fuese obligado a tolerar trabajo del propietario vecino, en las paredes divisorias, o hacer éstas de nuevo, inutilizando por algún tiempo parte de la cosa arrendada”*.

Supuestos similares a los trazados, se desprenden del número 3 del art. 22 de la ley española 29/1994.

b) En el caso de servidumbres legales, el art. 3082, manda que toda heredad esté sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo o a favor de un pueblo que las necesite para sus habitantes, o a favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una *“justa indemnización”*.

El art. 3085 señala que el dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague un precio por el uso del terreno que fuera ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada costado y de un diez por ciento sobre el valor del terreno. En igual sentido legisla el art. 3088, si el que tiene un acueducto en heredad ajena quisiera aumentar el volumen de agua.

El art. 3097 dispone que los propietarios de fundos inferiores están sujetos a recibir no sólo las aguas naturales sino también las artificiales que corran de los terrenos superiores, sin perjuicio de la indemnización debida a los predios inferiores, *“tendiendo en consideración los beneficios que pueda obtener de esas aguas”*.

El art. 3100 permite a todo propietario que quiera desaguar su terreno de aguas que lo perjudique, o para evitar inundaciones o para extraer piedras, arcillas o minerales puede conducir sus aguas por canales entre las propiedades que separan su fundo, previa una “justa indemnización”. Algo similar ocurre en el supuesto de los arts. 564,569 y 577 del Código Civil español.

c) en el supuesto del daño causado por el riesgo de la cosa, del art. 1113 del Código Civil;

En el supuesto de estado de necesidad, el ordenamiento jurídico argentino nada dice al respecto. Sí lo hace el ordenamiento jurídico español. Como ya se adelantara, al dañado en estado de necesidad (art. 20.5 del Código Penal), y por disposición expresa de la ley (art. 118, regla 3 del Código Penal), le es debida una indemnización , que no es sino el reconocimiento positivo de la máxima: “la necesidad no conoce la ley”⁹⁷⁶.

En el Proyecto inicial del Código civil portugués de 1966 (art. 490 de la primera revisión), existía una referencia explícita a estos casos en los que la obligación de indemnizar nace de la comisión de actos lícitos, pero dañosos. El precepto fue suprimido por innecesario. La doctrina estima admitida su existencia en forma implícita por la forma amplia en que se define el ámbito de la obligación de indemnizar (art. 562 del CC de 1966⁹⁷⁷), categoría autónoma de obligación importada de los modelos alemán y griego por el legislador portugués de 1966⁹⁷⁸.

De lo expuesto precedentemente, se deduce que cuando el legislador ha querido compensar el perjuicio derivado del acto lícito, lo ha contemplado expresamente.

⁹⁷⁶ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 171.

⁹⁷⁷ARTIGO 562º. (Princípio geral).*Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.*

⁹⁷⁸ Ver BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. p. 172. MATOS ANTUNES VARELA, João de .Das obligaciones en geral. .Vol. I. Ed. Almedina. Coimbra .1991.p. 874 y ss.

Pese a ello, cuando en el estado de necesidad el exceso resulta de la causación de un perjuicio que no es el menor entre los posibles y aptos para evitar un mal mayor.

El ejemplo que puede darse de este exceso, sería el del policía experto en bombas que no pudiendo desactivar un artefacto explosivo, tiene ante sí tres posibilidades de hacerlo estallar: dejar que estalle en el lugar donde fue encontrada, pero como se trata de un local comercial donde podría morir mucha gente, elimina esta opción. Otro lugar es un baldío ubicado a media cuadra donde nadie saldría herido. Un tercer sitio de explosión controlada sería un garage de automóviles, donde decide explotarla, destrozando una decena de autos. En este caso, el exceso es evidente, por cuanto tenía a disposición un baldío como sitio de explosión, donde el daño no hubiera existido.

Las principales consecuencias del exceso en esta causal son la imposición de una pena atenuada o disminuida en el ámbito penal y el incremento de la indemnización de equidad a concederse, en la órbita civil⁹⁷⁹.

Conclusiones parciales

Se comprueba que el estado de necesidad constituye una causa de justificación que se rige por el principio del interés preponderante, requeridos en el ámbito del Derecho penal, el que es perfectamente aplicable en la parcela de la responsabilidad civil extracontractual.

