

¿LEGÍTIMA DEFENSA O DEFENSA PUTATIVA? (*)

EVA GRAUL

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Heidelberg

I. Problemática: ¿El punto de vista *ex ante* o *ex post*?

La legítima defensa como causa de justificación presupone según el § 32 StGB un ataque antijurídico; el estado de necesidad justificante exige conforme al § 34 StGB un peligro a un bien jurídico (**). Es sumamente discutida la cuestión de si la existencia de estos respectivos presupuestos, es decir, la situación de legítima defensa o de estado de necesidad, se ha de juzgar desde una perspectiva *ex post* o *ex ante*. Mientras esta problemática es aún habitual en el marco del § 34 a causa del concepto de «peligro» allí empleado, no es éste el caso en el § 32. Respecto a la legítima defensa existen distintas opiniones, lo que va a presentar especiales dificultades respecto al derecho de la parte afectada por la (supuesta) acción de defensa.

(*) Traducción del alemán por Carmen REQUEJO CONDE, del artículo original «Notwehr oder Putativnotwehr - Wo ist der Unterschied?», publicado en *Jus* 1995 Heft 12, pp. 1049-1056. Agradezco a mi maestro, el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE, sus correcciones.

Los §§ sin indicación del cuerpo legal se entienden referidos al Código penal alemán vigente, citado por las siglas StGB.

(**) NOTA DE LA T.: Los §§ 32 y 34 StGB disponen lo siguiente:

«Quien comete un hecho actuando en legítima defensa no actúa de forma antijurídica.

La legítima defensa es la defensa que es necesaria para repeler un ataque antijurídico actual a uno mismo o a un tercero» (§ 32).

«Quien comete un hecho encontrándose ante un peligro actual a su vida, integridad física, libertad, honor, propiedad, u otro bien jurídico, que no puede ser evitado de otra forma, no actúa de forma antijurídica, si en la ponderación de intereses en conflicto entre el bien jurídico afectado y el grado del peligro que lo amenaza, el interés protegido prevalece esencialmente frente al perjudicado. Esto sólo es válido en tanto el hecho sea el medio adecuado para apartar el peligro» (§ 34).

Mientras que para la mayoría de los autores la creencia no confirmada *ex post* en la existencia de una agresión antijurídica y actual constituye un supuesto de error de tipo permisivo (defensa putativa), la opinión contraria considera que toda conducta que aparenta objetivamente un ataque fundamenta un derecho de legítima defensa. En ambas posiciones se proporcionan importantes argumentos: Desde la perspectiva *ex ante* se alega que en el instante de la acción defensiva —y no sólo después— debe comprobarse si la defensa ejercitada es justa o injusta. El argumento defendido por la perspectiva *ex post* es que un deber de tolerancia de quien es afectado por la acción de defensa sólo tiene sentido si ha sido realmente atacado, no si sólo parece desde el punto de vista del defensor.

II. Ejemplo y examen de quien ejerce la legítima defensa (putativa) de forma no contraria a deber

*Ejemplo*¹: A, persona de constitución débil, es empujada ligeramente por B, un mendigo del lugar, cuando éste, de noche y en una estrecha y solitaria calle de la estación de Frankfurt, tropieza en una zona poco alumbrada con un elevado pavimento de adoquín, del que A no se ha percatado. Recordando su última estancia en este lugar y las malas experiencias allí sufridas, mete A su mano rápidamente al bolsillo constatando la falta de su cartera, que hace poco había usado y que contenía 500 marcos en metálico, ocho eurocheques, tarjetas Euroscheks, cinco tarjetas de crédito, documentos personales y permiso de conducción. Ante la creencia de que ésta ha sido robada por B, corre tras él diciéndole: «¡Devuélveme rápidamente mi cartera!». Éste, que nada entiende pues es extranjero y poco conoce el idioma, se asusta e inicia la huida. A consigue darle alcance e intenta rociar a B, más fuerte que él, con una sustancia irritante en la cara, desde una distancia de aproximadamente 1,5 a 2 ms., cuando éste en el curso de su huida se vuelve. A no alcanza sin embargo el rostro de B, pues éste —que ha adivinado su intención— de inmediato se aparta. Como A corre de nuevo con el spray tras B, amenazando con alcanzarle y rociarle la cara, no encuentra B otra posibilidad de impedírsele que apartarse en un instante al lado izquierdo y poner una zancadilla a A cuando viene corriendo hacia él, cayendo A y golpeándose la rodilla, extremo con el que B contaba. No salió la maniobra de B completamente como él había planeado, ya que

¹ Ampliación del caso *Jus* 1992, L 49.

aún puede A oprimir su spray, alcanzándole el rostro, lo que trajo como consecuencia que B padeciera durante tres horas dolor y lagrimeo de sus ojos. Tras ello, y estando B fuera de combate, no pudo A sin embargo encontrar su cartera. Ésta había sido sustraída momentos antes de manera imperceptible por U. A y B creyeron ambos actuar conforme a Derecho.

Tanto A como B han realizado el tipo objetivo y subjetivo del § 223 StGB, pues ambos han, consciente y voluntariamente, maltratado al contrario y dañado su integridad física. Lo que aquí se cuestiona es si han actuado injustamente.

La conducta de A podría estar justificada conforme al § 32 a través de la legítima defensa. En función de esto, y dependiendo de la perspectiva que se adopte, va a juzgarse la existencia de un ataque actual y antijurídico. Algunos autores opinan que es decisivo el punto de vista *ex ante*. Una situación de legítima defensa existe entonces «cuando desde la perspectiva del defensor, puede haberse creído, según un juicio objetivo, en la existencia de un ataque actual y antijurídico»², siempre que al defensor que cree en la existencia de un ataque actual y antijurídico no se le pueda atribuir ninguna acción imprudente³. De acuerdo con ello, se podría afirmar en este caso una situación de legítima defensa. Según A, existe un ataque actual y antijurídico a su propiedad, pues en el caso del robo, la agresión antijurídica a la propiedad (y la apropiación) de la víctima sólo concluye, es decir, ya no es actual, cuando el ladrón asegura el botín, es decir, tiene la disponibilidad garantizada⁴. Este error es objetivamente inevitable, esto es, no contrario a deber. Pues la más remota creencia de haber sido robado durante el atropello, se centra en una probabilidad casi segura⁵, basada en la huida del ladrón ante la reclamación de restitución. No resulta fácil saber

² FREUND, *GA* 1991, 387 (407); en este sentido también FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 424, 431-433; RUDOLPHI, en: ARM. KAUFMANN-GS, 1989, p. 371 (381 ss.); el mismo, en: SCHRÖDER-GS, 1978, p. 73 (81 s.); ARMIN KAUFMANN, en: WELZEL-FS, 1974, p. 393 (400-402); WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 38, 137 ss; HERZBERG, *JA* 1989, 243 (247 ss.); el mismo, *Jus* 1991, L 68 ss; el mismo, en: STREE/WESSELS-FS, 1993, p. 203 (211 ss.); MITSCH, *Jus* 1992, 289 (291). En lo relativo a la medida de cuidado, p. e. FRISCH, *op. cit.*, p. 491, y expresamente FREUND, *op. cit.*, pp. 404/405 nota 48, respecto a la capacidad individual de quien actúa. Frente a ello, y siguiendo a la mayoría, se va a juzgar la actuación contraria a deber respecto al injusto de imprudencia según criterios objetivos (de acuerdo a un criterio medio).

³ FREUND, *GA* 1991, 387 (407).

⁴ RGSt 55, 82 (84); BGH, en: HOLTZ, *MDR* 1979, 985; ampliamente en MITSCH, *JA* 1989, 79 (nota 49).

