

LEGÍTIMA DEFENSA: ¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS?

DR. PEDRO J. MONTANO

1. Introducción

Leyendo un artículo de Jesús María SILVA SÁNCHEZ me llamó la atención que expresara que sobre la fundamentación de la legítima defensa queda mucho por decir¹. En realidad es muy grande la cantidad de lo que se ha escrito sobre el punto y parecería estar todo dicho². Sin embargo, tiene razón si vamos a los fundamentos últimos, porque parecería que la finalidad defensiva justifica que el Derecho penal permita la acción dañosa. Pero, en tal caso, estaríamos yendo en contra de un principio basilar de nuestra civilización: el fin no justifica los medios³. ¿Cómo puede ser entonces, que el Derecho justifique matar en defensa propia? En efecto, el hecho de matar es siempre algo negativo, y cae en la categoría de “Mal Absoluto”⁴. La muerte de un ser humano siempre es un mal intrínsecamente considerado. Esto proviene de los primeros principios prácticos captados por el hábito intelectual llamado *sindéresis*.

Además, existe otro argumento: tres son los principios que nos vienen de la jurisprudencia romana: *neminem laedere, ius suum quique tribuere y honeste vivere*⁵. Primero, entonces, no dañar.

El verdadero principio ético es: “se debe procurar y hacer el bien y evitar el mal” (*bonum faciendum, malum vitandum*). O la regla de oro de la ética: “trata a los demás como quisieras que te traten a ti mismo”.

Cómo puede entonces, el Derecho justificar lo moralmente injustificable?

2. Consecuencialismo y proporcionalismo

De entender que la justificación proviene de una buena intención o según las circunstancias -salvar la propia vida- caemos en consecuencialismo (perspectiva teleológica) o en proporcionalismo. Según ellos, un acto puede ser considerado bueno si el fin buscado es bueno, y también, puede serlo si el fin buscado supone un mal menor. Sin embargo, para calificar la bondad de un acto se requiere que esta se dé en los tres aspectos de la acción: objeto, fin y circunstancias⁶. Por lo tanto solamente el fin o las circunstancias, no pueden transformar lo malo en bueno⁷. De hecho, existen actos intrínsecamente malos, como matar o mentir.

Estos actos intrínsecamente malos lo son siempre y por sí mismos, es decir, por su objeto, independientemente de las ulteriores intenciones de quien actúa y de las circunstancias.

1 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María "El Mal Absoluto" in "En busca del Derecho penal", BdeF, 2015, Montevideo-Bs. As, pág. 213.

2 ALBANELL MAC-COLL, Eduardo, *La Legítima Defensa en el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas*, LJU Tomo 11, UY/DOC/683/2009.

3 Contrariamente a lo sostenido por MAQUIAVELO en relación a la política, en su obra *El Príncipe*.

4 SILVA SÁNCHEZ, op cit.

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Editorial in *Indret Penal*, 3/2010, http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/

6 "Bonum ex integra causa, malum ex qualunq; defectu". St. Th.

7 RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética General*, EUNSA, Pamplona, 1991, pág. 295.

Santo Tomás, al encontrarse con la cuestión, juzgó preferible justificar la legítima defensa basándose en el principio del doble efecto, o del voluntario indirecto, más que en el de la disponibilidad de la vida del agresor injusto⁸. Según su opinión, quien se defiende no busca la muerte del atacante de manera directa, sino simplemente salvarse a sí mismo. Si -como consecuencia de esa reacción salvadora- se da la muerte del atacante, es algo no buscado, pero que se produjo necesariamente. No hubo, por lo tanto, un fin en la muerte del agresor.

Pero para que esto sea posible, el voluntario indirecto exige que la acción que se busca inicialmente (el matar) sea algo bueno en sí mismo, aunque la acción inevitablemente unida (pero no buscada) sea mala.