Queda plausiblemente corroborado que el estado de necesidad defensivo y agresivo encuentran consagración legislativa en algunos ordenamientos jurídicos civiles positivos, mas no en el ordenamiento jurídico argentino. El primero se justifica por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro. El segundo responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos.

⁹⁷⁹ Ver TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. T^o I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004, p. 946.

Queda plausiblemente contrastado que algunas legislaciones contemplan el estado de necesidad disculpante (excluye la culpabilidad) y el estado de necesidad justificante (excluye la antijuridicidad). Su criterio de distinción consiste en la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica. En el estado de necesidad disculpante el hecho merece desaprobación jurídico penal, debiendo analizarse luego la atenuación del desvalor de lo ilícito. En el estado de necesidad justificante el hecho no merece desaprobación jurídico penal, por lo que el análisis posterior de la conducta se torna intrascendente. El ordenamiento jurídico argentino no contempla tales diferencias.

Queda contrastado que algunas legislaciones contemplan en sus ordenamientos jurídicos que el estado de necesidad agresivo constituye una causa de justificación estrictamente penal, pero queda excluido su efecto justificante en el ámbito civil. En consecuencia, queda plausiblemente corroborado que esos ordenamientos jurídicos positivos contemplan expresamente el derecho a indemnizar el daño derivado del estado de necesidad agresivo, pues pretenden el prevalecimiento de ciertos intereses, pero se encargan de establecer una compensación al interés sacrificado. Son casos en que la ley crea una obligación distinta de la resarcitoria. En el ámbito del ordenamiento jurídico argentino, no se contempla la obligación de reparar el daño causado en estado de necesidad.

Queda plausiblemente contrastado que, en virtud de la figura de estado de necesidad contemplado en el ordenamiento jurídico penal argentino, los daños ocasionados en estas circunstancias están, también, civilmente justificados, y por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, no surge la obligación resarcitoria a cargo del agresor en estado de necesidad. Se encuentra contrastado que debe dejarse a salvo el derecho del tercero extraño totalmente ajeno al suceso a ser resarcido, por parte del agresor, del causante del estado de necesidad (si existiere) y/o por el titular de los bienes afectados en

la generación de la situación de peligro, debiendo juzgarse en estos casos conforme con las reglas generales de la responsabilidad.

Se corrobora que el fundamento de equidad para conceder una compensación económica en caso de daños causados en estado de necesidad, queda reservada al supuesto de hechos involuntarios que lo generasen, conforme con lo dispuesto en el art. 907 del Código Civil argentino. Asimismo queda plausiblemente contrastado que el fundamento del enriquecimiento sin causa sólo queda reservado para aquellos supuestos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico civil argentino, y sólo en la medida del enriquecimiento, cuando existiere. Se comprueba que lo expuesto en la Conclusión 5. y lo que se expone en la presente, guardan fundamento en el principio de legalidad expresado de modo genérico en el art. 19 de la Constitución Nacional argentina.

CONCLUSIONES FINALES

De lo analizado e interpretado en los cinco capítulos de la exposición, se corrobora la hipótesis en razón de las siguientes conclusiones finales:

Se han comprobado analogías entre : a) el tipo del delito penal y el del delito civil, ya que el tipo consiste, en ambos casos, en la descripción de la conducta contraria a la prohibición o mandato y a la verificación de que tal infracción no se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico; b) entre la antijuridicidad penal y la civil, pues en ambos casos la sanción es un efecto y no un elemento estructural del ilícito; c) entre los delitos culposos del Derecho penal y los cuasidelitos del sistema de responsabilidad civil extracontractual, por cuanto el autor, en ambos casos, infringe un deber de cuidado; d) los delitos penales no comprendidos entre los “especiales”, ni los que agravan la pena por una relación interpersonal, en todos los tipos de los delitos civiles del ordenamiento jurídico argentino y en los ilícitos que contrarían el principio genérico de “no dañar” (llamados “cuasidelitos” en el ordenamiento jurídico civil argentino), pues la prohibición jurídica va dirigida a cualquier persona indeterminada, asumiendo el autor, en esos casos, una posición de garante de no dañar bienes jurídicos ajenos. Por lo tanto, es plausible la aplicación de las normas del Derecho penal al régimen de responsabilidad civil extracontractual en cada una de las parcelas sometidas a analogía.