⁵ A este criterio se adhiere p.e. RUDOLPHI, en ARM. KAUFMANN-GS, 1989, p. 371 (386), y —siguiéndole— MITSCH, *Jus* 1992, 289 (291).

si A hubiera podido evitar su error observando mayor cuidado y atención. Pues dadas las circunstancias, el empleo de la sustancia irritante —en relación a la creencia de A— también es el medio empleado necesario para la recuperación de la cartera supuestamente robada⁶, estando justificada la conducta de A, de acuerdo a esta opinión y al § 32, por una legítima defensa real.

Frente a ello, la doctrina mayoritaria considera que los presupuestos de la legítima defensa deben darse *en la realidad*. Si desde un punto de vista *ex ante* resulta su —supuesta— existencia, no se aplicaría el § 32 si esta creencia *ex post* deviene falsa. Pues «una agresión aparente no es ninguna agresión ni constituye por ello ninguna situación de legítima defensa»⁷. En este caso, vendría en consideración sólo la defensa putativa⁸. Puesto que en el ejemplo citado, la creencia de A de haber sido robado por B, posteriormente —registrando a B— se comprueba como incorrecta, según esta interpretación, no está la conducta de A justificada por la legítima defensa. Según la —calificada por Cramer⁹— teoría limitada de la culpabilidad que niega el injusto doloso¹⁰, —denominada brevemente por Herzberg¹¹ como «teoría del injusto»—, la figura, presente en este supuesto, de la defensa putativa no contraría a deber, lleva en cambio a la exclusión igualmente de la antijuridicidad del hecho¹². Según esta teoría, el dolo tiene una doble posición en el injusto¹³, y esto hace que en caso de existencia de un error de tipo permisivo se excluya el injusto (de acción) de un hecho doloso¹⁴. Y si en aplicación del cuidado que se ha de observar en el tráfico jurídico, no puede reconocerse que no existe un ataque real, se excluye también el injusto (de acción) imprudente¹⁵, con lo que la conducta de quien actúa en defensa putativa no es tampoco antijurídica.

Según lo expuesto, resulta de las dos teorías citadas (perspectiva *ex ante*, «teoría del injusto»), que el problema de la creencia no contraría a deber de una situación de justificación se ha de tratar en la

⁶ GRAUL, *Jus* 1992, L 49 (50).

⁷ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24 ed. (1991), § 32, 27.

⁸ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, 28.

⁹ CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 16, 17; HERZBERG, *JA* 1989, 294 (295): como teoría del injusto.

¹⁰ *Vid.* GRAUL, *Jus* 1992, L 49 (51).

¹¹ *JA* 1989, 294 (295); *Jus* 1991, L 68 (70).

¹² Esto mismo es válido para la teoría de los elementos negativos del tipo.

¹³ GRAUL, *Jus* 1992, L 49 (51).

¹⁴ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 13 ss., 19, §§ 32 ss., 21; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15, 35, § 16, 17, 18; §§ 25 ss., 32.

¹⁵ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 20, 21; § 32, 28.

categoría de la «antijuridicidad». Pues antes de entrar en la discusión del conflicto entre las distintas teorías es preciso ubicarlo, y esto, según el juicio «*ex ante*», pero también según la «teoría del injusto», sucede únicamente en el ámbito de la antijuridicidad¹⁶.

De manera distinta a la teoría limitada de la culpabilidad que niega el injusto doloso, la —denominada por Eser/Burkhardt¹⁷— variante de la teoría limitada de la culpabilidad con remisión a la consecuencia jurídica (y exclusión de la culpabilidad dolosa), parte en el error de tipo permisivo de la existencia de un hecho doloso injusto y niega sólo la culpabilidad dolosa (y/o el castigo por dolo). Esta interpretación es rechazable a causa de su contradicción, ya que si el error no puede evitarse mediante la observancia del cuidado objetivo, afirmaríase de un lado la existencia de la mayor gravedad que supone el injusto (de acción) doloso, negando de otro lado la realización del injusto (de acción) imprudente, de menor gravedad¹⁸, colocándose así «en oposición al actual reconocimiento admitido mayoritariamente en el delito imprudente de que una conducta objetivamente correcta no puede ser antijurídica»¹⁹. Esta contradicción —injusto doloso sí, injusto imprudente no— presenta insoportables consecuencias, pues partiendo de la interpretación de que un ataque antijurídico exige al menos una conducta objetivamente contraria a deber (*infra*, III, 1), puede claramente elegirse si la conducta de quien actúa en defensa putativa de modo no contrario a deber se valora o no como agresión antijurídica²⁰. La teoría limitada de

¹⁶ GRAUL, *Jus* 1994, L 73 (75 nota 24).

¹⁷ *StrafR* I, 4 ed. (1992), Caso 15 A 22.

¹⁸ Que entre acciones dolosas e imprudentes existe una diferencia resulta del § 18, también el BGHSt (GS) 39, 100 (104).

¹⁹ CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 16, 15, en relación a la teoría estricta de la culpabilidad; esta crítica es válida, y a ella se refiere Herzberg, *JA* 1989, 294 (296 nota 41), también y de forma distinta para la teoría limitada de la culpabilidad con remisión a la consecuencia jurídica, «porque ellos examinan la imprudencia (cuando exista el tipo imprudente respectivo) después de verificar la existencia del *injusto* del delito doloso, y allí debe comprobarse que el autor, y según las circunstancias, actúa conforme a deber, de manera jurídicamente *correcta*» (*op. cit.*, nota 41); en contra de la teoría limitada de la culpabilidad con remisión a la consecuencia jurídica, *vid.* HERZBERG, *Jus* 1991, L 68 (70); el mismo, en STREE/WESSELS-FS, 1993, p. 203 (210/211); LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss 21.

²⁰ Como existe un hecho doloso antijurídico, puede decirse que existe una agresión antijurídica. Al faltar el injusto imprudente por no existir lesión al deber objetivo de cuidado, puede también según este punto de vista negarse la existencia de un ataque antijurídico. Es de suponer que los seguidores de la teoría limitada de la culpabilidad que niega la culpabilidad dolosa se sitúan en el punto de partida primeramente citado, *vid.* BLOY, *Jus* 1990, L 12 (14); MAURACH/ZIPF, *AT* 1, 8.^a ed. (1992), § 26, 56 en comparación con § 37, 43; obviamente esto no es así.

la culpabilidad que niega la culpabilidad dolosa no será objeto de atención en las siguientes páginas. Lo mismo se ha de decir, dadas las objeciones expuestas, de la teoría estricta de la culpabilidad.

III. El derecho de la parte afectada

En cuanto al derecho de la víctima afectada por la legítima defensa o por la defensa putativa —en nuestro ejemplo B—, hemos de examinar si de la legítima defensa sólo se deriva una facultad de acción o también un derecho de intervención, y si la antijuridicidad del ataque según el § 32 se entiende referida al resultado o a la acción.

1. Primera opinión: La legítima defensa otorga un derecho de intervención

Según difundidas opiniones, todas o la mayoría de las causas de justificación no otorgan sólo una facultad de acción, sino también un derecho de intervención en los bienes jurídicos de la víctima²¹. Según el principio de ponderación de intereses, y de acuerdo a esta interpretación, las causas de justificación como el consentimiento, la legítima defensa y el estado de necesidad, otorgan un derecho de intervención²². Esto significa que siempre, y sólo cuando los presupuestos *objetivos* de estas causas de justificación existan *realmente*, no causa el autor *ningún injusto de resultado*, pues la lesión del resultado al bien jurídico no es valorada negativamente por el Derecho²³. De aquí se concluye lo siguiente: El injusto del delito de lesiones consumado (en sentido material) se compone de dos elementos, el injusto de acción —que es la acción dolosa u objetivamente contraria a deber (=imprudente) dirigida a la lesión desaprobada al bien jurídico—, y de resultado —o injusto de las circunstancias—, que es la lesión jurídicamente desaprobada que se produce al bien jurídico protegido. Si el autor p. e. mediante la lesión a la integridad física de un tercero, causa un *desvalor* de resultado —o de las circunstancias—, no sería en cambio desaprobado por el Derecho,

²¹ P. e. ROXIN, *AT I*, 2.^a ed. (1994), § 14, 105; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10, 11; WESSELS, *AT*, 24.^a ed. (1994), 26; GALLAS, en BOCKELMANN-FS, 1979, p. 155 (167 s., nota 32); HIRSCH, en *LK*, 11.^a ed. (1994), § 32, 65.

²² LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10.

²³ Vid. JESCHECK, *AT*, 4.^a ed. (1988), § 31 IV 2, p. 296; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10.

si realmente se han dado los presupuestos objetivos de la legítima defensa propia o ajena. El autor ha causado un *valor* de resultado o de circunstancias, al intentar conservar su integridad corporal e impedir la lesión amenazante a la integridad física debido a la existencia real de un ataque actual y antijurídico. El *desvalor* de resultado intentado (lesión del agresor), sería *compensado* mediante el *valor* de resultado (salvación del bien jurídico), causado al mismo tiempo²⁴.

Esta compensación lleva a que el Derecho apruebe la lesión del resultado causado por quien ejerce la legítima defensa, que éste *podría* por ello lesionar los bienes jurídicos del injusto agresor²⁵, por lo que *se excluye el desvalor de resultado* (material) que tiene lugar con la lesión al bien jurídico ajeno²⁶. De aquí se deduce y esto es lo decisivo de esta teoría, que el agresor está obligado a *tolerar* la lesión causada conforme a Derecho a su bien jurídico²⁷, y —a causa de este deber de tolerancia— no debe defender sus bienes jurídicos *ni* según el § 32 *ni* según el § 34 (estado de necesidad defensivo=defensa de un ataque no antijurídico)²⁸. El derecho de intervención en los bienes jurídicos del agresor, garantizado según esta interpretación por la legítima defensa con el correspondiente deber de tolerancia, sólo se justifica, si *realmente* existe un ataque actual y antijurídico²⁹, por lo que el juicio *ex post* es aquí decisivo. Ya que si en realidad no existe ninguna agresión actual y antijurídica, entonces no cabe alegar tampoco la obligación de tolerancia del agresor sólo aparentemente injusto —desde la perspectiva objetiva *ex ante* de quien ejerce la legítima defensa—³⁰. Pues si realmente no existe amenaza de lesión —antijurídica— al bien jurídico, no puede causarse tampoco el valor de resultado para el mantenimiento del bien jurídico que no se pone realmente en peligro —de forma antijurídica—, y no tiene lugar por lo tanto una compensación. El Derecho valora de otro modo el desvalor de resultado que no es compensado con un valor

²⁴ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10; WESSELS (*op. cit.*, nota 21), n.º 279. En la legítima defensa existe como segundo valor de circunstancia la defensa del orden jurídico, que no aparece expresamente citada en el texto. En relación a esto y para lo siguiente, GRAUL, *Jus* 1995, L 41 ss.

²⁵ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10, 10a, 15.

²⁶ Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 13 ss., 60; §§ 32 ss., 15, 95; RUDOLPHI, en MAURACH-FS, 1972, p. 51 (53, 58); el mismo, en *SKStGB*, 6.^a ed. (julio 1994), § 22, 29; SAMSON, en *SKStGB*, § 32, 42; STRATENWERTH, *AT I*, 3.^a ed. (1981), n.º 486, 493.

²⁷ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10; WESSELS (*op. cit.*, nota 21), n.º 126; HIRSCH, en *LK*, § 32, 65.

²⁸ ROXIN (*op. cit.* nota 21) § 14, 93, 105; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10, § 34, 31; BLOY, *Jus* 1990, L 12 (14); HIRSCH, en *LK*, § 34, 73.

²⁹ Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10a; KÜHL, *Jura* 1993, 57; ROXIN, en PFEIFFER-FS, 1988, p. 45 (51).

³⁰ Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., 10a; GALLAS (*op. cit.*, nota 21), p. 155 (167 nota 29).

de resultado, por falta de ataque real —antijurídico—, y que tiene lugar en la lesión del sólo aparentemente —injusto— agresor.

Esto significa: *El defensor putativo no tiene* —a diferencia del defensor legítimo real— *derecho de intervención* admitido por el Derecho en los bienes jurídicos del agresor sólo aparente, y éste *tampoco* está obligado por ello al *deber de tolerancia*. De aquí se deduce que el amenazado por la defensa putativa, ahora de su parte agredido —en nuestro ejemplo B— *puede defenderse en todo caso según la regla del estado de necesidad* (§ 34, estado de necesidad defensivo)³¹. Si a él —en el ejemplo a B— le corresponde el derecho pleno de legítima defensa del § 32, dependerá de cómo se determine la antijuridicidad del ataque del § 32 II. Aquí se enfrentan dos interpretaciones referentes al injusto de acción de un lado, y al injusto de resultado de otro.

Injusto de resultado (o desvalor de resultado) es —como se dijo anteriormente— la lesión del resultado al bien jurídico que no es amparado por un derecho de intervención. El injusto de acción se refiere por lo general a un injusto de resultado. En el hecho doloso existe el injusto de acción cuando el autor —en oposición a una norma de conducta— actúa dolosamente en relación a la causación de un injusto de resultado —también en relación a una lesión del bien jurídico no amparada por un derecho de intervención y con ello desaprobada jurídicamente—. El injusto de acción del hecho imprudente existe cuando el autor —en oposición a la norma de conducta— se comporta objetivamente de forma contraria a deber, causando un injusto de resultado.

De ello resulta lo siguiente en relación a la defensa putativa objetivamente no contraria a deber: Cualquiera que lesione, en defensa putativa objetivamente no contraria a deber, al agresor sólo aparentemente injusto, causa —como se ha dicho— un *injusto de resultado*, es decir, un *resultado* que lesiona un bien jurídico y que es desaprobado (objetivamente) por el Derecho, es decir, que es *antijurídico*. No realiza sin embargo *ningún injusto de acción*, no efectúa por tanto el injusto de acción del hecho doloso, pues su voluntad no se dirige a la causación de un injusto de resultado, «en el sentido de una circunstancia que constituya la desaprobación jurídica de un objeto»³². Puesto que cree en la existencia de una situación de legítima defensa, realiza, según su creencia y al mismo tiempo, un valor de circunstancia —o de resultado— que es

³¹ Vid., p. e., LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 13 ss., n.º 60; §§ 32 ss., n.º 11, 21; § 32 n.º 21, 28; § 34, n.º 31; ROXIN (*op. cit.*, nota 29), p. 45 (51).

³² LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 13 ss., n.º 19.

compensado con el desvalor de resultado causado en la lesión del agresor aparente³³, es decir, la defensa del ataque supuestamente antijurídico (y con ello la conservación de los bienes amenazados y la defensa del orden jurídico). Si falta por ello el injusto de acción del hecho imprudente, porque el autor no puede reconocer, conforme al cuidado que es preciso observar en el tráfico jurídico, que realmente no existe una agresión antijurídica, no actúa objetivamente de forma contraria a deber en relación a la causación de un injusto de resultado, esto es, de la lesión al bien jurídico desaprobada por el Derecho.