Por lo tanto, hay que concluir que no estamos ante un caso de doble efecto que justificaría el acto final malo, sino en un debilitamiento (o vicio) de la voluntad inicial de matar.

Si bien “santo Tomás piensa que no está permitido querer matar a alguien para salvar la propia vida, ha mostrado antes que está perfectamente “permitido” querer salvar la propia vida con una acción que tiene *como consecuencia* la muerte del agresor. Puede que *físicamente* las dos acciones sean idénticas. El Aquinate argumenta diciendo que las acciones morales reciben sus especies de aquello a lo que se *intende*, y no de aquel que queda fuera de la intención. En tanto que con una acción se *intienda* a conservar la propia vida, la acción realizada será objetivamente una acción de defensa propia, y no la acción “matar a una persona” con el propósito de defenderse”⁹.

Por eso, las legislaciones suelen establecer una relación de magnitud entre la agresión ilegítima y el medio defensivo. El acto físico de defensa propia tiene que ser proporcionado a la acción en defensa propia; de lo contrario, el acto ya no sería intencionalmente, esto es, objetivamente, un acto de defensa propia, sino que la acción intencional es “matar al agresor”. Esta proporcionalidad es una expresión del *cómo* de la intencionalidad.

Incluso desde el punto de vista de la imputación objetiva, también resulta más justo, porque el acto de defensa puede ser imputado al agresor injusto. En efecto, éste es quien suscita el riesgo que podría transformarse en la muerte del agredido.

3. Explicaciones que se han dado en doctrina

CARRARA sostiene que “cuando he defendido mi vida o la de otro del peligro de un mal injusto, grave e inevitable de otro modo, que amenazaba la persona humana, no he tenido necesidad de una excusa; he ejercitado un derecho, un verdadero sagrado derecho, mejor dicho, un verdadero y sagrado deber, porque tal es la verdadera conservación de la propia persona. Sería un delito horrible castigarme; sería un insulto, nacido de la ignorancia y de la crueldad, decirme que se me otorga una excusa¹⁰. Y aclara en la nota que “Yo no digo que se mata *justamente*, porque el muerto había *merecido* la muerte; digo que se mata *justamente*, porque se tiene el *derecho* de salvarse de la *muerte injusta* inminente, e inevitable de otro modo”.

Siguiendo a LUZÓN PEÑA¹¹, las teorías que fundamentan la legítima defensa son varias, pero ahora nos detendremos en aquellas que no conducen a la licitud de la defensa, como las de

8 S. Th., II-II, q. 64, a. 7.

9 RHONHEIMER, Martín, *La perspectiva de la moral*, RIALP, Madrid, 2007, p.396.

10 CARRARA, Francesco, *Programa...*, § 294.

11 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, págs. 18 y ss.

perturbación de ánimo y el conflicto de motivaciones.

El principal expositor de las primeras es PUFENDORF para quien la perturbación producida en el ánimo del agredido llegaría a excluir la imputabilidad del autor. Es, por lo tanto, una causa de inimputabilidad. Sin embargo, no da respuesta a las situaciones en que el agredido obra en plenitud de sus facultades mentales. Además, no se explicaría la defensa de un tercero.

UTTELBACH, en cambio, sostiene la inculpabilidad del defensor, basándose en el conflicto entre el instinto de conservación que le mueve a defenderse, y la motivación legal que pretendiera hacerle desistir de su defensa. “Pero si la fuerza de motivación del momento defensivo es tan fuerte que supera todos los momentos retardadores, *no se puede reprochar...* al autor que haya dejado determinar su conducta por ese motivo. Pues el orden jurídico sólo puede exigir al sujeto un comportamiento como el que en una situación así habría podido esperar de *cualquier otro hombre*”. En consecuencia afirma que “la esencia de la legítima defensa está en una *disculpa* del autor”¹². Sin embargo, tampoco explica situaciones en que no se da ese conflicto tan emocionalmente grave, ni la defensa del tercero.