Habiéndose comprobado que el orden jurídico de un Estado es uno solo, adoptando cada rama del Derecho regulaciones diferentes en sus consecuencias jurídicas, es plausible la aplicación de las normas de una parcela del Derecho a otra, sin perjuicio de los efectos jurídicos que se produzcan en cada una de ellas, ya que lo que es lícito para un sector, no puede ser ilícito para otro.

Habiéndose contrastado que una conducta es antijurídica cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico y que la antijuridicidad del daño está constituida por la lesión a un interés jurídicamente protegido o protegible,

queda plausiblemente corroborado que el autor del daño debe responder por el causado a tales intereses, salvo la existencia de causas de justificación, o bien, cuando la ley lo disponga específicamente, a título excepcional (siendo esto último ajeno al sistema de responsabilidad civil, compensando económicamente al afectado por el empobrecimiento que éste hubiera experimentado).

Encontrándose corroborado que las causas de justificación contempladas en un sector del ordenamiento jurídico excluyen cualquier consecuencia jurídica en todo su ámbito, queda plausiblemente comprobado que si una conducta dañosa se encuentra justificada, es por lo tanto conforme a Derecho y en consecuencia, el resultado lesivo de derechos o intereses legítimos no debe ser indemnizado.

Encontrándose corroborado que los requisitos de la legítima defensa del Derecho penal son perfectamente aplicables al régimen de la responsabilidad civil extracontractual cuando la agresión afecta derechos o intereses legítimos protegidos o protegibles, es plausible la aplicación de las normas que regulan al instituto en el ordenamiento jurídico penal al régimen de responsabilidad civil extracontractual. Se encuentra contrastado que deben quedar a salvo los derechos de los terceros extraños totalmente ajenos al suceso y los supuestos de exceso en la legítima defensa, en los que se encuentra plausiblemente comprobado que deben aplicarse las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual.

Encontrándose corroborado que el principio rector del interés preponderante que rige el estado de necesidad en el Derecho penal es perfectamente aplicable al régimen de responsabilidad civil extracontractual, es plausible la aplicación de las normas del estado de necesidad de un sector del Derecho argentino, en el otro. Sin embargo, encontrándose comprobado que algunas legislaciones contemplan en sus respectivos ordenamientos jurídicos el estado de necesidad agresivo y defensivo, por un lado; el disculpante y el justificante, por el otro, queda plausiblemente contrastado que esa distinción no se encuentra contemplada en el plexo normativo jurídico nacional. Por lo tanto, en éste

último ordenamiento se encuentra contemplado el estado de necesidad en función de la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica.

Encontrándose contrastado que el ordenamiento positivo argentino el estado de necesidad constituye una causa de justificación, es plausible que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual no surge la obligación resarcitoria a cargo del agresor en estado de necesidad. Es plausible que debe dejarse a salvo el derecho del tercero extraño totalmente ajeno al suceso a ser resarcido, por parte del agresor, del causante del estado de necesidad (si existiere) y/o por el titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro, habiendo quedado comprobado que estos casos deben juzgarse conforme con las reglas generales de la responsabilidad.

Habiendo quedado comprobado que el ordenamiento jurídico argentino contempla la equidad y el enriquecimiento sin causa, y que parte de la doctrina ha fundado en tales institutos el derecho de la víctima en estado de necesidad a ser resarcido, es plausible que tales figuras son de aplicación sólo en el caso en que el estado de necesidad procediere de un hecho involuntario o cuando el enriquecimiento sin causa se encontrara expresamente contemplado en la normativa vigente, y en la medida del enriquecimiento. Por lo tanto, la compensación económica debida al afectado por el empobrecimiento que éste hubiera experimentado, sólo es plausible cuando la ley lo previera expresamente.

Se ha comprobado que un sector de la doctrina parte del razonamiento de que todo daño es injusto y merece un resarcimiento, entendiendo la sinonimia entre daño y antijuridicidad. Asimismo ha quedado plausiblemente contrastado que tales presupuestos son diferentes de la reparación. Por lo tanto, las causas de justificación contempladas en el Derecho penal argentino en general, legítima defensa y el estado de necesidad, en particular, eximen de la obligación de reparar en todos los casos, en el ámbito de la responsabilidad civil

extracontractual, salvo que la norma establezca específicamente un supuesto de compensación económica, ajena al régimen de responsabilidad civil extracontractual. Ello, con fundamento en el principio de legalidad instituido por la Constitución de la Nación Argentina.

