

**Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho**

Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho

**Análisis crítico del requisito del elemento
subjetivo para la justificación por legítima
defensa, bajo los principios de un Derecho
penal liberal en un estado social y democrático
de Derecho**

**Daniel Fernando Campos Jiménez
Carné: B41347**

Sede “Rodrigo Facio”, octubre, 2022



11 de octubre de 2022
FD-2259-2022

Lic. Esp. José Thompson Jiménez
Decano a.i.
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Daniel Fernando Campos Jiménez, carné B41347 denominado: "Análisis crítico del requisito del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa bajo los principios de un derecho penal liberal en un estado social y democrático de derecho" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 35 de RTFG que indica: "*Los miembros del tribunal examinador recibirán para su evaluación una versión completa sin codificar del documento final de TFG, que señale claramente las secciones confidenciales de este. En la defensa pública se eliminará o clasificará la información definida como confidencial*".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Ricardo Salas Porras
Presidente	Dr. Gustavo Chan Mora
Secretario	MSc. Frank Harbottle Quirós
Miembro	Dra. Patricia Vargas González
Miembro	MSc. Lilliana Rivera Quesada

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **19 de octubre 2022**, a las 5:30 p.m. en el cuarto piso de la facultad.

Atentamente,

MSc. Tomás Federico Arias Castro
Director
Área de Investigación



LCV
Cc: arch.

San José, 15 de septiembre de 2022

Msc. Tomás Federico Arias Castro
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Arias,

escribo la presente externándole un cordial saludo y, a la vez, hago de su conocimiento que, como director del Trabajo Final de Graduación denominado "*Análisis crítico del requisito del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa, bajo los principios de un Derecho penal liberal en un Estado social y democrático de Derecho*" elaborado por el estudiante Daniel Fernando Campos Jiménez, con carné universitario número B41347, he revisado y analizado el trabajo en cuestión.

La investigación plantea un análisis crítico con respecto a la exigencia que hace la doctrina dominante de un elemento subjetivo para la aplicación de la legítima defensa. Se expone de manera suficiente la postura mayoritaria y, con base en ello, se procede a hacer un análisis dogmático de la solución aceptada para los casos en los que un hecho se ajusta a los requisitos objetivos de una legítima defensa, pero con ausencia del elemento subjetivo de la justificante. Lo anterior lleva a cuestionar si la solución ofrecida, que es la de calificar la conducta como una tentativa inidónea, es compatible con el principio de lesividad; dado que, en estos supuestos, está absolutamente ausente un disvalor de resultado. Esta misma idea también es cuestionada desde el concepto personal de injusto, entendiéndolo que este requiere para su conformación tanto de un disvalor de acción como de un disvalor de resultado. Se propone que, bajo estas circunstancias, lo correcto debería ser la exclusión del injusto penal desde la antijuricidad material.

De la lectura de dichas reflexiones y razonamientos, concluyo que la tesis cumple con los elementos de forma y de fondo requeridos por el Área de Investigación y puede ser presentada para defensa.

Saludos cordiales,



Dr. Ricardo Salas Porras
Director

San José, 22 de septiembre de 2022

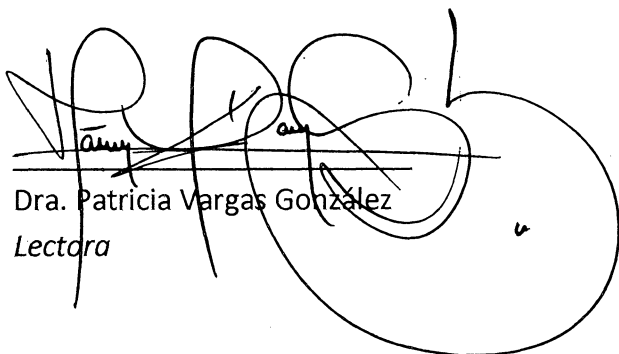
Msc. Tomás Federico Arias Castro
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Arias:

Es de mi agrado comunicarle que he revisado el Trabajo Final de Graduación denominado *"Análisis crítico del requisito del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa, bajo los principios de un Derecho penal liberal en un Estado social y democrático de Derecho"* elaborado por el estudiante Daniel Fernando Campos Jiménez, con carné universitario número B41347. En este trabajo de investigación se presenta la postura de la doctrina dominante para los casos en los que, a pesar de no concurrir el elemento subjetivo de la justificante, sí están presentes todos los requisitos objetivos. Posteriormente, se cuestiona la compatibilidad de dicha postura con el principio de lesividad y con el concepto personal de injusto. Finalmente, se buscan fundamentos en el ordenamiento jurídico costarricense para sustentar las reflexiones hechas.

Como lectora de esta tesis, considero que se cumplen los requisitos tanto formales como de fondo para que esta sea presentada al Área de Investigación y sea defendida por parte del señor Campos Jiménez.

Saludos cordiales,



Dra. Patricia Vargas González
Lectora

San José, 27 de septiembre de 2022

Msc. Tomás Federico Arias Castro
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Arias:

Me complace comunicarle que he revisado el Trabajo Final de Graduación denominado "*Análisis crítico del requisito del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa, bajo los principios de un Derecho penal liberal en un Estado social y democrático de Derecho*" realizado por el estudiante Daniel Fernando Campos Jiménez, con carné universitario número B41347.

Como lector de la tesis mencionada, concluyo que se cumple con los requisitos formales y de fondo para que esta sea presentada al Área de Investigación y defendida por parte del señor Campos Jiménez.

Saludos cordiales,



Dr. Gustavo Chan Mora
Lector

San José, 21 de setiembre de 2022

Señor
Tomás Federico Arias Castro, M.Sc.
Director,
Área de Investigación
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica

Ref.: Aprobación y revisión filológica
de trabajo final de graduación.

Hago constar que he revisado el trabajo final de graduación del estudiante Daniel Fernando Campos Jiménez, carné número B41347, titulado **Análisis crítico del requisito del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa, bajo los principios de un Derecho penal liberal en un Estado social y democrático de derecho**, para optar por el grado académico de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

He revisado y corregido los aspectos relacionados con estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y vicios del lenguaje presentes en el texto.

Por consiguiente, se considera que, desde el punto de vista filológico, el presente trabajo se encuentra listo para ser presentado de manera oficial a la universidad como requisito final de graduación.

Cordialmente,


Lcda. Grettel Hernández Valdés
Carné 0166



*Dedicada a la memoria de Nady Antillón
Una mujer fuerte, sabia y amada*

Agradezco a mi familia, que me ha apoyado y motivado. Gracias a mis padres, Oscar y Marcela, por ser todo lo que un hijo desea y necesita. Gracias a Valmore, por permitirme anhelar un futuro a su lado.

Agradezco a mis profesores, los que me han ayudado a crecer académicamente. Gracias al Dr. Gustavo Chan, a la Dra. Patricia Vargas y al Dr. Ricardo Salas, porque con su excelsa labor como docentes han despertado en mí -y en muchos otros- un espíritu crítico en relación con el Derecho penal.

INTRODUCCIÓN 1**CAPÍTULO 1. EXPOSICIÓN DE LA DOCTRINA DOMINANTE 10**

SECCIÓN A. PRESUPUESTOS TEÓRICOS	10
<i>i. El bien jurídico</i>	11
<i>ii. El juicio de antijuricidad</i>	17
<i>iii. Injusto personal</i>	30
<i>iv. La tentativa</i>	44
<i>v. La legítima defensa</i>	59
SECCIÓN B. SOLUCIÓN ANTE LA EXISTENCIA DE UNA SITUACIÓN OBJETIVA DE LEGÍTIMA DEFENSA CON AUSENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS	74
<i>vi. Los elementos subjetivos en las causas de justificación</i>	75
<i>ii. Permanencia del disvalor de acción, “desaparición” del disvalor de resultado</i>	80

CAPÍTULO 2. ANÁLISIS CRÍTICO A LA DOCTRINA DOMINANTE 86

SECCIÓN A. FALTA DE RELACIÓN ENTRE EL DOBLE FUNDAMENTO Y FUNCIÓN CON UNA EXIGENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.	87
<i>vii. Fundamento individual</i>	87
<i>viii. Fundamento supraindividual y función</i>	92
SECCIÓN B. EL INJUSTO PERSONAL NO HACE INDISPENSABLE LA EXISTENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO PARA LA JUSTIFICACIÓN POR LEGÍTIMA DEFENSA.....	96
<i>i. Los tipos permisivos son en esencia muy distintos a los tipos prohibitivos</i>	97
<i>ii. El error lógico de las tesis que ven la necesidad de “compensar” el disvalor de acción y el disvalor de resultado</i>	99
SECCIÓN C. INCOMPATIBILIDAD DE LA SOLUCIÓN BRINDADA POR LA DOCTRINA DOMINANTE CON EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD	104
<i>i. La aplicación de las reglas de la tentativa es inadecuada</i>	104
<i>ii. Con base en el principio de lesividad, la solución debe ser la exclusión del injusto penal</i>	108

CAPÍTULO 3. PROPUESTA DE JUSTIFICACIÓN POR LEGÍTIMA DEFENSA SIN CONCURRENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO BAJO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE 115

SECCIÓN ÚNICA. FUNDAMENTOS DEL DERECHO COSTARRICENSE QUE PERMITEN DEFENDER LA JUSTIFICACIÓN DE UNA CONDUCTA AMPARADA EN LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE UNA LEGÍTIMA, A PESAR DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO	117
<i>i. El Derecho costarricense reconoce la necesidad de limitar el ius puniendi mediante la aplicación del principio de lesividad.....</i>	<i>118</i>
<i>ii. El injusto personal otorga igual rango al disvalor de acción y al disvalor de resultado.....</i>	<i>122</i>
<i>iii. Ante la concurrencia de los elementos objetivos de una legítima defensa, y a pesar de la ausencia del elemento subjetivo, no hay disvalor de resultado</i>	<i>125</i>
CONCLUSIONES	133
BIBLIOGRAFÍA	139

Resumen

Justificación: Las propuestas que haga la dogmática penal con respecto a sus conceptos deben procurar siempre ser debidamente fundamentadas. Lo cual implica que sus razonamientos deben ser claramente expuestos para que puedan ser analizados, objetados y de ser necesario mejorados. Esto tiene que ser así, si se entiende que el Derecho penal tiene un altísimo grado de responsabilidad por estar encargado de tutelar los bienes jurídicos más preciados por una sociedad. En este caso particular, la presente investigación expone claramente los argumentos de la doctrina dominante en relación con la exigencia de un elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa. De forma que sea posible cuestionar dichos argumentos y cuestionar si la postura defendida mayoritariamente se ajusta a los ideales de un Derecho penal respetuoso de garantías individuales propias de un Estado social de Derecho.

Hipótesis: no exigir elementos subjetivos como requisito esencial para la aplicación de la legítima defensa es una posición compatible con una teoría personal del injusto, con los fundamentos de la legítima defensa y es la más adecuada bajo un Derecho penal liberal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Objetivo general: Demostrar que no exigir elementos subjetivos para la justificación de una conducta por aplicación de la legítima defensa es una solución más adecuada bajo un Estado Social y Democrático de Derecho en contraposición con la respuesta dada por la actual doctrina dominante.

Objetivos específicos: 1.Exponer los presupuestos teóricos que sigue la doctrina dominante para llegar a su solución sobre una conducta que únicamente cumple objetivamente con las circunstancias de una legítima defensa, pero que carece de

elementos subjetivos por parte de quien ejecuta la acción defensiva. 2. Demostrar que los fundamentos de la legítima defensa no conducen necesariamente a la exigencia de un componente subjetivo para justificar la conducta. 3. Exponer la posibilidad de justificar una conducta con base en la legítima defensa meramente objetiva bajo una teoría personal de injusto. 4. Analizar la exigencia de elementos subjetivos en la legítima defensa para justificar una conducta a la luz del principio de lesividad.