Diferentes interpretaciones de la antijuridicidad de la agresión del § 32 II van a resultar de la posibilidad —no sólo existente en el caso de la defensa putativa no contraria a deber— de que realmente la acción del autor no sea antijurídica, pero el resultado causado se valore en cambio como antijurídico³⁴. Una posición defiende una interpretación de la antijuridicidad relativa únicamente al resultado —visto desde el lado del agredido y sus bienes jurídicos—. En este sentido, es un ataque —como infracción al bien jurídico amenazado por una acción humana— siempre antijurídico, cuando amenaza un injusto de resultado³⁵. Según la opinión contraria, no basta la amenaza de un resultado antijurídico, pues el injusto de resultado amenazado debe más bien referirse a un injusto de acción³⁶, es decir, a una conducta al menos objetivamente contraria a deber en relación a la causación de un injusto de resultado³⁷.

³³ Vid. RUDOLPHI, en SKStGB, § 16, n.º 12; el mismo, en MAURACH-FS, 1972, p. 51 (58/59).

³⁴ Sobre esta posibilidad vid. p. e. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 13 ss., n.º 60a.

³⁵ Así p. e. JESCHECK (*op. cit.*, nota 23), § 32 II 1c, p. 306; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª ed. (1987), § 15 B I 1 d, p. 90; SPENDEL, en LK, 11.ª ed. (1992), § 32, n.º 57; GEILEN, *Jura* 1981, 256; GALLAS (*op. cit.*, nota 21), p. 155 (163 s. nota 21).

³⁶ Sólo el injusto de acción no es suficiente. La acción antijurídica debe amenazar también con la realización de un injusto de resultado: La tentativa inidónea (por inadecuación de los medios empleados) no es un ataque, pues no amenaza con causar ninguna lesión al bien jurídico (mayoritariamente vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, n.º 12; BLOY, *Jus* 1990, L 12 [13]). La tentativa inidónea debida a un «error de tipo permisivo inverso» del autor no constituye un ataque *antijurídico*, por lo que ninguna legítima defensa puede ejercitarse contra él (GRAUL, *Jus* 1994, L 73 [75]), y como no existen ni un derecho de intervención ni un deber de tolerancia, no es tampoco permitida una defensa según la norma del estado de necesidad (§ 34) (*vid.* ROXIN *op. cit.*, nota 21), § 14, n.º 102).

³⁷ Así p. e. ROXIN (*op. cit.*, nota 21), § 15, n.º 14 s.; MAURACH/ZIPF (*op. cit.*, nota 20), § 26, n.º 14-16; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, n.º 19, 21; LACKNER, StGB, 21.ª ed. (1995), § 32, n.º 5; ESER/BURKHART (*op. cit.*, nota 17), Caso 10 A 16; SCHUMANN, *Jus* 1979, 559 (560); STRATENWERTH (*op. cit.*, nota 26), n.º 425, en especial también HIRSCH, en DREHER-FS, 1977, p. 211 (214 ss.). La conducta al menos objetivamente contraria al deber de cuidado no debe cumplir ningún tipo penal, *vid.* KÜHL, *Jura* 1993, 57 (65).

La opinión centrada (sólo) en el injusto de resultado es defendida con frecuencia junto a la interpretación de que entonces no existe ningún ataque antijurídico cuando la conducta del agresor está permitida por una especial autorización³⁸. Este punto de vista cobra especial significado en determinadas causas de justificación en las que no existe ningún derecho de intervención, sino sólo una facultad de acción. Esto sucede en aquellas causas de justificación que se refieren, en relación a la existencia de sus presupuestos, a una perspectiva objetiva *ex ante*, entre las que se incluyen p. e. los §§ 229 BGB, 127 I StPO (sospecha de huida), 193 StGB y el consentimiento presunto³⁹. En estos casos, existe sólo un derecho de intervención cuando las supuestas circunstancias se han dado realmente, cuando p. e. el autor se ha propuesto sustraerse al procedimiento penal⁴⁰, o el afectado ha realizado realmente la acción difamatoria o la lesión al bien jurídico respondió a la verdadera voluntad del lesionado. Como aquí sin embargo se puede actuar si «según un juicio objetivo *ex ante* puede creerse en la existencia de circunstancias que fundamentan un derecho de intervención»⁴¹, otorgan entonces estas causas de justificación, cuando la perspectiva objetiva *ex ante* resulta distinta a la realidad, sólo una facultad de acción. Si se basaran estos casos sólo en la amenaza de un injusto de resultado, debe suponerse que estas acciones justificadas constituyen en cambio ataques antijurídicos contra los que cabe legítima defensa⁴². Esta singular conjetura se evitaría si acciones justificadas no se calificaran como ataques antijurídicos.

Como la defensa putativa amenaza con la realización de un injusto de resultado, la conducta del defensor putativo no contraria a deber, constituye, según la primera opinión, un ataque antijurídico del § 32 II. La víctima de la acción de defensa putativa —en el ejemplo B— puede defenderse contra ella en legítima defensa. Esto es también válido según la citada «teoría de la combinación», ya que el defensor putativo que no actúa de forma contraria a deber no tiene de su parte ninguna *expresa* autorización (es decir, ninguna causa de justificación). De otro lado, y según la opinión opuesta que, para la antijuridicidad del ataque,

³⁸ Así GEILEN, *Jura* 1981, 256; WELZEL, *Das Dt. StrafR.* 11.ª ed. (1969), § 14 II 1 c B, p. 85 s.; BALDUS, en *LK*, 9.ª ed. (1979), § 53, n.º 8; BOCKELMANN/VOLK (*op. cit.* nota 35), § 15 I 1 d, p. 90.

³⁹ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., n.º 11.

⁴⁰ Vid. sobre el § 127 I StPO también LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., n.º 10 a, § 32, n.º 21.

⁴¹ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §§ 32 ss., n.º 11.

⁴² Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, n.º 20.

reclama junto al injusto de resultado amenazado también un injusto de acción, la acción del defensor putativo no contraria a deber no constituye ningún ataque antijurídico, al faltar en estos casos tanto el injusto de acción doloso como imprudente. La víctima de la acción de defensa putativa puede sólo defenderse según la regla del estado de necesidad (§ 34)⁴³ (en tanto él, también de forma no contraria a deber, cree en la existencia de un ataque antijurídico, *vid. infra*).

Esta última interpretación me parece correcta. Pues la opinión que mira sólo a la realización amenazante de un injusto de resultado no puede ser compatible con el principio de valoración jurídica como *ratio* del derecho de legítima defensa⁴⁴; lo mismo ha de decirse para la «solución de la combinación». Pues según ambas interpretaciones, debe ser «permitida la legítima defensa... también frente a conductas adecuadas en el tráfico, es decir, realizadas conforme a la norma objetiva de cuidado, y, por eso, conductas no desvaloradas, pero que amenazan peligro»⁴⁵; la legítima defensa (defensa de terceros), y no el estado de necesidad (estado de necesidad de terceros), debe por ello admitirse, cuando el que actúa correctamente en el tráfico jurídico amenaza con lesionar a otro (un transeúnte o un niño) o a una cosa ajena (automóvil aparcado)⁴⁶. Sin embargo, ello puede ser incorrecto como muestra literalmente una comparación de la regla de la legítima defensa con el § 228 BGB (estado de necesidad defensivo frente a bienes jurídicos amenazados por cosas)⁴⁷:

Quando una cosa, p. e. un animal⁴⁸ o un automóvil al que se le han soltado los frenos, amenaza con lesionar un bien jurídico, debe primero valorarse la posibilidad existente de apartarse o alejarse de ellos⁴⁹. Sólo cuando esto no sea posible, puede producirse un daño, y también solamente cuando el daño derivado de la acción defensiva no sea «desproporcionado» respecto al daño que se amenaza (§ 228 BGB). Ambos factores no juegan ningún papel

⁴³ Vid. *op. cit.*, nota 31, como p. e. ROXIN (*op. cit.* nota 21), § 14, n.º 109.