Las teorías de la retribución en definitiva, sostienen que se trata de una pena. GEYER dice que el mal de quien se defiende ya se ve equilibrado por el de la agresión, castigar la defensa sería alterar ese equilibrio y sancionarlo dos veces.

Pero lo que no se puede admitir es que se diga que la vida del que se defiende vale más que la del agresor injusto y que -por eso- basándose en una razón de pseudo-justicia, existe un derecho a eliminarlo. La vida humana no puede ser sometida a juicios de valor, sino que siendo un fin en sí mismo, no puede ser utilizado como medio en ninguna circunstancia. No caben, al respecto, consideraciones de número, de calidad, de edad. Rige el principio de imponderabilidad de la vida humana¹³.

4. Tabla de Carnéades

La misma cuestión se planteó con respecto al estado de necesidad. En 1793, GENTZ, discípulo temprano de KANT, sostuvo que al arrojar al náufrago de la única tabla que no puede sostener a los dos, quien se queda con ella para salvarse nunca puede llegar a justificarse, pero sí puede encontrar exculpación. La exculpación presupone la comprobación de la previa contrariedad a Derecho del hecho, incluyendo su ausencia de justificación¹⁴. La situación de necesidad no otorga al autor un derecho, sino una disculpa (*exculpation non est excusatio*). Porque como decía el mismo GENTZ, “aquello que la humanidad perdona nunca puede ser la regla en un sistema de derechos”. KANT decía que “la necesidad no conoce prescripción; pero igualmente no puede existir necesidad que convierta aquello que es injusto en algo conforme a la ley”. Sin embargo, sí puede suceder que algo que “en sí mismo ha de considerarse injusto, logre obtener indulgencia” por parte de un tribunal¹⁵.

Sería pues una causa de inculpabilidad.

12 Ibidem, p. 22.

13 WILENMANN VON BERNATH, Javier, *Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad*, InDret Penal 25/01/2016, <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1925&pdf=1201.pdf>

14 HRUSCHKA, Joachim, *Causas de Justificación y Causas de Exculpación: La Tabla de Carnéades en Gentz y en Kant*, BdeF, Montevideo-Bs. As., 2009, p.103 y ss.

15 Ibidem, pág. 115.

5. Acciones mixtas

Se puede sostener que en el ámbito de las causas de justificación estamos en presencia de *acciones mixtas*. ARISTÓTELES las explicaba diciendo que “Es algo semejante cuando se arroja al mar el cargamento en las tempestades: en términos absolutos, nadie lo hace de grado, pero por su propia salvación y la de los demás lo hacen todos los que tienen sentido. Tales acciones, pues, son mixtas, pero se parecen más a las voluntarias ya que son preferibles en el momento en que se ejecutan”¹⁶...

“Las acciones mixtas son, en principio acciones libres y psicológicamente normales, pero que *no responden a una libre iniciativa de la persona*. Se toman a causa de una situación difícil en la que el sujeto viene a encontrarse, y no sin vencer una notable repugnancia, pues se oponen a sus deseos, y desde luego *no se realizarían fuera de esa situación*.”

Incluso MIR PUIG llega a decir que “Desde el prisma idealista el agresor supone sólo la negación del orden jurídico mientras que desde la perspectiva de la realidad social sigue siendo una persona cuya lesión constituye un mal real, que puede estar justificado pero que a ser posible sería preferible evitar”¹⁷.

La constricción de la situación puede a veces atenuar la responsabilidad, sin suprimirla. Sólo desaparecería la responsabilidad moral si el terror u otra pasión causada por el peligro cercano impidiese de modo completo el uso de razón”¹⁸. Pero en tal caso, se trataría de una causa de inimputabilidad.