Metodología: Esta investigación tiene un carácter principalmente teórico respecto a la dogmática del Derecho penal y, por lo tanto, la forma de abordar esta tarea será por medio de una revisión bibliográfica. La decisión sobre la bibliografía por utilizar está determinada por la oportunidad de acceso al material. Pero también por un factor de influencia que esta pueda tener en el ámbito social en el que se desenvuelve quien escribe: el costarricense. También se ha incluido una breve revisión jurisprudencial en el ámbito costarricense, para poder ligar los argumentos y reflexiones hechas a lo largo de la investigación al Derecho nacional.

Conclusiones: El doble fundamento de la legítima defensa no exige de forma alguna la concurrencia de un elemento subjetivo en la justificante. No existe un disvalor de resultado en los casos en los que están presentes todos los requisitos objetivos de una legítima defensa, aunque no concurra el elemento subjetivo. Desde un injusto personal que da igual valor fundante al disvalor de acción y al disvalor de resultado, al estar completamente ausente el disvalor de resultado, debe procederse con la exclusión del injusto penal. En el caso bajo estudio esta exclusión se da en el análisis de la antijuricidad material.

Ficha bibliográfica

Campos Jiménez, Daniel Fernando. Análisis crítico del requisito del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa, bajo los principios de un derecho penal liberal en un estado social y democrático de derecho. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2022. vii y 142.

Director: Dr. Ricardo Salas Porras

Palabras claves: Causas de justificación, legítima defensa, elemento subjetivo, injusto penal, antijuricidad material, disvalor de resultado, principio de lesividad.

Introducción

En el Derecho penal contemporáneo se espera que todo manual o tratado sobre Derecho penal general contemple una sección o capítulo sobre la legítima defensa, por ser la causa de justificación por excelencia. Y, aún más allá, se espera que el abordaje sobre esta sea indiscutido; pues hace tiempo ya, se cree haber llegado a un pacífico acuerdo general.¹

Sin embargo, al tratar los límites de la figura expuesta en el párrafo anterior o sus fundamentos, los debates comienzan a surgir y se descubre que la legítima defensa no siempre ha sido comprendida de igual manera. Así, por ejemplo, la legítima defensa era inicialmente colocada en la parte especial de la normativa penal, ligada en forma directa a tipos penales como el de homicidio o el de lesiones, y, por lo tanto, solo sería aplicable para repeler o evitar estas agresiones específicas.

Antiguamente, en India, la legítima defensa se regulaba con la formulación: “Matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato, en público o en privado, en modo alguno hace culpable al homicida: es el furor en lucha con el furor”; en Egipto la norma más bien implicaba, a su vez, la pena de muerte para aquellos que, al poder hacerlo, omitieran prestar ayuda a un tercero agredido; en Atenas se permitió la defensa privada

¹ Jiménez de Asúa, Luis. *El delito: segunda parte; las causas de justificación*. 4ta. Ed. Tratado de Derecho Penal, Tomo 4. Buenos Aires: Editorial Losada, 1983, 25; Luzón Peña, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1978, 13; Wilenmann von Bernath, Javier. “Injusto y agresión en la legítima defensa: Una teoría jurídica de la legítima defensa”, *Política criminal* 10, núm. 20 (2015): 623, <https://doi.org/10.4067/S0718-33992015000200007>; Jacson Zilio. *Legítima defensa: las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*, 1ra. Ed, Colección Tesis doctorales. Buenos Aires: Ed. Didot, 2012, 23.

de la persona, su pudor e incluso de los bienes si el agresor era un ladrón nocturno o uno que lo hiciera de día violentamente.²

En el Derecho romano, la legítima defensa no permitía defenderse de cualquier ataque, sin duda era permitida para proteger la vida, la integridad corporal y el honor sexual, pero los bienes patrimoniales eran solo defendibles por vía privada y de forma legítima si había a la vez peligro para la persona. Sobre los requisitos en general, debía existir una agresión injusta: un peligro actual o inminente. En ese sentido, la defensa legítima deja de serlo una vez que el ataque desaparece, porque entonces se trataría de venganza y no de defensa. Se discute si en este derecho de legítima defensa aplicaba para la defensa de terceros o solo se permitía para defender a alguien con quien se tuviera vínculos domésticos, militares o jerárquicos.

Ya sea la figura de la legítima defensa o bien al menos la idea de tener permitido defenderse por sí mismo ante ciertas agresiones, estas se pueden seguir por el Derecho germánico, el Derecho canónico y el Derecho común. Desde la *Constitutio Criminalis Bambergensis*, la cual sirvió de base para la *Constitutio Criminalis Carolina* y con esta ya se ve bastante bien definida la citada figura en una serie de artículos.

También con la Revolución Francesa y el retomar de la idea del Derecho romano se dio más espacio a la legítima defensa sin tantas limitaciones. Ya para finales del s. XVIII, la dogmática alemana había separado la legítima defensa del homicidio para ubicarla en la parte general. Fue Paul Johann Anselm Feuerbach quien la situó así en el Código penal bávaro de 1813 y dio un importante paso en el Derecho positivo.³

² Jiménez de Asúa, *El delito: segunda parte*, 27 y ss.

³ Jiménez de Asúa, 29 y ss.

Sin pretender profundizar en los temas mencionados, lo importante es notar que la idea y la figura de la legítima defensa sí tiene una larga historia. Pero más bien esto ha implicado que a lo largo de su evolución ha encontrado diferentes aproximaciones y distintas formas de fundamentarla, lo cual ha implicado también diferencias en su extensión y requisitos exigidos. Por lo tanto, sería un grave error creer que hoy no hay temas por discutir y trabajar en relación con la legítima defensa y su papel en el sistema penal contemporáneo.

Con lo anterior en mente, el motivo de esta investigación surge con base en un caso hipotético planteado por Spendel: “Una esposa enojada derriba a golpes a altas horas de la noche a un ladrón armado que estaba abriendo la puerta de la casa, creyendo erróneamente tener ante sí a su marido de vuelta otra vez de una juerga.”⁴ Este será el ejemplo ilustrativo que describa aquellos supuestos en los cuales una conducta se ajusta a todos los requisitos objetivos de una legítima defensa, pero que no presente el elemento subjetivo. A esto se hará referencia en adelante como “el caso bajo estudio”.

En el fondo, este ejemplo muestra –en primer plano– un problema sobre cómo debe solucionarse, dentro de la teoría del delito, el caso de una conducta que se adecúa únicamente de forma objetiva al supuesto de una legítima defensa, pero sin que quien ejecuta la acción defensiva tenga conocimiento de estas circunstancias justificantes. Sin embargo, detrás de esta problemática tan específica se hallan asuntos generales como el papel limitador que cumple el concepto del bien jurídico y la concepción de injusto personal que se basa en un disvalor de acción y en un disvalor de resultado.

⁴ Spendel citado en Claus Roxin, *Derecho penal Parte general*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997, 596; también en Francisco Castillo González, *Derecho penal: parte general*. T. 2. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, 64.

La doctrina dominante actual decididamente exige la concurrencia de elementos subjetivos para aplicar la causal de justificación y soluciona los casos que se ajustan a lo expuesto por el ejemplo de Spindel, como una tentativa inidónea. Sin embargo, al momento de fundamentar esta postura, lo común es que se atribuya tal exigencia de elementos subjetivos para las causas de justificación como una consecuencia evidente al adoptar un concepto personal de injusto. Y la solución como tentativa inidónea se basa en la idea de que la concurrencia de elementos objetivos de una legítima defensa “compensa”, “levanta” o “elimina” el disvalor de resultado, y así permanece vigente el disvalor de acción; por lo tanto, solamente queda calificar el hecho como una tentativa.

El autor de esta tesis estima que tal postura mayoritaria debe ser revisada, porque puede no ser compatible con otros postulados y conceptos esenciales de un Derecho penal ajustado a la racionalidad y respetuoso, en lo posible, de las libertades del individuo.

El análisis propuesto en esta investigación además es relevante, porque manifestar que dicha exigencia es una consecuencia “evidente” del concepto personal de injusto, no es verdaderamente una explicación o fundamentación sustancial. Las propuestas que realice la dogmática penal con respecto a sus conceptos deben siempre ser fundamentadas en forma debida, lo cual implica que sus razonamientos deben estar claramente expuestos para que puedan ser analizados, objetados y, de ser necesario, mejorados.

Lo anterior tiene que ser de esa manera, si se entiende que el Derecho penal tiene un altísimo grado de responsabilidad por estar encargado de tutelar los bienes jurídicos

máspreciados por una sociedad. Además, si se toma en cuenta que el medio por el cual se ejerce esta tutela es con la aplicación de las sanciones legítimas más severas que puede imponer el Estado (comúnmente por medio de la privación de la libertad). Resulta entonces pertinente que funcione este nivel de responsabilidad.⁵

Es necesario que exista una especie de muro de contención que asegure un grado de racionalidad en las decisiones tomadas. Asimismo, resulta imperante que, si se aplica una sanción penal, si -por ejemplo- se priva a una persona de su libertad, esta decisión no se deba al arbitrio, sino que pueda ser revisada y confirmada o refutada examinando los argumentos usados. Por lo tanto, el Derecho penal debe ser muy exigente con el desarrollo doctrinario de sus conceptos y la sistematización armoniosa de estos; pues solo así se logra contener el poder punitivo del Estado. Esta idea la plantea mucho mejor Luzón Peña cuando cita a Gimbernat Ordeig:

La dogmática, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde comienza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución.⁶

Aunque esta investigación tiene un carácter primordialmente teórico-dogmático, la anterior cita sigue teniendo relevancia en las implicaciones prácticas del Derecho penal. Por ello, es de suma importancia revisar conceptos y cuestionar interpretaciones dogmáticas, siempre que esto vaya orientado a restringir en forma adecuada el ejercicio

⁵ Una reveladora verdad es decir que hablar de Derecho penal es, en esencia, hablar de violencia Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho penal. gene, 8: Parte general*. 8va. Ed. Rev. puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, 29 y ss.

⁶ Luzón Peña, *Aspectos Esenciales*, 15.

del *ius puniendi*. Esto es parte de lo que debe ser perseguido por el Derecho penal, al menos bajo un Estado Democrático de Derecho.

Entonces, se parte de la idea de que la postura sostenida por la doctrina dominante en relación con el caso bajo estudio no es necesariamente la más adecuada bajo un Derecho penal liberal. En concreto, se considera que es incompatible con el principio de lesividad y, bajo ciertas circunstancias, puede llevar a un Derecho penal que sancione basado únicamente en intenciones o en la peligrosidad demostrada por el autor, sin que haya acaecido siquiera una puesta en peligro de algún bien jurídico en concreto.

En concreto y de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, se propone la siguiente **hipótesis**: no exigir elementos subjetivos como requisito esencial para la aplicación de la legítima defensa es una posición compatible con una teoría personal del injusto, con los fundamentos de la legítima defensa y es la más adecuada bajo un Derecho penal liberal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Para tratar esta investigación se ha determinado como **objetivo general**: Demostrar que no exigir elementos subjetivos para la justificación de una conducta por aplicación de la legítima defensa es una solución más adecuada bajo un Estado Social y Democrático de Derecho en contraposición con la respuesta dada por la actual doctrina dominante.

Para lo anterior se ha establecido los siguientes **objetivos específicos**:

1. Exponer los presupuestos teóricos que sigue la doctrina dominante para llegar a su solución sobre una conducta que únicamente cumple objetivamente con las circunstancias de una legítima defensa, pero que carece de elementos subjetivos por parte de quien ejecuta la acción defensiva.