⁴⁴ En su mayoría, *vid.* LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, n.º 1, 1a. Sobre los razonamientos frente a este aspecto supraindividual de la legítima defensa, *infra* IV.

⁴⁵ BOCKELMANN/VOLK (*op. cit.* nota 35), § 15 B I 1d, p. 90.

⁴⁶ Vid. sobre diversas variaciones de estos ejemplos JESCHECK (*op. cit.* nota 23), § 32 II 1c, p. 306; BOCKELMANN/VOLK (*op. cit.* nota 35), § 14 IV 2a, p. 80; HIRSCH (*op. cit.* nota 37), p. 211 (213); ROXIN (*op. cit.* nota 21), § 15, n.º 14; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, n.º 21.

⁴⁷ Sobre ello HIRSCH (*op. cit.* nota 37), p. 211 (214); FRISTER, *GA* 1988, 291 (293 ss.).

⁴⁸ Los animales como cosas en StGB, *vid.* KÜPER, *JZ* 1993, 435 ss.

⁴⁹ Opinión general, *vid.* p. e. PALANDT/HEINRICHS, *BGB*, 54.ª ed. (1995), § 228, n.º 7, 8.

fundamental en la legítima defensa. El agredido injustamente no tiene obligación de apartarse, aun siendo posible, ni tiene lugar en la legítima defensa una ponderación de valores en el sentido apuntado (para la defensa de un ataque antijurídico a la integridad física puede incluso matarse al injusto agresor, cuando el agredido sólo de esta forma puede impedir su lesión)⁵⁰. Esta defensa permitida por el § 32, frente a personas que amenazan con lesionar bienes jurídicos, como frente a cosas (inanimadas) y animales, está basada en la existencia de un ataque antijurídico, es decir, en el hecho de tratarse no sólo de la protección de bienes jurídicos individuales amenazados (=evitación de la realización de un desvalor de resultado), sino también de la defensa del orden jurídico (principio de valoración del Derecho)⁵¹. Como esto último no juega ningún papel en los peligros que parten de ataques de animales y de cosas, y, como en estos casos, el injusto de resultado que de ellos amenaza no es un factor que dé lugar a la valoración jurídica de intereses, lo relevante será el elemento constituido por la defensa del Derecho frente al injusto, que existe del lado del defensor en los casos de legítima defensa, justificado porque en un ataque antijurídico del § 32 II, no sólo se amenaza un injusto de resultado, sino que se realiza también un injusto de acción. Sólo desde la afirmación «que un desvalor de acción del agresor suprime el requisito de la proporcionalidad del daño»⁵², se puede legitimar y explicar la diferencia entre el § 32 StGB y el § 228 BGB. Puesto que sólo las personas son destinatarios idóneos de la norma jurídica, no puede ni debe el Derecho como ordenación de conductas dar una respuesta satisfactoria ni frente a cosas (inanimadas) ni animales⁵³, ni frente a una conducta humana, que coincida plenamente con las exigencias del Derecho⁵⁴.

Si falta en las acciones legítimas la valoración jurídica que fundamenta el completo derecho de legítima defensa, entonces no puede resultar la facultad defensiva contra la lesión de un bien jurídico amenazado por una conducta del § 32, sino sólo del § 34. Como el defensor putativo que no actúa de forma contraria a deber no actúa antijurídica, sino legalmente, el ahora de su lado agredido —en el ejemplo B—, sólo puede defenderse según los principios previstos para el estado de necesidad defensivo del § 34. Esto es válido, en todo caso, cuando se trate

⁵⁰ Vid. BGH, JR 1991, 208 ss., con anotación de RUDOLPHI; BGH, JR 1990, 378 ss., con anotación de BEULKE.

⁵¹ ROXIN (*op. cit.*, nota 21), § 15, n.º 6.

⁵² Expresamente HIRSCH (*op. cit.*, nota 37), 211 (214).

⁵³ KÜHL, *Jura* 1993, 57.

⁵⁴ ROXIN, ZStW 93 (1981), 68 (84); el mismo (*op. cit.* nota 21), § 15, n.º 15.

no sólo de una facultad de acción, sino también de un derecho de intervención de la víctima de la defensa putativa con el correspondiente deber de tolerancia del defensor putativo.

La cuestión sobre si al agresor que incurre en un error de tipo permisivo de forma inevitable, se le aplica el § 32 o el § 34, plantea en primer lugar cuál es la construcción dogmática correcta⁵⁵. En la práctica, no son las diferencias tan simples como pueda parecer de los distintos puntos de partida. Pues cualquiera que en el supuesto del § 32 crea correcto reconocer que falta frente a un agresor no injusto la valoración jurídica de intereses, admite en cambio en estos casos una limitación del derecho de legítima defensa⁵⁶ (llamada «limitación ético-social de la legítima defensa»). Si se emplea esta limitación en la norma del § 228 BGB, aplicable al estado de necesidad defensivo ejercido frente a las cosas, como muchos abogan⁵⁷, entonces los resultados se aproximan en gran parte, en el hecho ser tenidos en cuenta, al aplicar la norma del § 34, respecto al estado de necesidad defensivo causado por el hombre⁵⁸.

Respecto a nuestro ejemplo, y en relación al § 34, resulta lo siguiente: Que sin duda existe un peligro actual para la integridad física de B, que de otro modo no puede eludir. La duda se presenta en cuanto a la prevalencia esencial⁵⁹ de los intereses protegidos frente a los perjudicados. Respecto a la lesión que de manera respectiva se amenaza a la integridad física de B y de A, no se puede hablar de una prevalencia esencial de intereses de parte de B. De ambos lados, semejantes lesiones hacia estos bienes amenazan con la misma probabilidad de daño (o bien con la misma certeza). En efecto, no se tiene aún en cuenta en esta ponderación que, en cuanto a B, se trata de una acción defensiva en estado de necesidad defensivo (=intervención en la esfera de bienes de la que parte el peligro —en el ejemplo A—), y que aquí «la cuestión de la defensa ejercida de modo similar a una situación de legítima defensa contra un peligro que otro causa, queda constatada adicionalmente al ponderar los intereses en juego»⁶⁰, así que en el esta-

⁵⁵ Vid. también HERZBERG, en STREE/WESSELS-FS, 1993, p. 203 (213).

⁵⁶ Vid. p. e. JESCHECK (*op. cit.*, nota 23), § 32 II 1c, p. 306, en comparación con el § 32 III 3a, p. 310.

⁵⁷ Así p. e. SCHUMANN, *Jus* 1979, 559 (565); STRATENWERTH (*op. cit.*, nota 26), n.º 435; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, n.º 52, con remisión a la medida (ponderación del daño) del § 228 BGB, para los casos de limitación ético-social de la legítima defensa frente a quienes no actúan culpablemente.

⁵⁸ Vid. aquí también HERZBERG, *op. cit.*, (nota 55).

⁵⁹ Sobre este criterio vid. p. e. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 34, n.º 30.

⁶⁰ LACKNER, § 34, n.º 9.

do de necesidad defensivo es de suponer un interés de mayor prevalencia que en el estado de necesidad agresivo (=intervención en la esfera de bienes de un tercero), esto es, que hace lícitos los perjuicios causados cualitativa y cuantitativamente⁶¹. Teniendo esto en cuenta, podemos hablar en el ejemplo de un interés prevalente de B. Son también evidentemente imaginables casos en los que por falta de prevalencia —esencial— de intereses protegidos se excluye la justificación del § 34, y adquieren significado las siguientes consideraciones.