BIBLIOGRAFIA

- ACUÑA ANZORENA, Arturo. Estudios sobre la responsabilidad civil. En “El Estado de Necesidad en el Derecho Civil”. Ed. Platense. La Plata. 1963.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. T^a II, vol. 2. 9^a Edición. Ed. Bosch. Barcelona . 1994.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones. Vol. I. 8^a. edición .Ed. Bosch. Barcelona. 1989.
- ALCHOURRON, Carlos E. BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. 5^a. Reimpresión. Ed. Astrea. Bs.As.2006.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. Rumbos actuales del Derecho de Daños, en “Revista de Responsabilidad civil y seguros”. Atilio Aníbal Alterini. Director Año X.n^a X. Ed. La Ley. Bs.As. Octubre de 2008.
- ALVAREZ DE MIRANDA y TORRES, Fernando. Comentario del art. 1902 del CC, en Quintus Mucius Scaevola. “Código Civil Comentado y Concordado” T^o. XXXI (arts. 1902 a 1929). 2^a.edición. Ed. Reus.Madrid.1974.
- ANTON ONECA, José. Derecho Penal. 2^a. Ed. Anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y I. Beneytez Merino. Ed. Akal/iure. Madrid. 1986.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General, .Parte general 2^a. Ed. 1^a. Reimpresión.Ed. Hammurabi. Bs.As .2007.
- BACIGALUPO, Enrique. Tipo y Error. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs.As. 1973.
- BARRAGAN MATAMOROS, Luis. La Legítima defensa actual. Ed. Bosch. Barcelona. 1987.
- BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Traducción y notas de Derecho español por J.L. de los Mozos.Revista de Derecho Privado. T^o II. Ed. EDERSA.Madrid. 1970.

BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tº II. Ed. Astrea. Bs.As. 1973.

BORAGINA, Gabriel. Breves consideraciones en torno a la antijuridicidad en la responsabilidad. “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1997.

BRIGUGLIO, Marcello. Lo stato di necessita nel Diritto civile. Ed. CEDAM. Padova 1963.

BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Primera Parte. Ed. Barroca. Bs.As. 1991.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1997.

BUSTO LAGO, José M. El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. 1998.

CARRASCO PERRERA, Angel. Comentario del art. 1102 del CC, en la obra dirigida por ALBALADEJO “Comentarios al CC y Compilaciones forales”, Tª XV-1. Ed. EDERSA. Madrid. 1989..

CAVANILLAS MUGICA, Santiago. La transformación. de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Ed. Aranzadi S.A. Pamplona. 1987.

COBAS, Manuel O. A propósito de la lesión subjetiva. Ed. La Ley, 15.09.05.

CORDOBA RODA, J. Comentarios al Código Penal. Tª I. (arts. 1-22). Ed. Ariel. Barcelona. 1976.

CORDOBA RODA, Juan y RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Ed. Ariel. Barcelona. 1972.

COVIELLO, Nicolás . Manuale di Diritto Civile italiano. Parte Generale. Edizione Scientifiche Ytaliane. Napoli. 1992. (edición facsímil de la 3ª. edición italiana) Milano. 1924. p. 484.nª 153.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Universidad de Deusto. Bilbao. 1988.

DE CUPIS, Adriano. Teoría e pratica del Diritto Civile. 2.ª edición. Ed. Giuffré. Milano. 1967.

DEJEAN DE LA BÁTIE, Noël. Responsabilité délictuelle, en “Droit Civil Français”, de AUBRAY & RAU. 8ª edición dirigida por A. PONSARD e I. FADLALLAH. Ed. Librairies Techniques. Paris. 1989.

DELGADO ECHEVERRIA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L. Derecho de Obligaciones. Parte General de Derecho Civil. Vol. I. Ed. Bosch. Barcelona. 1995.

DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid. 1983.

DONNA, Edgardo Alberto. El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal. Ed. Astrea. Bs.As. 1985.

ENNECERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Parte General. (traducción y notas de Derecho español de la 13ª edic. alemana, revisada por H.C. Nipperdey por B. PEREZ GONZALEZ y J. ALGUER), Tª I., Vol. II. Ed. Bosch. Barcelona. 1950.

FERRERES COMELLA, Víctor. El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional), Cívitas. Madrid. 2002.

FORNASARI, Gabriela. I principi del Diritto penale tedesco. CEDAM. Padova, 1993.

FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil moderno. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1990.