2. Demostrar que los fundamentos de la legítima defensa no conducen necesariamente a la exigencia de un componente subjetivo para justificar la conducta.
3. Exponer la posibilidad de justificar una conducta con base en la legítima defensa meramente objetiva bajo una teoría personal de injusto.
4. Analizar la exigencia de elementos subjetivos en la legítima defensa para justificar una conducta a la luz del principio de lesividad.

Ya se había mencionado que esta investigación tiene un carácter principalmente teórico respecto a la dogmática del Derecho penal y, por lo tanto, la forma de abordar esta tarea será por medio de una revisión bibliográfica. La decisión sobre la bibliografía por utilizar está determinada por la oportunidad de acceso al material. Pero también por un factor de influencia que esta pueda tener en el ámbito social en el que se desenvuelve quien escribe: el costarricense.

De acuerdo con lo anterior, los autores consultados fueron en gran parte escogidos por ser representantes de corrientes dogmáticas usualmente reconocidas y seguidas en Costa Rica. Los siguientes son autores ampliamente citados y consultados para esta investigación: se inicia tomando como base la dogmática alemana, la cual hoy encuentra un gran expositor en el profesor de Múnich, Claus Roxin. También se ha prestado referencia española del profesor Diego Manuel Luzón Peña, quien además ha sido exhaustivo en su estudio de la legítima defensa; desde Argentina y con notable reconocimiento en Costa Rica, se hace referencia del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni.

Finalmente, se ha consultado como representantes costarricenses, a los profesores Alfredo Chirino Sánchez, Ricardo Salas Porras y al maestro Francisco Castillo; quienes

además comparten la característica de haberse ocupado con notoria profundidad en el tema de la legítima defensa.

Lo anterior no significa que sean los únicos autores tomados en cuenta para la investigación; pero sí se reconoce que son autores con gran peso en esta y a quienes se les considera como expositores de la doctrina dominante en lo que respecta al objeto de esta investigación. También, en esta investigación se excluyen –por dificultad de acceso– dos textos que habrían brindado mucha más profundidad al tema. Se trata de dos obras publicadas por los autores: Javier Esteban de la Fuente con su texto “*El aspecto subjetivo de las causas de justificación*” y Maximiliano Rusconi quien publica “*El funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y lo subjetivo de las normas permisivas*”.⁷

Por otro lado, también se ha incluido una breve revisión jurisprudencial en el ámbito costarricense, para poder ligar los argumentos y reflexiones hechas a lo largo de la investigación al Derecho nacional.

Para continuar con lo anterior, la estructura del cuerpo de esta investigación consta de tres capítulos divididos en secciones y dentro de cada una de estas últimas se puede encontrar apartados, para separar mejor la exposición de ideas. El primer capítulo tiene una naturaleza esencialmente expositiva. En este se plantean las posturas teórico-dogmáticas que han aceptado los representantes de la doctrina dominante en relación con este tema.

⁷ A lo sumo se ha podido conocer de la existencia de estas obras por medio de Diego Araque Moreno, “El elemento subjetivo en las causas de justificación en la reciente doctrina argentina (a propósito de las obras de Javier Esteban de la Fuente y Maximiliano Rusconi)”, *Nuevo Foro Penal* 6, núm. 74 (2010): 181 quien hace un muy breve recuento de ambas.

El segundo capítulo es de naturaleza crítica-analítica y pretende cuestionar la solución brindada por la doctrina dominante para el caso bajo estudio, con base en postulados y referentes teóricos que ella misma ha aceptado. El tercer capítulo retoma las ideas que con mayor fuerza pueden sostener la hipótesis planteada en el Derecho penal costarricense. Es aquí donde se plasma la revisión jurisprudencial para traer el análisis doctrinario hecho hasta aquí a la realidad jurídica de Costa Rica.

Capítulo 1. Exposición de la doctrina dominante

El propósito de este primer capítulo es exponer la postura de la doctrina dominante en relación con conceptos y temas del Derecho penal que influyen en el problema de investigación. Aunque este capítulo se caracterice por ser principalmente expositivo, el abordaje de los conceptos y la selección de reflexiones aquí presentadas ya tiene en el fondo un propósito de crítica a la solución brindada por la doctrina dominante para el problema a investigar.

Para abarcar lo anterior propuesto, se divide en dos secciones: **la Sección A** expone conceptos del Derecho Penal General, estos son la base que debe servir para resolver el tema en cuestión. **La Sección B** presenta específicamente el tratamiento que este sector doctrinal le ha dado a los supuestos de hecho en los que se presenta de manera objetiva los requisitos de una legítima defensa, pero sin concurrir su elemento subjetivo.

Sección A. Presupuestos teóricos

La profundización en los siguientes conceptos tiene como finalidad aclarar qué se entiende por cada uno de ellos, se expone el contenido que está detrás de las meras nomenclaturas. Así, se debe evidenciar cuando exista un aparente acuerdo o desacuerdo que en realidad no tiene más razón de ser que el nombre usado.

Los temas por desarrollar son: i. El bien jurídico, ii. El juicio de antijuricidad, iii. El injusto personal, iv. La tentativa y v. La legítima defensa. Son todos conceptos de necesaria comprensión para poder discutir sobre la solución brindada por la doctrina dominante al problema de esta investigación. Evidentemente son conceptos que pueden

ser estudiados desde muy variadas perspectivas, de modo que en esta sección se pretende solo apuntar una definición general básica de los autores considerados como doctrina dominante, en cuanto al tema de esta investigación; y, en algunos casos, se acota análisis particulares sobre el concepto o reflexiones hechas por determinado autor, cuando estos abordajes sean especialmente relevantes o tengan incidencia en el caso bajo estudio. Resulta indispensable aclarar también que el orden en el que se presentan los conceptos o temas de esta sección, no implica ni representa en realidad una razón de subordinación, pertenencia o jerarquía entre los conceptos.

i. El bien jurídico

El profesor Zaffaroni efectúa una explicación sumamente útil, antes de discutir propiamente el concepto de bien jurídico. Comienza refiriéndose a que existen *entes* que el Derecho puede valorar como algo positivo o digno de protección. Sin embargo, es importante recalcar que estos *entes* no dependen de que el Derecho los reconozca. Es decir, en palabras de Zaffaroni el *ente* será aquello perteneciente al mundo del ser. Luego, el Derecho valora de manera positiva estos *entes* y los convierte así en objeto de un interés jurídico y a este conjunto de *ente* más *valoración jurídica favorable* se les denomina *bien jurídico*, pertenecientes estos al mundo del deber ser. Esta distinción es relevante por cuanto no se debe asumir que el *ente* es o equivale al bien jurídico. En lo sucesivo al escribir la palabra *ente* o *entes*, se hará referencia a esta idea planteada por Zaffaroni.

En cuanto al concepto de bien jurídico en sí mismo, este ha tenido naturalmente una evolución a lo largo de la historia. Varios autores coinciden en que inicia con

Birnbaum y de ahí, ha pasado por concepciones más o menos útiles y deseables.⁸ Ahora sí, tratando de descubrir una definición más de fondo sobre el concepto de bien jurídico, se puede analizar la definición de Roxin, quien lo comprende como “todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”⁹. El individuo, las personas de carne y hueso, son la parte central bajo esta definición. Se considera digno de protección aquello que posibilite el desarrollo de estas en libertad.

Y, aunque en la definición anterior se abarca la posibilidad de proteger elementos de un sistema (formas de organización social, aparato estatal, entre otros), la protección de tales entidades solo es debida en tanto cumplan una función para la parte central: el libre desarrollo del individuo. *Contrario sensu*, no cabe en esta definición de bien jurídico el simple mantenimiento de un sistema sin que haga referencia a la libertad de desarrollo individual.

De forma similar se encuentra la definición de Luzón Peña quien concibe los bienes jurídicos como “condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social”¹⁰. A pesar de que la escogencia de la palabra “ciudadanos” no es la más adecuada por ser más restrictiva que “individuos”

⁸ Aráuz Ulloa, Manuel. “El bien jurídico protegido”, *Revista de Derecho*, núm. 6 (2003): 106 Destaca el resumen de la evolución del concepto. Dentro de las concepciones poco deseables que menciono ha sido la tergiverzación usada por la “escuela” de Kiel. Dentro de las concepciones que llamo menos útiles, el autor refiere a concepciones conservadoras y positivistas bajo las cuales bien jurídico es aquel objeto que la ley protege.

⁹ Claus Roxin, “El Concepto de Bien Jurídico como Instrumento de Crítica Legislativa sometido a examen” 15, núm. 1 (2013): 5; En el mismo sentido Roxin, *Derecho penal Parte general*, 56 reitera “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

¹⁰ Luzón Peña, Diego-Manuel *Lecciones de derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, (2016), cap. 2 num. 13.

o “personas”, lo cierto es que en su esencia coincide con la definición de Roxin. En sí, ambas definiciones se refieren a aquello que es esencial para permitir el desenvolvimiento integral de las personas en una sociedad y, por ende, tienen una guía liberal.

De igual forma se encuentra la posición del profesor Francisco Castillo, quien se declara determinantemente partidario de la llamada teoría personal del bien jurídico. En el desarrollo de esta teoría él cita una definición de bien jurídico proporcionada por Otto¹¹, pero también recurre a la misma cita que ya se ha transcrito del profesor Roxin. Por lo tanto, resulta adecuado concluir que, al menos en la definición base del concepto de bien jurídico, coinciden los autores citados.¹²

Se podría cuestionar las definiciones dadas apuntando a que son extremadamente vagas y pocas concreciones pueden derivarse de ellas. Esto es cierto, pero justamente reconocido y defendido por el mismo Roxin, el concepto de bien jurídico no es ni pretende ser una formulación en extremo detallada, en la cual subsumir uno o varios problemas y extraer de manera directa de ello una solución determinada. Lo que sí pretende ser es un criterio con base en el cual se deba trabajar tanto para la creación como para la aplicación del Derecho.¹³ En este carácter de principio general, el concepto de bien jurídico sí debe ser abstracto.¹⁴

¹¹ Otto citado en Francisco Castillo González, *El bien jurídico penalmente protegido* (San José, C. R: Jurídica Continental, 2008), 43 “Bien jurídico es una determinada relación real de una persona con un valor concreto reconocido por la comunidad jurídica, descrita de manera apropiada en los tipos penales particulares- ‘unidades de función sociales’-, por la cual el sujeto jurídico personalmente se desarrolla con la aprobación del orden social”.

¹² También Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Traducción a la 5ta edición, vol. Volumen I (Perú: Pacífico Editores S.A.C., 2014), 10.

¹³ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 58.

¹⁴ En cuanto al carácter general del concepto, el profesor Castillo coincide cuando él se refiere a la función trascendente al sistema del concepto de bien jurídico. Castillo González, *El bien jurídico*, 40.

Otra preocupación suele ser el anclaje del concepto al Derecho. Es decir, que su contenido no se convierta en una arbitrariedad o se derive de otras áreas, como la sociología, pero sin algún fundamento en el ordenamiento jurídico. Anteriormente ya se mencionó que el bien jurídico cumple un papel en la interpretación y la creación del Derecho. Para cumplir su papel a cabalidad, el concepto de bien jurídico debe ser cognoscible por fuera, o si se quiere “antes” de la legislación penal. De lo contrario, se llegaría al absurdo de afirmar que la aprobación legislativa de cada norma crea o es en sí misma el bien jurídico por proteger.¹⁵ Cosa que fuertemente debe rechazarse. Por lo tanto, para obtener el contenido de los bienes jurídicos –siempre anclados al Derecho, pero a la vez manteniendo su utilidad– debe acudir al bloque Constitucional.¹⁶

Ya se adelantó que el concepto de bien jurídico cumple funciones tanto en la creación como en la aplicación del Derecho. Ahora es necesario abordar cuáles son estas funciones, específicamente en el Derecho penal. El profesor Francisco Castillo enumera claramente las principales y las clasifica entre intrasistémicas y extrasistémica.¹⁷ La primera función intrasistémica que menciona es la de justificación para el Derecho penal. En segundo lugar, indica que el bien jurídico sirve para clasificar los delitos según el o los bienes jurídicos que protege y, de esta forma, se constituye en

¹⁵ Sería la propuesta planteada por Jakobs según Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal* 79 (2012): 108.