Y es que otra cosa sucede cuando nos referimos sólo a la cuestión de la facultad de acción, o sea, cuando la víctima de la defensa putativa —en el ejemplo B— también se encuentra en un error de tipo permisivo que no es contrario a deber. En este caso, no actúa tampoco de forma antijurídica quien se defiende frente a la acción de defensa putativa —si actúa dentro del marco de la necesidad—. Pues lo que es válido para el que primero yerra, debe naturalmente valer para el otro. Ante el supuesto de un doble error no contrario a deber, ninguno de los dos sujetos actúan antijurídicamente, dada la existencia de una defensa putativa no contraria a deber. Aplicado al presente ejemplo, ello significa que B no actúa de forma antijurídica si se niega la aplicación del § 34. Pues B cree en la existencia de un ataque antijurídico de A, por lo que queda excluido el injusto de acción de la lesión corporal dolosa debido a su error de tipo permisivo (defensa putativa). Y como ninguna medida especial de cuidado, cuya observancia le hubiera sido posible a B, es relevante para reconocer el error de A y con ello la falta de antijuridicidad de su ataque, no realiza B el injusto de acción de una lesión física imprudente.

A y B (ante la no aplicación del § 34 a favor de B) no actúan de forma antijurídica debido a la defensa putativa no contraria a deber.

2. Segunda opinión: La legítima defensa otorga sólo una facultad de acción

A los mismos resultados llega también la opinión contraria, según la cual, la existencia de los presupuestos de la legítima defensa ha de juzgarse no *ex post*, sino desde una perspectiva objetiva *ex ante*. Tampoco esta concepción puede afrontar el argumento defendido por la concepción que examina aquella situación conforme a un juicio *ex post*, en

⁶¹ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 34, n.º 30.

contra de una perspectiva *ex ante*, y de acuerdo al cual, un derecho de intervención derivado de la legítima defensa y un deber de tolerancia que le corresponde al agresor, impide que un derecho de legítima defensa pueda tener lugar también frente al sólo aparentemente —injusto— agresor⁶² (en todo caso no lo afronta dicha concepción en una interpretación estricta de la misma)⁶³. Los partidarios de la posición *ex ante* niegan la legitimidad de este derecho de intervención y de este deber de tolerancia. Las causas de justificación tienen «en el contexto *sistemático del delito*, no la función de delimitar lo que los terceros han de *soportar* —este problema se va a tratar cuando nos ocupemos de los eventuales derechos defensivos de los terceros—»⁶⁴. Las causas de justificación tienen más bien «en el contexto sistemático del delito la específica función de declarar bajo qué determinadas circunstancias, conductas en sí desaprobadas, excepcionalmente no lo son»⁶⁵.

Si las causas de justificación no otorgan derecho de intervención, sino sólo autorizaciones para realizar una conducta, entonces resulta lo siguiente: Como arriba se dispuso, A, que de forma no contraria a deber cree en la existencia de un ataque antijurídico de B a su propiedad, actúa de modo justificado conforme al derecho de legítima defensa del § 32. De ello no resulta sin embargo, puesto que según esta concepción la legítima defensa no otorga derecho de intervención, que B tenga que aceptar, sin poder defenderse, la lesión a su integridad física que intenta dañarse con un spray, en virtud del correspondiente deber de tolerancia. Por no estar sujeto a este deber de tolerancia a la agresión (con spray) de A justificada por la legítima defensa, puede más bien defenderse según la regla del estado de necesidad (§ 34, estado de necesidad defensivo) —como establece también la opinión antes expuesta—. Y como la existencia de la justificación, de los presupuestos de la legítima defensa, se va a juzgar desde el punto de vista objetivo *ex ante*, esto vale naturalmente no sólo en relación a A, sino viceversa, también para la conducta de B. Esto significa que B tampoco actúa de forma antijurídica si se niega una aplicación del § 34 —de acuerdo también con la anterior opinión—. Puesto que la creencia de B, de que A se dispone injustamente a agredirle, objetivamente no es contraria a deber, existen,

⁶² Quien sólo en apariencia es un agresor antijurídico, no debe ser siempre un agresor real que se encuentre en un error y frente al que sólo sea permitida una legítima defensa limitada. Como muestra el ejemplo, puede sucederle también a un no agresor —B— que su conducta aparezca como una agresión antijurídica, desde una perspectiva objetiva *ex ante*.

⁶³ Vid. también en el texto.

⁶⁴ Expresamente FRISCH (*op. cit.* nota 2), p. 424 s.

⁶⁵ FRISCH (*op. cit.*, nota 2), p. 245; en este sentido también FREUND, GA 1991, 387 (407 nota 57, 408).

según la perspectiva objetiva *ex ante* aquí sostenida, los presupuestos de la legítima defensa, por lo que la acción defensiva de B también está justificada según el § 32.

En principio puede extrañar algo que parece impensable para una mayoría, y es que, según esta concepción, sea posible legítima defensa contra legítima defensa (tanto A como B actúan justificadamente conforme al § 32). Pero como se ha dicho, las causas de justificación sólo otorgan facultad de acción; ello sólo significa respecto a la existencia de dos conductas justificadas, que cuando dos personas se comportan de manera no contraria a deber, ninguna de ellas actúa antijurídicamente —igual que sucede con la concepción antes expuesta en los casos de defensa putativa no contraria a deber por ambas partes—. De acuerdo con esta interpretación, puede parecer curioso que se califique de un lado la conducta de A como legítima, y de otro lado, haya que justificar a B por el § 32, porque haya tenido lugar un ataque antijurídico de A. Esta construcción, es decir, la distinta valoración de una conducta —en el ejemplo, la valoración de la conducta de A—, una vez como no antijurídica, y otra vez como antijurídica, parece ser contradictoria e infringir los principios de unidad del Ordenamiento jurídico⁶⁶. Pero no es así. Pues, según la opinión que aquí se analiza, el *Ordenamiento jurídico* valora la conducta de A sólo de un modo, es decir, como no antijurídica. El hecho de que la valoración por parte de B de la conducta de A como antijurídica, *desde su perspectiva* y en una apreciación objetiva, sea *no contraria a deber*, en nada cambia esto, que el Ordenamiento jurídico valora legalmente la conducta de A en contra de la errónea valoración de B⁶⁷.

Finalmente, puede parecer también curioso que, según esta concepción, el concepto «antijurídico» del § 32 II no es equiparable con la valoración de la conducta del agresor por el Ordenamiento jurídico, al no corresponder al concepto de antijuridicidad de la teoría general del delito. Esta falta de concordancia no es de extrañar a juzgar por los principios de esta concepción —que se da también por lo demás según la interpretación que considera el concepto «antijurídico» del § 32 II (sólo) a partir del injusto de resultado—. Ella es más bien la lógica consecuencia de un concepto relativo de la antijuridicidad que, en general, toma por base esta concepción.

⁶⁶ Sobre este particular, también FREUND, GA 1991, 387 (409).

⁶⁷ Compárese sobre ello FREUND, GA 1991, 387 (408).

IV. Resultado y valoración de opiniones

El enfrentamiento de opiniones relativo a la perspectiva *ex post* o *ex ante* respecto al enjuiciamiento de la existencia de los presupuestos de la legítima defensa, es decir, de la presencia de un ataque actual antijurídico, ha demostrado que en los supuestos citados, y teniendo sólo en cuenta las opiniones mayoritariamente aceptadas, se llega a los mismos resultados. Según ambas opiniones, A no actúa de forma antijurídica, al creer no contrariamente a deber en la existencia de un ataque actual y antijurídico de B; según una opinión, a causa de defensa putativa no contraria a deber, según la otra, al aplicarse en este caso el § 32. Según ambas opiniones, B, afectado por la defensa putativa, o bien por la acción de legítima defensa de A, puede defenderse en todo caso conforme al § 34, puesto que a A sólo le corresponde una facultad de acción y no en cambio un derecho de intervención. Y según ambas opiniones, la víctima de la defensa putativa o de la acción de legítima defensa y que se defiende en contra —aquí B— tampoco actúa de forma antijurídica, cuando a falta de prevalencia —esencial— de intereses protegidos frente a los perjudicados no se le aplique el § 34, si la víctima cree no contrariamente a deber, y, también ahora de su parte, en la existencia de un ataque actual y antijurídico; y ello realmente por las mismas causas por las que también puede ser excluida la antijuridicidad de la conducta de quien primero yerra (aquí A): Según una opinión, por un punto de vista de la defensa putativa no contraria a deber que excluye todo injusto de acción, según la otra, porque en este caso se aplica el § 32.