GALLI, Enrique V. Culpa Civil y Culpa Penal en la Jurisprudencia Civil, en Félix Trigo Represas. Director: “Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales”, Tº II. Ed. La Ley. 2007.

GOLDENBERG, Isidoro Hernán. La unicidad de lo ilícito. Su problemática, en Revista de responsabilidad Civil y Seguros. Tª 1999. Ed. La Ley, Bs.As. 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de Derecho. Traducc. De Genaro R. Carrió. 2ª edición (Reimpresión). Ed. Abeledo Perrot. Bs.As. 2004.

HASSEMER, Winfried. LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Ed. Tecnos. Madrid, 1997.

HUERTA TOLCIDO, Susana. Sobre el contenido de la antijuridicidad. Ed. Tecnos.Madrid. 1984.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis.Tratado de Derecho penal. Parte General. Tº V. 3ª. ed .Ed. Losada. Bs.As. 1965/1976.

JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilité civile. ED. Dalloz. Paris. 1992.

KIPER, Claudio. Director. Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derechos Reales. Tª I- arts. 2311 a 2610. Rubinzal-Culzoni Editores.. Santa Fé. 2004. P. 388-389

LACRUZ BERDEJO, José L. Parte General del derecho Civil. El derecho subjetivo. ED. Bosch. Barcelona. 1990.

LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General.(Traducción de José María Navas) . Vol. I. Ed. EDERSA. Madrid. 1956.

LA ORDEN MIRACLE, Ernesto. El Estado de Necesidad en el derecho moderno. Ed. Jiménez. Murcia.1933.

LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad Civil. Traducc. de Javier Tamayo Jaramillo Ed. Legis. Bogotá.2004.

LE TOURNEAU, Philippe – CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité , Ed. Dalloz, París, 1998.

LOPEZ LOPEZ, Angel .M. Derecho Civil. Parte General. Ed. Tirant Lo Blanc. Valencia. 1992.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. – PASARIN, Carolina A.-El territorio de la antijuridicidad en “Provincia de la responsabilidad civil”.(Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil>).

LÓPEZ MESA, Marcelo J. (Director), en coautoría con Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, José D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros. Tratado de la

responsabilidad médica, Coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, 2007.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado, en “Suplemento especial de Responsabilidad Civil”, año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008.

LÓPEZ MESA, Marcelo J (con la colaboración de Carolina A. Pasarin). Grandes fábulas y mitos jurídicos argentinos – 2ª. parte- (El mito de la antijuridicidad suprimida). Inédito.

LÓPEZ MESA, Marcelo, Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas. Civil y Penal, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

LÓPEZ OLACIREGUI, J.M. Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Tº II. Bs.As., agosto de 1978.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Ed. Ministerio de Justicia e interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones Tº XLVII. Fascículo III. SEPTIEMBRE-DICIEMBRE Madrid. 1994.

LUZÓN PEÑA, Diego M. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ed. Bosch. Barcelona. 1978.

MARIN PEREZ, Pascual. Comentario al art. 1102 CC en el Código Civil de Quintus Mucius Scaevola. Tº XIX. Ed. Reus. S.A. Madrid. 1957.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Teoría de la antijuridicidad. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 2003.

MATOS ANTUNES VARELA, João de .Das obligaciones en geral. .Vol. I. Ed. Almedina. Coimbra .1991.

MAZEAUD, Henri et León - TUNC, André. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle. Tº I y II. 5ª. edición refundida. Ed. Montchristien. París. 1957 y 1958.

MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto civile e commerciale. Vol. V. n° 169, 7. Giuffrè Editore. Milano. 1972.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General (Traducción de la 2ª. ed. Alemana y notas de Derecho español por J.A. RODRIGUEZ MUÑOZ) Ed. EDERSA. Madrid. 1935.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª. edición. Ed. PPU S.A., Barcelona. 1990.

MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2ª. Ed. Casa Editorial S.A. Barcelona. 1982.

MORELLO, Augusto. Responsabilidad Contractual. Ed. Lexis Nexis. Bs.As. 2004.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños. Tº I. Ed. Ediar. Bs.As. 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal. Parte general, 2ª edición, Revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.

NIETO BLANC, Ernesto y BOUZAT, Luis Francisco. Estudios de Derecho Civil. Serie IV. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Estudios de Derecho Civil. Bs.As. 1991.