¹⁶ Así lo manifiesta Roxin, *Derecho penal Parte general*, 55; También en Roxin, “El Concepto de Bien Jurídico como Instrumento de Crítica Legislativa sometido a examen”, 23 y 24; En cierto modo también reconoce la vinculación del concepto conforme a la Constitución, Castillo González, *El bien jurídico penalmente protegido*, 41. Este tema en específico intensifica su importancia cuando se discute la función del concepto de bien jurídico y su posible carácter vinculante en cuanto a la legitimidad de una norma. En otras palabras, si la ausencia de un bien jurídico en una norma penal implica su nulidad.

¹⁷ Castillo González, *El bien jurídico*, 35.

una guía en la interpretación de la norma. La tercera función la refiere a la determinación del disvalor de resultado y el disvalor de acción dentro de la teoría del injusto personal, seguida por él. Como cuarto punto manifiesta que el bien jurídico es necesario para establecer el aspecto material de la antijuricidad y la culpabilidad. Además, afirma, el bien jurídico sirve para desarrollar el contenido y los alcances de las causas de justificación. Finalmente, dentro de las funciones intrasistémicas, alude al papel del bien jurídico en la teoría de la imputación objetiva.

Por otro lado, considera que la función extrasistémica es de limitación al legislador y, por ello, una limitación al Derecho penal; esta última es precisamente la imposibilidad de seleccionar conductas para sancionar penalmente, cuando estas no ofendan bien jurídico alguno. En este aspecto acepta la función extrasistémica del bien jurídico solo como una máxima general, se refiere a su concepción antropocéntrica del Derecho¹⁸.

Precisamente, es esa visión la que lleva al doctor Castillo a pronunciarse partidario de la teoría personal del bien jurídico. En este sentido se posiciona de forma semejante a las definiciones de bien jurídico ya expuestas del profesor Roxin y Luzón en el caso de dar preponderancia a la protección de la persona, del individuo y solo con referencia a este, la protección del sistema.¹⁹ Con esto se acepta la existencia de bienes jurídicos colectivos y también la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, siempre que estos estén referidos a un bien jurídico personal,²⁰ en otras palabras, siempre que se esté en relación con la protección del individuo.

¹⁸ Llobet Rodríguez, Javier. "Historia del Derecho penal costarricense", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* 5 (2013): 23; Castillo González, *El bien jurídico*, 40.

¹⁹ Castillo González, *El bien jurídico*, 41; Opuesto a posiciones más funcionalistas que invierten esa prioridad y se enfocan primero en el "daño social" y luego en el individuo. Como bien apunta Roxin, *Derecho penal Parte general*, 68 esto podría llevar al atropello del desarrollo individual justificado por el mantenimiento del sistema. .

²⁰ Castillo González, *El bien jurídico*, 49.

El criterio de que el concepto de bien jurídico justifica/limita al Derecho penal sin duda puede aceptarse. Sin embargo, ubicar esta función como intrasistémica es riesgoso según cómo se entienda. Ya anteriormente se advirtió que no es conveniente pretender que la misma norma penal debidamente aprobada cree o sea en sí misma un bien jurídico, el mismo que pretende proteger, porque esto llevaría a una justificación tautológica. Es decir, la norma se justifica a sí misma por el simple hecho de existir. Y así todo el desarrollo de un concepto de bien jurídico con contenido sería innecesaria e inservible.²¹ Tiene que haber una guía constitucionalmente adecuada, la cual permita dilucidar los tipos penales que sí deben ser y cuáles no (porque no protegen ningún bien jurídico).

En conclusión, el concepto de bien jurídico –entendido con el corte liberal que ya se ha expuesto– debe servir en su expresión más general como un límite al *ius puniendi*. Esta función general de límite (o justificación si se le quiere ver así),²² se cumple de manera transversal en distintos estadios de la teoría del delito e incluso por fuera del sistema.

Para esta investigación el concepto de bien jurídico será principalmente abordado desde el análisis de antijuricidad y, como ya lo apunta el profesor Castillo, en su función

²¹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 55.

²² Raúl Zaffaroni, Eugenio. “Apuntes Sobre El Bien Jurídico: Fusiones Y (Con)Fusiones”, *Revista De Derecho* 3, núm. 1 (el 27 de enero de 2020): 23–40, <https://doi.org/10.47712/rd.2018.v3i1.15> Recientemente el profesor Zaffaroni ha planteado una crítica a la presunción de que los bienes jurídicos contemplados en los tipos penales son por ello ya “tutelados” o “protegidos”. Dice que esto es algo que se debería comprobar y no simplemente asumir dando por sentada una función preventiva de la pena. Sostiene que la idea de un bien jurídico tutelado y la función limitadora de un bien jurídico lesionado no son necesariamente y sin más identificables. El Derecho penal puede seguir sirviendo como límite al poder punitivo por medio de la exigencia de lesión a un bien jurídico, pero ello no implica por sí mismo que haya un bien jurídico “tutelado”.

de elaborar el contenido de las causas de justificación para la determinación del alcance de la legítima defensa y su relación con elementos subjetivos para su aplicación.

ii. El juicio de antijuricidad

Muchos autores se preocupan por hacer distinciones terminológicas entre el injusto y la antijuricidad.²³ Suele decirse que la antijuricidad se refiere a la relación de contrariedad entre una conducta y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la antijuricidad sería característica de una conducta y no es un concepto exclusivo del Derecho penal. Sin embargo, si se quiere hablar de antijuricidad en el ámbito penal, debe acotarse que no se trata de una conducta cualquiera, sino que debe ser una conducta calificada de acción típica. En cambio, el injusto penal, este sí ya es específico del Derecho penal, no refiere tanto a la relación de contrariedad sino ya al objeto (des)valorado; es decir, a la acción típica calificada además de antijurídica.²⁴

Otros autores han optado por usar ambos términos indistintamente.²⁵ Luzón Peña además explica que el uso del término “lo injusto” fue adoptado como una traducción literal del alemán “*das Unrecht*”, pero que él preferiría el uso del término “lo ilícito”. Sin embargo, renuncia a esta preferencia, ya que el uso de “lo injusto” ya está ampliamente instaurado.²⁶ El autor de esta tesis considera que, si se tienen claras las precisiones

²³ Sobre por qué utilizar “antijuricidad” y no “antijuridicidad” puede verse Jiménez de Asúa, Luis, *El delito*, 4. ed., Tratado de Derecho Penal, Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Losada, (1977), 963 explica que al tratarse de un neologismo requerido para plasmar las ideas de la doctrina alemana al español, no hay razón de peso para complicar la escritura y pronunciación con más letras y ante dos posibles conceptos nuevos puede escogerse el más sencillo.

²⁴ En este sentido Roxin, *Derecho penal Parte general*, 558 y; Castillo González, *Derecho penal*, 20; Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, Volumen I:345.

²⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *El delito*, 960.

²⁶ Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal.*, cap. 13 nm. 26.

anteriores, no deberá existir confusión al utilizar los vocablos. De esta forma, por tratar aquí un tema de Derecho penal, salvo que se indique claramente lo contrario, al hablar de antijuricidad se hace referencia a una ulterior característica de una acción que ya ha pasado el filtro de la tipicidad.

Con esto claro, y antes de abordar el concepto de antijuricidad en sí mismo, resulta importante establecer su relación con la tipicidad. La posición actualmente mayoritaria considera que se trata de una relación indiciaria en la cual la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuricidad.²⁷

Roxin elabora un poco más e indica que la tipicidad es “*ratio essendi* de la pertenencia del hecho al *typus* de injusto, pero en cambio solo *ratio cognoscendi* de su antijuricidad en el caso concreto”.²⁸ Cuando Roxin expresa *typus de injusto* hace referencia a que la comprobación de tipicidad es en esencia la comprobación de que el supuesto de hecho se adecúa a un tipo penal en específico, a un tipo o clase de delito. Con la comprobación de la tipicidad se agotan entonces los elementos para determinar un tipo específico de potencial injusto penal.

En cambio, en cuanto a la relación entre tipicidad y antijuricidad se decanta porque aquella sea *ratio cognoscendi* de esta. Es decir, la tipicidad no implica ni es *per se* un juicio definitivo de antijuricidad. Es *ratio cognoscendi* porque solo por medio de una conducta que ya ha superado el juicio de tipicidad es que se puede pasar a conocer

²⁷ Luzón Peña, Lecciones, cap. 12 num. 8. Nótese que Luzón, a pesar de reconocer esta como la posición mayoritaria o dominante, no se adhiere a la misma. La postura de Luzón Peña será vista más adelante, pero en general es la que ve la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuricidad, derivado de la teoría de los elementos negativos del tipo.

²⁸ Gallas citado en Roxin, *Derecho penal Parte general*, 288; También en Claus Roxin, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. Enrique Bacigalupo, Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo. Buenos Aires: Edición Depalma, (1979), 276.

sobre una posible antijuricidad con relevancia penal. La tipicidad es un paso previo que brinda los elementos de y permite conocer sobre la antijuricidad penalmente relevante.

De manera similar se puede ver a Francisco Castillo, quien advierte que podrían considerarse posturas diferentes la que habla de la tipicidad como *ratio cognoscendi* y otra que la ve como indicio de la antijuricidad. Sin embargo, inmediatamente reconoce que las distinciones son de mucho detalle y sin implicaciones prácticas.²⁹ Por lo tanto, siguiendo el pensamiento del profesor Castillo, se tratarán ambas posturas en conjunto.

Desde el punto de vista de Castillo, la tipicidad es un indicio de la antijuricidad en tanto “con la determinación de que una acción es típica porque realizó el tipo penal no se ha establecido un juicio definitivo sobre la antijuricidad de la conducta. Simplemente hay la constatación general y provisional de que se cometió un injusto punible”³⁰.

Al comentar de una constatación provisional se puede observar que entonces un hecho que calce en un tipo penal no es valorado de forma neutra, si se quiere ver así, es una primera alarma que indica que el comportamiento puede, por lo general, conformar un injusto penal. Este componente de generalidad; es decir no referirse aún al caso concreto en su totalidad, resulta ser precisamente a lo que se refiere Roxin con que esa evaluación del caso individual y dañosidad social de la conducta con todas sus circunstancias únicas, es un análisis que se excluye de la tipicidad y se deja a la antijuricidad.³¹

²⁹ Castillo González, *Derecho penal*, 2010, 18.

³⁰ Castillo González, 19.

³¹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 287.

Coincide en esto también Zaffaroni, quien dice que la teoría que asigna a la tipicidad un carácter indiciario con respecto a la antijuricidad es la más adecuada.³² Zaffaroni expresa la misma posición cuando indica que el ordenamiento jurídico se compone de normas prohibitivas y preceptos permisivos. Con la comprobación de tipicidad solamente se evidencia la contradicción con una norma prohibitiva y con ello se puede hablar de antinormatividad,³³ pero no aún de antijuricidad; pues es posible que esa antinormatividad encuentre aplicable un precepto permisivo y así se excluya la contrariedad con el ordenamiento jurídico (excluye la antijuricidad).

De manera clara, expresa Zaffaroni que con la tipicidad no se puede saber si existe una efectiva afectación al bien jurídico porque, de ser aplicable un permiso deja de haber un bien jurídico tutelado. Recuérdese la distinción de Zaffaroni que se expuso al hacer referencia del concepto de bien jurídico. Para Zaffaroni, con el cumplimiento del tipo penal; es decir, la comprobación de la tipicidad, solo se puede decir que se ha afectado un *ente*, pero la comprobación en concreto de que la afectación de ese *ente* sea desvalorada por el Derecho aún está por verse.