¿Qué argumentos se aducen en favor de una y cuáles a favor de la otra? Como para las dos concepciones, cualquiera que cree de modo no contrario a deber en una circunstancia justificativa, actúa conforme a Derecho, reconocen también que las normas de conducta —prohibiciones y permisos— sólo pueden partir de circunstancias cuya existencia sea reconocible por una persona razonable en la concreta situación en la que ha de decidir, es decir, *ex ante*⁶⁸.

En circunstancias no reconocibles no puede la conducta humana guiarse correctamente. Esto sucede en el ámbito de las autorizaciones, igual que con las prohibiciones (y órdenes). «Un derecho de legítima defensa carece de valor, cuando su ejercicio es un juego de azar, porque en el caso concreto la existencia de la situación de legítima defensa sólo se manifiesta en un instante de

⁶⁸ Éste es el argumento siempre aducido —y según los principios jurídicos— desde la perspectiva *ex ante* en el ámbito de las causas de justificación, *vid.* p. e. FRISCH (*op. cit.*, nota 2), p. 426; FREUND, GA 1991, 387 (406/407).

tiempo en el que puede ser demasiado tarde para una efectiva defensa», confirma de manera acertada Mitsch⁶⁹, defendiendo un juicio objetivo *ex ante* de la situación de legítima defensa del § 32. Como puede comprobarse, con el juicio *ex post* respecto a la aplicación del § 32, se atribuye también por los principios de la teoría del injusto el mismo valor a la perspectiva *ex ante*, necesaria para juzgar la conducta. Como la acción del defensor putativo no contraría a deber no es antijurídica sino legítima, y como la defensa putativa no contraría a deber otorga además una facultad de acción, no resulta, en cuanto a la valoración de la conducta, ninguna diferencia con la interpretación que para la aplicación de las causas de justificación se sitúa «en un juicio objetivo *ex ante* y desde la perspectiva del autor»⁷⁰: El autor puede defenderse —dentro del requisito de la necesidad— cuando en la situación concreta, cada persona razonable hubiera partido, igual que el autor, de la existencia de un ataque actual y antijurídico.

Las dos concepciones son equivalentes en cuanto a los puntos principales, ya que ambas opiniones, en la práctica, juzgan del mismo modo, y desde una perspectiva *ex ante*, que es la correcta, lo que está o no está permitido, aquello a lo que se tiene o no derecho. Éste es además el punto fundamental que otorga validez a estas concepciones frente a otras que ante una creencia no contraría a deber de una circunstancia justificativa prohíbe actuar al afectado, valorando su conducta, si en cambio actuara, como antijurídica, como es el caso de la teoría de la culpabilidad limitada que niega la culpabilidad dolosa y de la teoría estricta de la culpabilidad⁷¹.

¿Significa ello que ambas construcciones a *este* respecto llevan a juicios completamente idénticos, que no existe ninguna diferencia entre una denominación del problema (del error), como «defensa putativa no contraría a deber» o como «legítima defensa real»? En principio sí. En cambio, si observamos detenidamente, comprobamos que la construcción de la defensa putativa lleva a una contradicción indiscutiblemente *aparente*, que obliga a una modificación de esta concepción: Cuando la víctima de la acción de defensa putativa no contraría a deber —en nuestro ejemplo B— puede defenderse conforme al § 34 contra el agresor afectado de un error —aquí A—, ello significa, según las premisas básicas de las que se ha partido, como son la existencia del derecho de in-

⁶⁹ *Jus* 1992, 289 (291).

⁷⁰ FRISCH (*op. cit.* nota 2) p. 424.

⁷¹ Sobre las contradicciones de la teoría limitada de la culpabilidad que niega la culpabilidad dolosa *vid. op. cit.*, en nota 19, 20.

tervención y del deber de tolerancia, que el primitivo agresor —A—, que ha de soportar en sus bienes jurídicos la intervención derivada de la defensa en estado de necesidad defensivo del § 34, no puede en cambio defenderse de nuevo en contra. Si además, siguiendo el ejemplo, no le hubiera sido posible a B apartarse y poner la zancadilla, y hubiera ideado contra el ataque de A con el spray una maniobra defensiva, como p. e. detenerse para alcanzar a A y empujarle antes de que éste pudiera rociarle con el líquido, entonces, conforme al § 34, debe A tolerar la lesión a su integridad física, sin poder defenderse, cuando B amenaza con golpearle.

Como para el primitivo agresor A no es objetivamente reconocible que B se defiende legítimamente, creyendo además de forma objetivamente no contraría a deber, que la acción de B constituye de nuevo un ataque antijurídico —ahora a su integridad física—, existe, cuando A se defiende contra la acción de B, un supuesto de defensa putativa no contraría a deber, lo que indica que la defensa de A no es antijurídica, o dicho de otra forma: que A está facultado a defenderse. Resulta de este modo que A no puede defenderse de un lado a causa del deber de tolerancia resultante del § 34, de otro lado, puede defenderse desde el punto de vista de la justificación putativa no contraría a deber.

A la misma contradicción llega también la interpretación de Scheffler, que, de un lado, secunda la «teoría del injusto», y, de otro lado, admite que contra la defensa putativa no contraría a deber debe ser permitida legítima defensa⁷². Pues si en nuestro ejemplo, B puede defenderse contra A en legítima defensa, entonces, a causa del derecho de intervención derivado de la defensa, debe A soportar la lesión a su integridad corporal. De otra parte, y no obstante, no es su defensa antijurídica, si se encuentra en un error de tipo permisivo no contrario a deber. Scheffler sostiene la interpretación de que contra la defensa putativa no contraría a deber debe permitirse legítima defensa, con lo cual, y dada la consecuente aplicación de la regla, que quien se encuentra en un error de tipo permisivo no contrario a deber no actúa injustamente, llega su opinión a un curioso resultado: «Sería castigado aquél, al que primero viniese la idea de que la defensa de otro pudiera significar que éste cree que actúa conforme a Derecho». Este resultado no es de ningún modo extraño y sólo se admite cuando el que se defiende, pese a este reconocimiento, excede los límites de la facultad otorgada por el § 34 en el estado de necesidad defensivo. Cuando Scheffler opina que este resultado se evitaría a través del recono-

⁷² *Jura* 1993, 617 (625).

cimiento de un derecho de legítima defensa contra la defensa putativa no contraria a deber, parece reconocer que éste sería sólo el caso cuando desaparezca la regla que establece que quien se encuentra en un error de tipo permisivo no contrario a deber no actúa de forma antijurídica, es decir, no se aplique a la víctima de una acción de legítima defensa, lo que no parece correcto. Esta solución no es posible. Pues si esta regla, que quien se encuentra en un error de tipo permisivo no contrario a deber no actúa de forma antijurídica, es válida, debe serlo siempre.