El temor puede llevar a la inimputabilidad pero también al *vicio* de la voluntad. “La plenitud del albedrío puede estar suprimida en el hombre, en el acto de su determinación, cuando una causa externa o interna obra sobre su ánimo, ejerciendo un fuerte impulso sobre su determinación. En este caso, el acto es siempre voluntario, porque la libertad de elegir se conserva siempre en el agente, el cual quiso tomar un partido en vez de otro. Pero se dice que su voluntad es menos espontánea, porque está disminuido el albedrío en el acto de la determinación”. Esta disminución de espontaneidad debe tomarse en cuenta a favor del que violó la ley a consecuencia de aquella impulsión, porque por ella se aminora la fuerza moral del delito”...¹⁹.

Quien quiere defender su vida porque es atacado ilegítimamente, quiere realmente lesionar o matar al agresor. CARRARA pone un ejemplo de quien es secuestrado por unos bandoleros que lo van a matar, y aprovechando el sueño de estos, los mata²⁰. No se trata de una persona que -fuera de sus cabales- mata a otro, sino de alguien que para salvarse quiere realmente cometer el homicidio.

El hecho, cuando fue *querido* con previsión de sus resultados, es siempre imputable. Debíó decirse que no era *punible*, y fue un error negar la imputabilidad. Yo mato queriendo matar, y este mal que proviene de mi mano movida, precisamente, con el fin de matar por mi voluntad de dar la muerte, no puede dejarme de ser *imputable*²¹.

16 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro III, c. 1, 1110 a 3-1110 a 28.

17 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4a ed., Barcelona, 1996, pág. 427.

18 RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética General*, EUNSA, Pamplona, 1991, pág. 128. Destacados nuestros.

19 CARRARA, op. cit, § 274 y ss.

20 Ibidem, §290.

21 Ibidem, § 288.

Su acción es verdadera acción puesto que está “finalizada” a dar muerte. Técnicamente es un acto “imperado”²², hay inteligencia y voluntad. Pero hay que hacer una precisión: *esa voluntariedad está viciada*. Se trata más bien de un resultado permitido, tolerado o sufrido. De hecho, no es un resultado buscado *inicialmente* sino que -si se pudiera evitar la situación que le da origen- se evitaría.

Por lo tanto, tenemos una acción desde el punto de vista humano, porque hay conocimiento de lo que se quiere hacer, pero ese querer hacer no tiene un origen espontáneo en la conducta del agente, al punto que disminuye su voluntariedad. La cuestión no está tanto en *cuál* es el fin perseguido, sino en *cómo* se quiere²³. Hay por lo tanto, una justificación por la forma en cómo se quiere, y no por el fin que se busca.

Esta posición podría llevar a ulteriores distinciones en el ámbito de la culpabilidad, agregando al dolo otra subespecie que podría merecer otro tratamiento más justo.

6. Conclusión

De lo expuesto podemos extraer que en toda causa de justificación hay una situación de defecto en la voluntariedad del acto y que permite un tratamiento diferencial de las causas de inculpabilidad. Quien se defiende a sí mismo o a un tercero preferiría en todo caso no estar en esas circunstancias que le exigen realizar un mal absoluto. Actúa de esa forma porque no tiene más remedio.

En definitiva, estamos ante causas de desconfiguración del dolo que son llevadas por virtud del legislador, a la categoría de causas de justificación.

No es el “fin de salvarse” entonces lo que justifica -el fin no justifica los medios- sino la *forma* de querer.

Sin embargo, para dar mayor garantía al justiciable que se defiende la ley establece los requisitos que debe tener su acción para ser considerada un “permiso legal” de delinquir (racionalidad del medio empleado, falta de provocación suficiente...). Dentro de ese marco, el sujeto no delinque, y es también en su garantía, que la ley proclama las causas de justificación, para impedir las eventuales arbitrariedades de la interpretación del acto.

En definitiva, es una institución dogmática que se adecua muy bien a la naturaleza humana: el dolo ofrece matices.

22 RODRÍGUEZ LUÑO, op. cit., pág. 143.

23 RHONHEIMER, Martin, op. cit., p. 397.