Claro que no se puede ignorar que los supuestos de hecho descritos en los tipos penales han sido establecidos precisamente porque en general esa conducta sí lleva a una afectación desvalorada del *ente*, la cual en principio el ordenamiento jurídico quiere

³² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general*. T3, 5. reimpresión (Buenos Aires: EDIAR, 2009), 213.

³³ Debe recordarse que Zaffaroni sostiene una posición particular en cuanto a la tipicidad conglobante que es lo que lo lleva a hablar de antinormatividad con la comprobación de este tipo global. Con esa salvedad creo que la postura para la relación entre tipicidad y antijuricidad se puede agrupar junto con la de Roxin y Castillo sin mayor problema. Zaffaroni, 229. La teoría de una tipicidad conglobante es, a mi parecer, un correctivo de la tipicidad que pretende dejar por fuera conductas que -a pesar de caber en la literalidad del tipo penal- no se pretenden prohibir. Similar a lo buscado por las teorías de la imputación objetiva; esta posición sobre la tipicidad conglobante y por ende la distinción entre antinormatividad y antijuricidad parece ser seguida en Costa Rica por el profesor Ricardo Salas. Salas Porras, Ricardo, *Derecho Penal General*, 1ra edición. San José, Costa Rica: IJSA, (2020), 131.

evitar. Y, por eso, se puede afirmar que la comprobación de tipicidad sí implica un indicio o presunción de antijuricidad. Por esto, Zaffaroni manifiesta que en el tipo en realidad se trata con “presuntos bienes jurídicos”.³⁴ En este sentido el profesor Zaffaroni coincide, aunque quizás de manera más tajante, con los profesores Roxin y Castillo.

Distinta es la posición de Diego Manuel Luzón Peña, quien considera que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuricidad. Llega a esta conclusión como consecuencia de apegarse a la teoría de los elementos negativos del tipo. Dicha teoría no separa la tipicidad y la antijuricidad como categorías distintas en la teoría del delito.³⁵

En cambio, desde la teoría de los elementos negativos del tipo, ya la tipicidad significa también antijuricidad y, por ello, se indica más bien de “acción típicamente antijurídica” en vez de “acción típica y antijurídica”. Se trata entonces de un tipo global de injusto o tipo total en el que se observa una parte positiva que consta de los elementos descritos para cada figura de la parte especial (lo que vendría a ser el tipo para la estructura tripartita) y una parte negativa que contiene todas las causas de justificación. Esa parte negativa del tipo sería entonces comprobada mediante la no concurrencia de sus elementos (la no concurrencia de causas de justificación).³⁶

A pesar de insistir en que se trata de una misma categoría, esta teoría sí reconoce que la parte positiva y la parte negativa de este tipo total de injusto cumplen funciones diferentes. Indica Luzón que la relación existente entre la parte positiva y la negativa es de regla-excepción por razón cualitativa. Es lo normal que una conducta que cumple la

³⁴ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, 3, 225.

³⁵ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 12, num. 10. Dice Luzón Peña que esta teoría fue defendida por A. Merkel ya en 1889 y por Frank y Radbruch a principios del S. XX; Lo mismo se puede leer en Roxin, *Derecho penal Parte general*, 283 y también remite a Hirsch, 1960, si se quiere ver un análisis crítico sobre el tema.

³⁶ Castillo González, *Derecho penal*, 18; Luzón Peña, cap. 12, num. 10; Roxin, 284.

parte positiva esté prohibida, pero bajo ciertas circunstancias (cualitativamente excepcionales) esa conducta puede estar permitida o al menos no prohibida.³⁷

Por un lado, la función de la parte positiva es describir elementos objetivos y subjetivos de una conducta que normalmente supone una ofensa a bienes jurídicos y, por ello, es indicio de antijuricidad. Por otro lado, la parte negativa se encarga de confirmar lo inicialmente supuesto con la parte positiva.³⁸

Esta teoría lleva a aceptar que toda conducta, para que sea típica, debe ser a la vez antijurídica. A pesar de que la teoría de los elementos negativos del tipo pueda tener ciertas ventajas³⁹, cabe indicar que se prefiere la posición que separa como dos categorías analíticas distintas a la tipicidad y la antijuricidad. Principalmente por la distinción sustancial en la función y estructura que existe entre un tipo penal (la descripción típica de la conducta prohibida) y las causas de justificación⁴⁰ que hacen más conveniente separar el momento de su conocimiento en la teoría del delito en momentos analíticos claramente distintos.

Una vez aclaradas las posiciones que se refieren a la relación entre tipicidad y antijuricidad, se puede exponer el contenido del injusto penal y el juicio de antijuricidad propiamente dicho. Ya en el juicio de antijuricidad se trata de constatar definitivamente si la conducta pasa de una mera presunción de suficiente afectación a un bien jurídico a

³⁷ Aquí se puede vislumbrar la posición de Luzón Peña sobre diferencias entre causas de justificación que permiten y otras que simplemente dejan no-prohibida la conducta. Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 12, num. 13.

³⁸ Aquí parece que la comprensión de las funciones se asemeja demasiado a lo que ya plantea la doctrina dominante con la separación entre tipicidad y antijuricidad. Sin embargo, una diferencia notable es que tanto las causas de atipicidad como las de justificación se conocen en la misma categoría analítica (la parte negativa del tipo), Luzón Peña, cap. 12, num. 11.

³⁹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 285.

⁴⁰ Quizás la denominación "tipo permisivo" pueda llevar a creer que son idénticos a un tipo prohibitivo solo que uno permite y otro prohíbe una conducta. Pero esto no es así, la distinción la hace claramente: Roxin, 286 y será posteriormente abordada.

una efectiva ofensa a este; o si, por el contrario, se llega a la determinación de que la conducta, enmarcada en la totalidad del hecho, no lesiona o pone en peligro un *ente* bajo las circunstancias que el Derecho estima necesarias para su protección. En pocas palabras, se constata si el hecho en concreto ofende o no un bien jurídico.⁴¹

Para llegar a esta constatación es bastante extendido utilizar dos conceptos: antijuricidad formal y antijuricidad material. A pesar del aparente acuerdo o admisión de estos dos términos, lo único en que concuerdan es la nomenclatura, porque sin duda existen diferencias en la forma de entender una y otra vertiente de la antijuricidad. Dichosamente se pueden extraer los distintos matices que cada autor ofrece según su explicación del tema.

Así, indica Roxin que: “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 nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extra-penales”⁴². De esta primera aproximación resulta interesante que, por la manera en que se formula la explicación, brinda la impresión de que la antijuricidad formal y material fueran conceptos independientes. Sin embargo, ya se verá que –aunque no lo exponga en forma explícita– Roxin no ve la antijuricidad formal y material como dos conceptos separados e independientes.

⁴¹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 220.

⁴² Roxin, 558.

También diferencia entonces entre injusto formal e injusto material. Recuérdese que la antijuricidad, aunque relacionada con, no es lo mismo que el injusto. La antijuricidad es el proceso de análisis al que se somete una conducta y el injusto penal es el objeto que se obtiene cuando se ha verificado el juicio de antijuricidad sobre una conducta típica⁴³.

De acuerdo con lo expuesto, el injusto abarca la acción ya verificada en su tipicidad y en su antijuricidad. Por lo tanto, al hablar de injusto material se puede abordar tanto desde la tipicidad como desde la antijuricidad. Así lo analiza Roxin al indicar que el injusto material tiene relevancia en el tipo porque es en él que se define o determina el bien jurídico que se ha decidido, es generalmente necesario proteger mediante el Derecho penal.

Por otro lado, desde la antijuricidad puede excluirse el injusto –precisamente por su contenido material– cuando haya un resultado provechoso a nivel social o cuando el daño social no es penalmente relevante. Con esto admite que, aunque se sacrifique un *ente* que bajo otras circunstancias sería considerado bien jurídico, se puede excluir el injusto desde la antijuricidad material cuando el resultado sea socialmente adecuado.⁴⁴

Roxin le atribuye tres funciones principales al contenido material de la antijuricidad: la primera es la graduación del injusto, con solo la aproximación formal solo se podría afirmar o negar la conformación del injusto sin posibilidad de apreciar la gravedad con la que se ha ofendido el bien jurídicamente protegido. Luego, expone que también permite interpretar el tipo penal para así excluir conductas que –aunque se adecúen literalmente

⁴³ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 367; en el mismo sentido Castillo González, *Derecho penal*, 2010, 20.

⁴⁴ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 558.

a la letra de la descripción– no caigan dentro del ámbito de protección pretendido. Y de último, coincidente con la función apuntada para el bien jurídico, sirve para desarrollar el contenido de las causas de justificación.⁴⁵

Antes se mencionó que en la cita inicial parece que la antijuricidad formal y la antijuricidad material fueran dos separadas, pero en realidad Roxin no pretende que sean conceptos independientes. Más bien se trata de un mismo concepto (el de antijuricidad) abordado desde diferentes aproximaciones: una formal y una material.

Lo anterior se puede observar al leer a Roxin explicándose sobre la usual crítica de que la antijuricidad material es un criterio extralegal y arbitrario que pretende desplazar la antijuricidad formal. Ante esto, él exhorta que el contenido de la antijuricidad material no es ajeno al Derecho, sino que es obtenido dentro de los límites del Derecho vigente, con base en el marco Constitucional. De esta forma, no se trata de que una acción pueda ser formalmente jurídica, pero a nivel material antijurídica, sino que por medio de la antijuricidad material se averigua si la conducta es permitida o no bajo el ordenamiento jurídico desarrollando, por ejemplo, el contenido y los alcances de causas de justificación.⁴⁶

Entonces, se puede explicar que la antijuricidad tiene una definición formal: contrariedad con el ordenamiento jurídico. Pero, en casos complejos, para averiguar cuándo se da esa contrariedad, se debe acudir a una definición material de la antijuricidad: la efectiva ofensa a un bien jurídico penalmente protegido. La vertiente

⁴⁵ Roxin, Derecho Penal Parte General, 559.

⁴⁶ Roxin, 561 y ss.

material de la antijuricidad le da entonces profundidad a la definición formal, pero son en realidad aspectos de una única antijuricidad.

En cambio, Francisco Castillo al referirse a la antijuricidad formal y la antijuricidad material parece que sí los ve como conceptos separados e incluso les atribuye consecuencias distintas en la teoría del delito. El autor indica que la doctrina dominante define la antijuricidad formal como contradicción general de un comportamiento contra el orden jurídico. Aclara que la antijuricidad penal formal requiere que la acción sea típica y no haya una causa de justificación que la ampare. Decididamente manifiesta “En este caso se habla de que existe un injusto formal. Si no hay antijuricidad formal, no existe delito y no es posible ni necesario examinar la existencia de la antijuricidad material”⁴⁷. Para el profesor Castillo la constatación de la antijuricidad formal se lleva a cabo simplemente mediante una comprobación negativa de la concurrencia de causas de justificación.

En cuanto a la antijuricidad material agrega que esta se comprueba como violación a la norma primaria; es decir, la norma de comportamiento. Esto debido a que la antijuricidad material la entiende como dañosidad social, lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

No obstante, don Francisco Castillo asegura que la exclusión de la antijuricidad material únicamente afecta la punibilidad de la conducta, pero mantiene la acción típica y antijurídica.⁴⁸ Esta conclusión solo es posible si se entienden los conceptos, diferente

⁴⁷ Castillo González, *Derecho penal*, 25.

⁴⁸ Castillo González, 29. Esta misma razón la reitera en página 31, num. 19.

a lo que se expuso según Roxin, como elementos separados por completo, tanto en contenido como en función.