Siguiendo estos razonamientos que constituyen nuestro punto de partida, el hecho de que A, al mismo tiempo deba y no pueda defenderse, de que su defensa simultáneamente debe ser legítima —a causa de una defensa putativa no contraria a deber— y antijurídica —debido al deber de tolerancia resultante del § 34—, muestra que la concepción de la defensa putativa se ve afectada de una construcción defectuosa. Si se admite, de manera acertada, que quien actúa objetivamente observando el cuidado debido no actúa antijurídicamente, no cabe hacer ninguna excepción⁷³. Debe por tanto modificarse la opinión de que una situación real de legítima defensa o de estado de necesidad otorga derechos de intervención con el correspondiente deber de tolerancia, en el sentido de que éste no es el caso cuando la víctima de una acción de legítima defensa o de estado de necesidad se encuentra en un error de tipo permisivo invencible y está, por tanto, legitimada para defenderse, al faltar la realización de un injusto de acción.

A modo de aclaración: Si se sigue la interpretación de que la existencia de los presupuestos justificativos ha de juzgarse siguiendo la perspectiva objetiva *ex ante*, esto no significa que la figura jurídica del error de tipo permisivo y la teoría aquí sostenida pierdan su significado. Según esta interpretación, existe siempre un error de tipo permisivo, cuando con un «juicio objetivo *ex ante* y desde la perspectiva del autor»⁷⁴ no «debiera haberse partido de la existencia de un ataque actual antijurídico»⁷⁵, pues el autor ha creído de un modo objetivamente contrario a deber en la existencia de un ataque actual y antijurídico. (Según la teoría del injusto [=teoría limitada de la culpabilidad que niega el injusto doloso] se excluye en este caso el injusto doloso, mientras subsiste el injusto

⁷³ Vid. el párrafo previo.

⁷⁴ Vid. FRISCH (*op. cit.*, nota 2), p. 424.

⁷⁵ Vid. FREUND, GA 1991, 387 (407).

imprudente, y la existencia del tipo penal correspondiente lleva, como tal imprudencia subjetiva, al castigo a causa de un delito imprudente).

Puesto que, según *ambas concepciones*, el autor no actúa de forma antijurídica, «si, según la perspectiva objetiva del defensor, pudo haberse partido de la existencia de una agresión actual y antijurídica»⁷⁶ que en realidad no ha existido, *piensan igualmente ambas concepciones* que «previamente a esto... la interpretación normal de un componente supraindividual de defensa del Derecho frente al injusto, que suponga un “pleno” derecho de legítima defensa... queda de alguna forma puesta en entredicho»⁷⁷. Esto me parece poco expresivo. Pues surge además un dilema de ardua solución. Si existe un plus en la ponderación de la legítima defensa (putativa) frente al estado de necesidad defensivo (putativo) (§ 34), y, en su caso, consistente sólo en el hecho de que en la defensa (putativa) se trata, desde una *perspectiva objetiva ex ante*, no sólo de la defensa de una agresión, sino de la defensa de una agresión *antijurídica*, entonces este componente adicional, en su caso existente desde la perspectiva objetiva *ex ante*, puede legitimar una facultad de defensa ampliada frente al supuesto del § 34, si bien sólo en mucha menor medida que en el caso de la existencia real de un ataque antijurídico.

Esto significa: Si, de un lado, no se quiere renunciar, en interés del defensor, a la ventaja de la perspectiva *ex ante*, que existe en referencia sólo a las circunstancias reconocibles objetivamente en la concreta situación de defensa, y, de otro lado, no se quiere igualar de modo general la facultad de legítima defensa (putativa) a la facultad del estado de necesidad defensivo (putativo), entonces me parece que puede aceptarse un derecho —pleno— de legítima defensa, que deje al margen puntos de vista de proporcionalidad, sólo de manera excepcional, es decir, cuando haya seguridad o sea evidente que la objetiva apreciación *ex ante* concuerda con la realidad, o que el punto de vista de responsabilidad del agresor alegado por otros para la atribución de un derecho íntegro de legítima defensa sea válido respecto a la —aparente— existencia de un ataque antijurídico⁷⁸. Desde este último pun-

⁷⁶ Expresamente FREUND, GA 1991, 387 (407).

⁷⁷ FREUND, GA 1991, 387 (408 nota 60).

⁷⁸ Así p. e. FRISTER, GA 1988, 291 (301/302), con lo que FRISTER bajo la «responsabilidad del agresor» entiende el caso en el que éste a través de la renuncia a la continuación del ataque tiene en sus manos, hasta el momento de la acción de defensa, la posibilidad de evitar el perjuicio a sus bienes jurídicos que tiene lugar con el ejercicio de la defensa, MITSCH, JA 1989, 79 (84); el mismo, Jus 1992, 289 (291).

to de vista, se daría además el derecho de legítima defensa (putativa) en todo caso frente a una tentativa inidónea no reconocible por el agredido⁷⁹, igual que frente a un ataque de broma no reconocible como tal, y, finalmente, frente a un ataque efectuado con una pistola imaginaria o una pistola real descargada. Sin embargo, ello no puede tampoco admitirse.

Algunos autores seguidores de una perspectiva *ex post* respecto a la existencia de la situación de legítima defensa, quieren diferenciar entre un ataque de broma o bien aparente (=sin ataque) y un ataque real con arma aparente, y, en el primer caso, aceptar una defensa putativa, y en el último, una legítima defensa plena, si el agredido se defiende como frente a una amenaza real⁸⁰. La creencia en la existencia de una situación de legítima defensa real en los casos de atraco (al Banco) con pistola aparente o descargada me parece en cambio, según los principios de la perspectiva *ex post*, que es un truco inadmisibles. Pues si en estos casos existe un ataque real contra la resolución de la voluntad y a la libertad de acción, y *frente a él* se puede admitir, dentro del requisito de la «necesariedad» y de la perspectiva (objetiva) *ex ante*, una legítima defensa completa y no sólo una defensa putativa, frente al ataque aparente a la vida, ello no concuerda con la difundida perspectiva *ex post* respecto a la existencia de la legítima defensa. La necesidad de una defensa, al igual que sería permitida también ante ataque con un arma real, resulta sólo de la aparente existencia, desde la perspectiva objetiva *ex ante*, de una amenaza a la vida creada conscientemente por un agresor⁸¹. El citado «truco» es innecesario. Pues según la «teoría del injusto» tampoco actúa injustamente el que yerra inevitablemente respecto a un ataque a su vida defendiéndose contra él.

Es ciertamente difícil tomar una decisión sobre la concepción de la perspectiva *ex ante* o *ex post*. La opinión mayoritaria debiera en último término tener preferencia. Pues ésta ha de luchar de un lado con menos objeciones, y de otro, trae a su favor el tenor literal «agresión ac-

⁷⁹ Vid. el caso de BLOY, *Jus* 1990, L 12.

⁸⁰ P. e. WESSELS (*op. cit.* nota 21), n.º 339; ROXIN (*op. cit.*, nota 21), § 15, n.º 9, 45; U. BORN, *Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe*, 1984, p. 151 s., éste también para la legítima defensa en ataques de broma, p. 166 s.

⁸¹ Vid. LACKNER, § 32, n.º 19; WARDA, *Jura* 1990, 344 (348 nota 13); OTTO, *Jura* 1988, 330 ss.

tual antijurídica» (*), que debe existir realmente y no sólo en apariencia, para aplicar el § 32. En este trabajo no es necesario decidirse entre las variantes de opinión aquí tratadas, ya que ambas llegan a los mismos resultados.

(*) N. de la T.: El Código penal español recoge la denominación de «agresión ilegítima» (art. 20.4, párrafo primero), como equivalente a antijurídica, injusta o ilícita. No menciona sin embargo la actualidad de la agresión, aunque su reconocimiento como elemento esencial es unánimemente admitido por la doctrina.