NINO, Carlos S. Fundamentos de Derecho Penal. Editor: Gustavo Mauriño. Ed. Gedisa. Bs.As., febrero de 2008.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas, en “La Responsabilidad”. Ed. Abeledo Perrot. Bs.As. 1995.

ORGAZ, Alfredo. Las causas de Justificación en Revista Jurídica Argentina La Ley, Responsabilidad Civil, Doctrinas Esenciales. Parte General. Director Trigo Represas, Félix A. Tomo II. Ed. La Ley. Bs.As. 2007.

ORGAZ, Alfredo. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Tª 2006. Estado de Necesidad, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Ed. La Ley 148-1104, 1972. Ed. La Ley. Bs.As. 2006.

PANTALEON PRIETO, Fernando “Comentario del art.1902. del CC”, en Comentario del Cód. Civil. Tº II. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991.

PEREDA JULIAN. Covarrubias penalista. Ed. Bosch. Barcelona, 1959.

PENA LÓPEZ, José María. Prólogo de José M. BUSTO LAGO_“El daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”, de. Ed. Tecnos. Madrid. 1998.

PENA LOPEZ, José M. Prólogo a Fernando Peña López “La culpabilidad en la Responsabilidad Civil Extracontractual”. Ed. Comares S.L.Granada. 2002..

PEÑA LÓPEZ, Fernando. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Comares. Granada 2002.

PICADO, Leandro S. Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derechos Reales. Tª I, arts. 2311 a 2610. Claudio Kiper. Director. Rubinzal Culzoni, Editores. Santa Fé. 2004.

PIROVANO, Antoine. Faute civile et faule pénale, Ed. LGDJ. París. 1996.

PIZARRO, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. Tª I. Ed. La ley. Bs.As. 2006.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Las personas civilmente responsables, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – CAVANILLAS MÚGICA, Santiago – DE LA LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, Emilio,“La responsabilidad civil ex delicto”.Ed. Aranzadi. Navarra.2002.

RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tª V. Obligaciones (2ª. Parte). Ed. La Ley. Bs.As. 1965.

ROCA, Encarna. Derecho de Daños. Textos y materiales. 3ª. ed. Ed. Tirant. Valencia. 2000.

RODIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General. Ed. Civitas. Madrid. 1978.

ROGEL VIDE, Carlos La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial. 1ª. edición.Ed. Civitas. Madrid. 1977.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tª I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito. Trad. de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas. Madrid. Reimpresión.2007.

ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho Penal. . Traducción de Muñoz Conde. Ed. Bosch. Barcelona. 1972.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La Justificación en el Derecho penal. Algunos problemas actuales. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Ed. Ad-Hoc. Bs.As., abril de 2001.

SAUX, Edgardo I. La equidad como factor objetivo de atribución, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Director: Atilio A. Alterini. Año X.Nº VIII. Bs. As.Julio de 2008.

SAVATIER, Rene. L'Etat de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle, en "Études de Droit civil, à la memoire de Henri Capitant". Dalloz. Paris. S.d.

SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tª IV. 2ª.Edición actualizada en Arturo ACUÑA ANZORENA "Textos de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia". Ed. TEA. Bs.As.1958.

SANCINETTI, Marcelo A. Teoría del Delito y Desvalor de Acción (Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al desvalor de acción). 2ª. Reimpresión. Ed. Hammurabi. José Luis Depalma. Editor. Bs.As. 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales.Ed. Tecnos. Madrid. 1991.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Homenaje a Claus Roxin).José María Bosch.Editor. Barcelona. 1997.

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General .El Hecho Punible. 4ª. Ed.Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2000.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tª I y II. Ed. Legis. Bogotá. 2007.

TRIGO REPRESAS, Félix A. Los Presupuestos de la responsabilidad civil, en Revista de responsabilidad civil y seguros.. Año VI. Nª X. Ed. La Ley. Bs.As. Noviembre de 2004.

TRIGO REPRESAS, Félix A y LOPEZ MESA, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tª I. Ed. La Ley. Bs.As. 2004.

VECILLA DE LAS HERAS, Luis. La Iglesia y la pena capital. Comentarios aun artículo del P. Messineo sobre la pena de muerte. En “Revista de Estudios penitenciarios”. Madrid. 1964.

VENCHIARUTTI, Angelo. La legittima difesa, en la obra colectiva dirigida por P. CENDOM. “La responsabilitá civile. Saggio critici e rassegne di giurisprudenza.” Ed. Giuffré. Milano. 1988.