En conclusión, para el señor Francisco Castillo, a pesar de reconocer la existencia de ambos conceptos (antijuricidad formal y material), sostiene que solo la ausencia de antijuricidad formal puede excluir el injusto. Paradójicamente, las otras funciones que le asigna a la antijuricidad material sí coinciden con las expuestas por Roxin. Esto resulta confuso porque, según el concepto de Roxin, en su tarea de averiguar y desarrollar las causas de justificación, una comprobación material de ausencia de antijuricidad debería excluir la conformación del injusto penal y así se da lugar a una causa de justificación derivada de la interpretación del ordenamiento jurídico.

En el caso de Luzón Peña, se aclara que su exposición sobre la antijuricidad formal y material se ve desde su perspectiva que acepta la teoría de los elementos negativos del tipo que ya se presentaron. Por lo tanto, para él sería erróneo afirmar que la antijuricidad se verifica con la ausencia de causas de justificación; pues su concepto de injusto total no separa la antijuricidad de la verificación positiva de lo que para la teoría dominante es el tipo. Aun así, Luzón indica que “en sentido formal la antijuricidad es una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente la contrariedad a Derecho de la conducta”⁴⁹. Esta definición de antijuricidad formal es en lo sustancial acorde con las ya expuestas.

Continúa Luzón Peña cuando indica que con la definición anterior no se puede saber aún la razón de fondo por la cual la conducta es considerada contraria a Derecho. Para ello hay que recurrir al concepto de antijuricidad material. Sin embargo, al definir la

⁴⁹ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13, num. 1.

antijuricidad material, Luzón se opone a la tradicional frase que reza “lesión o puesta en peligro del bien jurídico”; pues considera que es necesario especificar más allá sobre cómo debe ser esa lesión o puesta en peligro. Para él esta definición es producto de un concepto objetivista de la antijuricidad y deja de lado la necesidad de un disvalor de acción. Se basa en que no puede haber antijuricidad material si la lesión del bien jurídico se da sin que haya un disvalor de acción; por lo tanto, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico debe ser además “*reprobables*”.⁵⁰

Este tema del disvalor de acción será debidamente atendido más adelante, pero desde ahora cabe indicar que en principio no se discrepa de la posición del profesor Luzón, ni se considera inadecuado que quiera explicitar ese aspecto ya en la definición de antijuricidad material.

Llega así a la siguiente definición: “**antijuricidad (penal) material significa afectación: lesión o puesta en peligro reprobable (y grave) de un bien jurídico en concreto y del propio Derecho**”⁵¹. En cuanto a estas consideraciones, sus reflexiones coinciden bastante con lo expuesto por Roxin, en tanto que la antijuricidad formal y material no son conceptos autónomos, sino que el segundo es un medio para profundizar sobre el primero. Sí es necesario rescatar la muy adecuada incorporación de que para la verificación de la antijuricidad material se debe dar una afectación de un bien jurídico **en concreto**. Aunque la misma consecuencia se pueda extraer tras leer las reflexiones de los otros escritores, el autor de esta tesis considera pertinente incluir este aspecto desde la definición misma.

⁵⁰ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13 num. 3.

⁵¹ Luzón Peña, cap. 13, num. 4.

Aparentemente, Zaffaroni se opone a la distinción entre un concepto de antijuricidad formal y uno material. La base de su enemistad con el concepto de antijuricidad material tiene una razón histórica⁵², apunta que la politización del concepto es peligrosa y ha sido utilizada para legitimar regímenes como el de Alemania nazi. En específico, le parece impresentable la admisión de *causas supra-legales de justificación* fundadas en un concepto de antijuricidad material. En otras palabras, la posibilidad de que ciertos supuestos de hecho, a pesar de ser formalmente antijurídicos, no se abarcan por una antijuricidad material. Y esta preocupación es tan grave porque, para Zaffaroni esa admisión deja que con facilidad se invierta el argumento para admitir que existen supuestos que, a pesar de ser jurídicos a nivel formal, se consideren antijurídicos en forma material y, por ende, se forme un injusto penal por fuera de la ley.⁵³

Por todo esto concluye Zaffaroni diciendo que no existen dos conceptos de antijuricidad. La antijuricidad siempre es formal porque solo se puede fundamentar en un texto legal. Pero a la vez es siempre material porque significa una ofensa a un bien jurídico y esto puede ser usado para *determinar* la causa de justificación.⁵⁴ Esto llega a confirmar que la distinción “formal” y “material” se hace solo como distintas aproximaciones (formas de conocer) un mismo concepto.⁵⁵

⁵² Para conocer sobre el origen del concepto de Antijuricidad material puede verse Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, 3, 562; y aún más elaborada la presentación de Jiménez de Asúa, *El delito*, 978.

⁵³ Zaffaroni, 562 y ss.

⁵⁴ Zaffaroni, 570.

⁵⁵ En el mismo sentido y con gran claridad expositiva Luiz Flavio Gomes, “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: Contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido” (ProQuest Dissertations Publishing, 2001), 381.

Cabe indicar que no se considera que la preocupación de Zaffaroni sea motivo para descartar la idea de abordar la antijuricidad desde su perspectiva material. Tampoco se estima que sea posible “invertir” el argumento como él menciona, porque existen reglas muy diferentes en cuanto a la interpretación jurídica cuando se trata de reconocer ámbitos de libertad (que sería lo que haría el reconocimiento de causas de justificación *supra-legales*, pero igual enmarcadas en el bloque de Constitucionalidad) frente a las reglas de interpretación permitidas cuando lo que se hace es restringir libertades (lo que Zaffaroni apunta como peligroso por abrir una puerta al reconocimiento de injustos materiales mas no formales). Contra esta última opción –definitivamente impensable y despreciable– existen ya otras barreras dentro de nuestro Derecho penal que asegura que esto no suceda.

En todo caso, todos los autores han reconocido que el bien jurídico juega un papel en la antijuricidad. Específicamente porque debe comprobarse una ofensa a este para poder imponer la sanción penal. Y, a excepción del profesor Castillo, todos coinciden en lo que procede cuando no se verifique tal ofensa: la exclusión de la antijuricidad.

iii. Injusto personal

La evolución histórica del concepto de injusto⁵⁶ ha variado su caracterización entre un injusto exclusiva o eminentemente objetivo y uno con predominio subjetivo⁵⁷ y los matices que se puedan encontrar en medio. En ese sentido, resulta pertinente hacer un

⁵⁶ Si se quiere ver más sobre la evolución histórica de lo injusto se puede ver Jiménez de Asúa, *El delito*, 963; también en Roxin, *Derecho penal Parte general*, 319.

⁵⁷ Si se quiere ver una propuesta de una teoría del delito sostenida sobre una concepción subjetiva de injusto penal: Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito ciccunscripto al disvalor de acción*, Reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, (2001).

breve repaso por la evolución de los sistemas que se ha seguido en la moderna teoría del delito a manera de contextualización. Posteriormente, para abordar el injusto personal, se partirá del concepto de norma penal y sus implicaciones en la conformación del injusto.⁵⁸

Entonces se inicia con una somera mención a la situación previa al s. XIX cuando no se hacía separación entre los conceptos de injusto y culpabilidad a manera de precedente a lo que se considera la moderna teoría del delito. Adolf Merkel defendía una postura subjetivista al entender que la contravención de la norma penal requería siempre, *a priori*, de un sujeto imputable; por ello, era imposible separar injusto y culpabilidad. Con el aporte de Rudolph von Ihering, quien desde el derecho civil introduce un concepto objetivo de antijuricidad, se comienza a abandonar la situación descrita, aunque Ihering no llegara al punto de separar al injusto de la culpabilidad.⁵⁹

Ya situados en el sistema clásico del delito, cuyos exponentes de obligatoria mención son von Liszt y Beling, se tiene una concepción inspirada en un positivismo científico y consecuentemente un concepto natural de la acción humana. Se caracterizó por una clara distinción entre los elementos objetivos y subjetivos que conformaban el delito, con una tajante separación entre los aspectos externos (objetivos) del hecho, que serían conocidos y analizados desde la tipicidad y la antijuricidad; mientras que toda la parte interna (subjetiva) era tratada desde una concepción psicológica de la

⁵⁸ Sancinetti, 43 Aunque su postura difiere en extremo con respecto a mi visión del injusto, acierta en que “Las investigaciones sobre el ilícito han partido siempre de la cuestión relativa al concepto de norma, más precisamente, de la teoría de las normas.”

⁵⁹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 196 y 321.

culpabilidad.⁶⁰ De manera evidente, para este estadio de la teoría del delito el **injusto era absolutamente objetivo** y el caso bajo estudio no sería controvertido; pues sería justificado ya que para excluir el injusto solo importaría verificar la parte externa del hecho y su adecuación objetiva a la causa de justificación.⁶¹

Para 1930 el sistema clásico del delito en Alemania ya había sido superado por una reformulación que hoy se denomina sistema neoclásico del delito. Este se aleja del positivismo científico que había regido el sistema clásico, el Derecho apuntaba ahora más decididamente a fines y valores; pues se enfoca con un lente teleológico propiciado por el neokantismo y el reconocimiento de las ciencias del espíritu.

En esta época destaca la exposición de Mezger. Vale la pena mencionar que él seguía entendiendo el injusto como el quebranto a una norma de valoración, sin necesidad de atender al destinatario de la norma porque este sería relevante solo para la culpabilidad como espacio para valorar el acato a una norma de determinación. La extrema objetividad asignada al injusto en el sistema clásico era en parte insostenible por la existencia de ciertos tipos de injusto que son incomprensibles sin contemplar en ellos ciertos elementos subjetivos.

Según lo anterior, uno de los grandes cambios del sistema neoclásico se da en el tipo, que deja de verse como meramente descriptivo y pasa a tener componentes normativos-valorativos. Se expone el hecho de que ya en el mismo tipo hay muchas veces elementos de carácter subjetivo que son necesarios para configurar el verdadero

⁶⁰ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, Volumen I:300 y ss.; Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal*, cap. 9 nm. 16 y ss. Santiago Mir Puig, *Derecho penal: parte general*, 5. ed (Barcelona: Reppertor, 1998), 154; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 198.

⁶¹ Felipe De La Fuente Hulaud, "Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XVI (1995): 218.

comportamiento prohibido. Estos llamados elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto⁶² ya acarrearán cierto grado de subjetivación del injusto penal que, para el sistema clásico, era tan marcadamente objetivo.

La antijuricidad también pasó a tener más profundidad con una concepción material asociada a la idea de dañosidad social. Aunque se pretende que siga siendo predominantemente objetivo, lo cierto es que ya lo subjetivo había permeado en el injusto penal. Para finalizar la idea, no se omite mencionar que el estrato de culpabilidad pasa a ser uno de orden normativo y no psicológico.⁶³

Después del sistema neoclásico se puede hablar de una teoría del delito formada por los postulados de la teoría final de la acción que comenzó a desarrollar Hans Welzel desde la década de los treinta. El concepto de acción, desde esta teoría, parte de la premisa de que aquella tiene un carácter pre-jurídico y el sistema penal debe pensarse y desarrollarse siempre referido a este concepto ontológico. La realidad que supone esta teoría es que cada acción humana va mentalmente dirigida a un objetivo; es decir, tiene una finalidad perseguida mediante la elección de determinados medios. Para ello, es necesario aceptar que toda acción humana requiere conocimiento y voluntad de ser ejecutada (con los evidentes problemas que esto representa para los delitos imprudentes).

Gracias al razonamiento antes expuesto que se obtiene el mayor aporte del finalismo: una escisión en elementos subjetivos que permite trasladar el dolo al análisis de tipicidad, reservando para la culpabilidad la comprensión de antijuricidad y capacidad

⁶² Puede verse un amplio desarrollo sobre estos en Jiménez de Asúa, *El Delito*, 825 y ss.

⁶³ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 9 nm. 25 y ss. Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, Volumen I:302 y ss.; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 198 y 199; Fernando Molina Fernández, "El Concepto de Injusto en la Evolución de la Teoría Jurídica del Delito". *Revista Chilena de Derecho* 22, núm. 2. 1995: 283.

de actuar conforme a Derecho. Este traslado implicó una definitiva subjetivación del injusto.⁶⁴ En específico dice Jescheck que:

Con el traslado del dolo se alcanzó al fin una subjetivación de la antijuricidad que además condujo a un cambio en el concepto material del injusto. A partir de este momento los elementos subjetivos del tipo fueron agrupados junto con el dolo bajo el concepto superior de “elementos personales del injusto”, y el “desvalor de acción” confrontado al “desvalor de resultado” [...] La doble contemplación de la antijuricidad, bajo los aspectos de la voluntad de acción antijurídica y de la infracción del objeto, mostró que el injusto no se agotaba en la causalidad del resultado socialmente dañino sino que debía ser visto en un “fracaso socialmente considerable” de la persona, concepto éste en el que están fusionadas la voluntad de acción del delincuente y el resultado delictivo.⁶⁵

En igual sentido se puede observar la explicación de Luzón que indica:

[...] como los siguientes elementos del delito, **tipicidad y antijuricidad**, van referidos a la acción, han de ser calificativos o predicados que afectan no sólo a la parte externa de la conducta, sino precisamente también al elemento fundamental de la acción, es decir, su finalidad. [...] Por ello el tipo y la antijuricidad se subjetivizan, ya no son elementos exclusiva o predominantemente objetivos, como se concebían en los conceptos anteriores del delito, sino que tienen siempre carácter mixto: objetivo y subjetivo.⁶⁶

Ambos autores son consistentes al mencionar que con el traslado del dolo al análisis de la tipicidad se termina por completo con la idea de un injusto objetivo proveniente de los dos sistemas anteriores.⁶⁷ Así, el finalismo introduce a la norma de

⁶⁴ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 199 y ss.; Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 9 num. 45 y ss; Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, 312 y ss.

⁶⁵ Jescheck y Weigend, , 314 y 315.

⁶⁶ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 9 num. 48.

⁶⁷ En el mismo sentido, De La Fuente Hulaud, “Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal”, 219.

determinación en la fundamentación del injusto y ya no como fundamento de la culpabilidad que había sido asignada en sistemas anteriores.

Actualmente, la doctrina dominante defiende una teoría personal del injusto. Sin duda existe en esta teoría cierta influencia del finalismo y el desarrollo de Welzel siguiendo su teoría final de la acción. Pero lo cierto es que la aceptación mayoritaria de esta teoría personal del injusto se ha dado de forma independiente a la teoría final de la acción,⁶⁸ y más bien solo aprovecha la posibilidad de ubicar el dolo natural en la tipicidad, pero para la culpabilidad reserva otros componentes subjetivos como la capacidad de comprender la prohibición y posibilidad de actuar conforme a ella.

Entonces, la doctrina dominante no se considera adherida a una teoría final de la acción y no desarrolla el sistema con base en los postulados de dicha teoría. Aunque sí mantienen un injusto subjetivo-objetivo⁶⁹ con el análisis del dolo en la tipicidad y la comprensión de la antijuricidad en la culpabilidad.

Al no seguir la teoría final de la acción, en su lugar se ha optado (principalmente Roxin y Luzón) por el llamado concepto personal de acción que tiene, junto con el concepto de injusto personal, gran inspiración en el finalismo,⁷⁰ pero sin partir de sus postulados. En cambio, el concepto personal de acción establece que esta es una manifestación de la personalidad; es decir aquellas externalizaciones que le sean atribuibles al yo, no así las que, si bien externalizadas por un ser humano, no responden a un mínimo de consciencia o voluntad de la persona. A modo de ejemplo, no serían

⁶⁸ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13, num. 27; en el mismo sentido Roxin, *Derecho penal Parte general*, 320; también Llobet Rodríguez, *Francisco Castillo y el Derecho Penal costarricense*, 42 y ss.

⁶⁹ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 572; Luzón Peña, cap. 13 num. 27.

⁷⁰ Francisco Castillo citado en Llobet Rodríguez, "Francisco Castillo y el Derecho Penal costarricense", 43.

acciones personales, en este sentido jurídico, lo que realice un ser humano durante un ataque de epilepsia u otros movimientos reflejos, o lo realizado en un episodio de sonambulismo.⁷¹ Sin pretender profundizar en el amplio desarrollo de este concepto que hacen los autores citados, sí se rescata lo mencionado por Luzón en cuanto a que “tan importante es la parte subjetiva como la objetiva [de la acción]” y el autor considera que un concepto personal de acción “se adecua mejor al equilibrio que debe darse entre la parte subjetiva y la objetiva de la acción”⁷² porque este balance, ya visto desde el concepto personal de acción, es también un balance esencial para el injusto personal.

En el injusto personal este equilibrio puede ser apreciado al acudir al concepto de norma.⁷³ Mientras que la llamada “norma de valoración” toma en cuenta un estado de aspectos; es decir, un estado objetivo de la realidad sobre el cual efectuar la valoración (positiva o negativa). En cambio, la llamada “norma de determinación”, se refiere a la conducta de una persona y su adecuación a lo esperado; en otras palabras, la valoración aquí es sobre el aspecto subjetivo que la persona ha externalizado. Esto da paso respectivamente a los conceptos de disvalor de resultado y disvalor de acción.⁷⁴

De acuerdo con lo anterior, como partidario de la teoría personal del injusto, Roxin presenta su posición con respecto al papel que juegan el disvalor de resultado y el de acción en el injusto, pero lo hace predominantemente desde una perspectiva del tipo.⁷⁵

⁷¹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 252 y ss.; Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 10 num. 37 y ss.

⁷² Luzón Peña, cap. 10 num. 53 y 55.

⁷³ En contra de la posición aquí planteada José Manuel Gómez Benítez, “Conformidad a derecho del ejercicio del cargo y error: (aproximación dogmática a la exclusión del injusto personal)” (Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1979), 232, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54000/1/5322940805.pdf> Sostiene, en cambio, que el injusto penal se fundamenta exclusivamente en el disvalor de acción. Reconoce cierta función al disvalor de resultado, pero no como parte constitutiva necesaria del injusto penal.

⁷⁴ Xavier Tavares Juarez Estevam, *Teoría del Injusto Penal*, trad. Mario Pereira. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, (2013):297.

⁷⁵ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 319 y ss.

Sin embargo, incluso en las partes en las que se refiere en forma exclusiva al rol de estos conceptos desde el tipo, pueden extraerse conclusiones para el injusto como categoría que engloba la acción típica y antijurídica.⁷⁶ Es decir, que los conceptos de disvalor de acción y disvalor de resultado pueden presentarse tanto en el análisis de tipicidad como en el de antijuricidad, y así claro en el concepto de injusto como objeto ya desvalorado. Muestra de ello es que Luzón, al igual que Jescheck, explica estos dos tipos de disvalor desde su exposición sobre la antijuricidad.⁷⁷

La importancia de estos conceptos radica en que el injusto personal se fundamenta tanto en la violación a la norma de determinación como en la violación a la norma de valoración. Este equilibrio, al que hacía referencia Luzón en cuanto al concepto personal de acción, es el que permite tener un concepto de injusto que concilia los defectos de teorías extremadamente subjetivistas u objetivistas. A este respecto manifiesta don Francisco Castillo que “dentro del injusto personal, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado son comportamientos de igual rango”.⁷⁸ Para ser consecuentes con esta afirmación hay que comprender que la conformación del injusto requiere tanto de un

⁷⁶ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 227. Esto es compatible con el hecho de que Roxin no adopta un sistema de análisis cerrado o lo que él llama “el modelo de los cajones”. Perfectamente pueden valorarse elementos en distintas partes del análisis (por ejemplo, en la tipicidad y luego también en la antijuricidad).

⁷⁷ El tema del disvalor de resultado y el disvalor de acción es presentado desde la antijuricidad por Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, 349 y ss; en cambio, Roxin, 319 y ss. plantea el disvalor de resultado y de acción desde el tipo. En todo caso ambos conceptos son coincidentes y los autores simplemente escogen momentos de la teoría del delito distintos para abordarlos. Sin embargo, creo que la aproximación de Jescheck es más adecuada porque la verificación de ambos tipos de disvalor se presenta con el análisis de la antijuricidad. Mientras que en la tipicidad lo que hay es una presunción de disvalor de acción y de disvalor resultado, pero estos solo serán confirmados con la existencia de la antijuricidad. Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13 num. 38 y ss.

⁷⁸ Francisco Castillo citado en Llobet Rodríguez, *Francisco Castillo*, 45; En el mismo sentido Jescheck y Weigend, 354 quien rechaza posiciones subjetivistas extremas que niegan cualquier valor fundamentate del injusto al disvalor de resultado y centran todo en el disvalor de acción. En cambio, se decanta por un injusto que se base tanto en la rebelión contra la norma como en la producción del daño social sufrido por el ofendido y la comunidad.

disvalor de acción como de uno de resultado.⁷⁹ Una vez comprobado un mínimo de cada uno de estos disvalores, puede encontrarse que se presente uno u otro con mayor o menor intensidad y esto gradúa la gravedad del injusto. Así, por ejemplo, en la tentativa existe un menor disvalor de resultado; y por su lado, en los delitos imprudentes existe, en comparación con los delitos dolosos, un menor disvalor de acción.

Para profundizar más sobre la norma de valoración y su respectivo disvalor de resultado y la norma de determinación y su respectivo disvalor de acción, obsérvese que la última va dirigida a los individuos, incluso a los inimputables,⁸⁰ para orientar su conducta. La violación a esta norma de determinación sería lo que fundamenta el disvalor de acción; pues implica que una persona actúa en contra de lo que la norma ordena como conducta deseada, ya sea por dolo o una falta al deber de cuidado en el caso de la imprudencia.⁸¹

El profesor Luzón Peña elabora más sobre el concepto de disvalor de acción e indica que este se compone de dos partes: una subjetiva y una objetiva. Sobre la parte subjetiva del disvalor de acción explica que es en esencia un disvalor sobre la voluntad, traducida en el dolo o la imprudencia. Pero además de esta parte nuclear de la característica subjetiva del disvalor de acción también puede haber, para ciertos tipos penales, elementos subjetivos diferentes del dolo, como motivaciones o finalidades específicas. Todos forman parte de y gradúan el disvalor de acción.⁸²

⁷⁹ Dice Roxin, *Derecho penal Parte general*, 320 que “Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado.” Esto refuerza la idea de que el injusto personal otorga igual importancia a ambos tipos de disvalor. En el mismo sentido Gomes, “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: Contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido”, 463.

⁸⁰ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 35.

⁸¹ Roxin, 322; Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13 num. 31.

⁸² Luzón Peña, cap. 13 num. 43.

En un sentido similar indica Jescheck que el disvalor de acción “consiste tanto en las *modalidades externas* del comportamiento del autor como en las *circunstancias* que concurren *en su persona*”⁸³. De forma que parece seguir un concepto de disvalor de acción como el de Luzón, cuando se separa una parte objetiva y otra subjetiva del disvalor de acción. La parte objetiva se refiere a la forma en la cual la acción es ejecutada y especialmente puede ser relevante para ciertos tipos penales que requieren de determinadas formas de ejecutar la acción, para que se adecúe la conducta al tipo. Así, por ejemplo, el caso de la alevosía o ensañamiento en el homicidio.⁸⁴

La idea de separar el concepto de disvalor de acción en una parte objetiva y una subjetiva es en principio correcta. En efecto, el disvalor de acción tiene como núcleo la voluntad y aspectos subjetivos en cabeza del autor. Pero eso no impide que el disvalor de acción se evidencie en elementos objetivamente comprobables por haber sido exteriorizados en el mundo real. Es más, esto es necesario si no se quiere caer en un Derecho penal de la actitud interna. En este sentido sí es cierto que el disvalor de acción tiene una parte objetiva, pero debe cuidarse que esto no lleve a confusiones entre lo que debe atribuirse al disvalor de acción y lo que pertenece al disvalor de resultado.