VICENTE DOMINGO, Elena. Comentario de la STS de 8 de febrero de 1994. en CCJC, nº 35. Abril/Agosto de 1994.

VINEY, Génevieve. La responsabilité: Condictions, en el Traité de Droit Civil dirigido por J. Ghestin. Tª IV. 2ª. ed. nº571. Ed. LGDJ. Paris. 1995.

WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducc. de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As. 1956.

WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. Trad. Cerezo Mir. Ed. Ariel. Barcelona. 1964.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Vol. I. Ed. Reus S.A. Madrid. 1997.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As.2005.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Bs.As., 2000.

ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Ed., Astrea Bs.As. 1982.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Responsabilidad por el daño necesario. Ed.
Astrea. Bs.As. 1985.

OTRAS FUENTES DE INFORMACION

Cámara Nacional Civil, Sala C, 03/04/86, "CYBUCH, ONOFRE C/ SIRAGUSA VIRSI. EUGENIO", LL 1986-C-20.

Cámara Nacional Civil, Sala F, 21.04.81, "VIDAL, ROBERTO M. C/ MAGLIETTA, FRANCISCO", ED, 94-434.

Cámara Civil y Comercial Trelew, Sala B, 9/11/00, "ASINPAT SRL V. MUNICIPALIDAD DE TRELEW", en AbeledoPerrot online. 7, Sum. B4736).

Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala "A", en autos "BARTELS, Mariela Patricia c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Ordinario" (Expte. Nº 22.813 - 2008).

Cámara 1ª. Civil y Comercial Córdoba, 14.05.92, "LEDEZMA LUNA COM SRL C/ RAMOS HNOS SA" LLC, 1993- 737.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24.08.00, "SCHEFFER, ANA T. C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO.", La Ley, 2001-A-449 y DJ, 2001-2-229

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 27.11.84, "CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL PARA PROCURADORES C/ LUBOKOR S.R.L. Y OTROS", J.A. 1985-IV-451, La Ley 1986-A-648 y AyS, 1984-II-356; idem, "MOSCHINI, ALBERTO F. C/ALBAYDA S.A., Juba. SCBA, 12/11/91, "G., T. S/ HOMICIDIO CULPOSO", AyS 1991-IV-174; idem, 29/9/98, "Z., C. D. S/ HOMICIDIO CULPOSO", DJBA 155-407; idem, 14/3/01, "V., R. D. S/ LESIONES CULPOSAS", Juba sum. B61033; idem, 7/9/99, "T., G. V. S/ LESIONES CULPOSAS", Juba sum. B66195.

Tribunal Constitucional español 2.ª S 51/1989 de 22 Feb., LA LEY, 1989-3, 135.

Tribunal Constitucional español 1.ª S 107/1988 de 8 Jun., LA LEY, 1988-3, 107.

Tribunal Constitucional español 2.ª S 121/1989 de 3 Jul.-Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer) LA LEY, 1989-4, 96 (1287-TC).

Tribunal Constitucional español C 1.^a S 20/1990 de 15 Feb., LA LEY, 1990-2, 59).(TS 2.^a S 17 Nov. 1995.-Ponente: Sr. De Vega Ruiz) LA LEY, 1996, 261.

Tribunal Constitucional español 2. ^a S 171/1990 de 12 Nov.-Ponente: Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer) LA LEY, 1991-1, 42 (1568-TC).

Tribunal Constitucional español 1. ^a S 136/1994 de 9 May.-Ponente: Sr. García-Mon y González-Regueral.) Archivo 1994, 13200.

Tribunal Superior español 1.^a S 30 Mar. 1988.-Ponente: Sr. Carretero Pérez) LA LEY, 1988-2, 504).

Tribunal Superior español 2. ^a S 19 Abr. 1988.-Ponente: Sr. Jiménez Villarejo. LA LEY, 1988-3, 637 (10498-R).

Tribunal Superior español 1. ^a SS 26 Nov. 1987 y 11 Ene. 1988). (TS 1. ^a S 1 Jun. 1989.-Ponente: Sr. Carretero Pérez) LA LEY, 1989-3, 706 (12001-R).

Tribunal Superior español SS 2 Ene. y 6 Abr. 1992).(TS 2.^a S 26 Nov. 1993.-Ponente: Sr. Conde Pumpido Ferreiro) LA LEY, 1994-1, 630.