En ese sentido, la alevosía es un buen ejemplo de un aspecto del hecho que puede encontrarse en un límite entre ambos conceptos; por un lado, existe una intención y modo de ejecución particular que agrava el disvalor de acción (y por ende el injusto) y, como resultado, también existe una mayor lesión del bien jurídico tutelado, lo cual agrava también el disvalor de resultado. De cualquier manera, este caso límite no hace más que

⁸³ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, 355.

⁸⁴ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13 num. 44 y ss.

reafirmar que el disvalor de acción y el de resultado no son más que conceptos creados para poder analizar de mejor manera un conjunto⁸⁵ que, en última instancia, deben estar relacionados y finalmente no tiene mayor sentido afirmar uno ignorando el otro.

En cuanto al disvalor de resultado, este se explica porque la norma es, además de norma de determinación, norma de valoración que emite un juicio de valor sobre supuestos de hecho que el Derecho considera deben evitarse o *no deben ser*. Por lo tanto, cuando uno de esos supuestos llega a *ser*, el Derecho no puede más que valorar en forma negativa el acaecimiento de tal suceso. Y acudiendo al concepto de bien jurídico, cabe indicar que estas situaciones desvaloradas son aquellas en las cuales resulta una ofensa para un bien jurídico tutelado, ya sea una puesta en peligro o una efectiva lesión de este.⁸⁶

Entonces, es la violación a la norma de valoración lo que sustenta un disvalor de resultado. Roxin dice que “[...] la infracción contra la norma de determinación fundamenta el disvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado [...]”⁸⁷. Por lo tanto, es cierto que la violación a la norma de valoración fundamenta en parte el disvalor de resultado; pero este **abarca y presupone un disvalor de acción**. Es necesaria una previa y relacionada violación a la norma de determinación para que se puede tener por violada la norma de valoración. Esta es la posición de Roxin, que es solamente en parte compartida por Luzón.

Al respecto se lee: “es verdad que si no hay *ex ante* ningún disvalor de acción [...] no puede haber conducta antijurídica sino conforme a Derecho, pues no está

⁸⁵ En un sentido similar al que aquí expongo: Roxin, *Derecho penal Parte general*, 326.

⁸⁶ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, 355.

⁸⁷ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 323.

desvalorada ni infringe prohibición alguna, aunque *ex post* se produzca un desvalor de resultado”⁸⁸. También dice: “no hay injusto sin desvalor de acción, aunque se cause un desvalor de resultado”⁸⁹.

En ese sentido, se puede decir que ambos autores están de acuerdo en que sin un disvalor de acción no puede haber injusto. Solamente que Luzón –a diferencia de Roxin– sí estima posible hablar de un disvalor de resultado, aun sin uno de acción al cuál referirlo. Muy probablemente el profesor Luzón debió o incluso quiso haber dicho “aunque se cause un resultado típico”, en lugar de hablar de disvalor de resultado.

La diferencia quizás parezca de detalle, pero entre las dos opciones se prefiere la expuesta por Roxin, para ello se basa en que solo tiene sentido la valoración negativa de resultados causados por una acción humana también valorable negativamente. El resultado típico puede igual producirse y puede ser lamentable desde otras perspectivas de la vida, mas no corresponde al Derecho valorar como resultados disvaliosos aquellos no producidos por una conducta humana violatoria de una norma.

En ese sentido, la definición de Roxin sirve para asegurar que no puede hablarse de un disvalor de resultado sin que exista un disvalor de acción. En el siguiente capítulo se expone el por qué se considera que además debería sostenerse también que no puede haber disvalor de acción sin relación con algún disvalor de resultado.

Esto último es cierto si se observan los conceptos de forma aislada, pero no tanto si se les entiende en su contexto y desde el entendido de que su función es sustentar el injusto. Es decir, el concepto *per se* disvalor de acción sí puede pensarse sin necesidad

⁸⁸ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13 num. 53.

⁸⁹ Luzón Peña, cap. 13, num. 30.

de haber comprobado algún disvalor de resultado. Sin embargo, la situación cambia al enmarcarse en la conformación de un injusto penal. Existe oposición a las concepciones que pretenden un injusto penal exclusivamente basado en el disvalor de acción y, por lo tanto, no debería pensarse en que el disvalor de acción tenga relevancia sin un mínimo de disvalor de resultado. Así, exhorta Roxin:

La separación de acción y resultado y la expulsión del resultado fuera del injusto también es imposible porque el injusto penal no puede existir en ninguna de sus manifestaciones sin un resultado externo. La tentativa también presupone un resultado (el comienzo de la ejecución, pues de lo contrario no es una acción de tentativa, sino a lo sumo un acto preparatorio), [...] Si se lleva a sus últimas consecuencias, una teoría que, prescindiendo de todo resultado externo, quisiera basar el injusto exclusivamente en el desvalor subjetivo de la intención, no solo tendría que elevar el caso límite de la tentativa imposible a prototipo de injusto, sino que incluso, y dado que la tentativa imposible (a diferencia de la supersticiosa) aún implica un “resultado” jurídicopenalmente relevante, tendría que ver injusto penal ya en la resolución de actuar en contra de la norma; sin embargo, ello acabaría desembocando en un Derecho penal de la actitud interna.⁹⁰

En primer lugar, es interesante que Roxin habla aquí únicamente de “resultado”, mas no de “disvalor de resultado”. Esta diferencia resulta esencial porque un “resultado” es simplemente una constatación del mundo del *ser*; mientras un “disvalor de resultado” es una valoración.⁹¹ Y producto de esta pertinente distinción se puede afirmar que incluso en los delitos de mera conducta existe un disvalor de resultado, con la única particularidad de que el disvalor de resultado no se representa en un resultado material distinto a la conducta.⁹²

⁹⁰ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 325.

⁹¹ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 258.

⁹² Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13 num 39 y 41. Sobre este tema Luzón plantea dos posibilidades: que en los delitos de mera conducta no haya disvalor de resultado por ser abarcado por la parte objetiva del disvalor de acción o que sí exista un disvalor de resultado, pero sin una expresión material separada. Ante ese panorama debo

En esta cita en particular, cuando el profesor Roxin comenta de acción y resultado significa el respectivo disvalor que cada una de ellas encarna. Previo a la cita, en el mismo sentido de argumentación, dice que **tiene que existir una relación entre disvalor de resultado y disvalor de acción**, relación que es debidamente establecida mediante la teoría de la imputación.⁹³

Por otro lado, también es compatible con la referencia que hace al caso de la tentativa. Si se piensa en “resultado” solo como entidad del ser, tanto los actos preparatorios como el inicio de la ejecución son “resultados” en el mundo exterior. Mientras si se piensa en “disvalor de resultado”, entonces se puede razonar normativamente para excluir los actos preparatorios, pero incluir el inicio de la ejecución. Esto aduciendo a que en el inicio de la ejecución el disvalor de resultado consiste en la cercanía con la realización completa del tipo, que es un indicio de una concreta puesta en peligro que se le hace correr a un bien jurídico por la cercanía con una efectiva lesión, lo cual por regla general no ocurre en los meros actos preparatorios.

La otra cuestión importante en la última cita textual es que el profesor Roxin afirma que incluso, en la tentativa imposible, existe un resultado “jurídicopenalmente relevante”. Este tema será tratado con más amplitud a continuación en el apartado de la tentativa; sin embargo, desde ya se puede indicar que, para lograr una coherencia en el desarrollo del profesor Roxin, ese resultado jurídico-penalmente relevante debería ser un disvalor de resultado.

decididamente escoger la segunda. Me parece necesario que el injusto se sostenga en ambos tipos de disvalor. De forma que la eliminación del disvalor de resultado para ciertos delitos por una mera cuestión de definiciones es innecesaria e inconveniente... .

⁹³ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 324.

Por lo anterior, entonces es importante precisar qué puede ser considerado un disvalor de resultado y qué no; lo cual regresa a la idea de proteger bienes jurídicos como finalidad y límite del Derecho penal. Así dice Luzón que “[...] la producción del resultado desvalorado (de lesión o de peligro para bienes jurídicos) es lo que pretende evitar la norma, el disvalor de la acción -dolo o imprudencia- no está desconectado, sino que ha de referirse precisamente al disvalor del resultado [...]”⁹⁴. De esta cita se puede establecer, en primer lugar, que el disvalor de resultado consiste precisamente en la ofensa al bien jurídico⁹⁵; y, en segundo lugar, reitera la idea ya antes vista desde la postura de Roxin, de que ambos tipos de disvalor deben estar relacionados para formar el injusto.

De esta forma y según lo expuesto, en los delitos consumados el disvalor de resultado será la lesión efectiva del bien jurídico y en los delitos tentados o de peligro, el resultado disvalioso es el peligro que corre el bien jurídico.⁹⁶

iv. La tentativa

Cuando para un supuesto de hecho se comprueban todos los elementos del tipo penal se tratará entonces de un delito consumado, en caso de que se superen además los subsiguientes filtros de antijuricidad y culpabilidad. En este tanto se puede indicar que el delito “normal” o “prototipo” es el consumado y es la forma en la cual se describen todas y cada una de las conductas prohibidas en la Parte Especial.

⁹⁴ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 13, num. 53.

⁹⁵ En el mismo sentido Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 11.

⁹⁶ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 320.

Sin embargo, por medio de la figura de la tentativa resulta posible calificar como delitos tentados, conductas que no llegaron a cumplir en su totalidad la parte objetiva del tipo penal. Por ello, la tentativa debe ser vista como una figura amplificadora de los tipos penales. En ese sentido se puede notar que Zaffaroni manifiesta que “la tentativa amplía la prohibición (anticipación temporal) a las etapas ejecutivas previas a la mutación lesiva”⁹⁷ y también el profesor Castillo al indicar que “las disposiciones sobre la tentativa amplían la descripción típica de lo injusto contenido en la Parte Especial”.⁹⁸ A pesar de esta ampliación, y aunque pueda parecer obvio, para que una conducta sea tenida como un delito tentado, debe satisfacerse el análisis de tipicidad, en su modalidad tentada, pero evidentemente también el de antijuricidad y el de culpabilidad. Sobre esto dice el profesor Castillo:

La tentativa es, con relación a [sic.] la consumación, un minus, porque falta una parte del tipo objetivo, el hecho punible está incompleto y podemos hablar de tentativa. Si el hecho no está completo a nivel del tipo subjetivo, de la antijuricidad o de la culpabilidad, no estamos frente a una tentativa. Lo cual significa que el delito tentado y el delito consumado solamente se diferencian en su tipo objetivo, pero son idénticos en los otros presupuestos del delito.⁹⁹

Es cierto que la modalidad de tentativa se diferencia de la modalidad consumada en cuanto a que la primera presenta un tipo objetivo incompleto y también se coincide en que el tipo subjetivo sí debe estar completo para poder hablar de una tentativa.

Además de lo anterior, resulta correcto que para poder hablar de un delito tentado hay que superar también los posteriores análisis de antijuricidad y culpabilidad, pero no

⁹⁷ Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal* (Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2009), 149.

⁹⁸ Castillo González, Francisco. *Tentativa y desistimiento voluntario*, 1. ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, (2003): 25.

⁹⁹ Castillo González, 26.

se comparte la afirmación de que un delito tentado y uno consumado son idénticos, excepto en cuanto al tipo objetivo. Como ya se expuso con anterioridad, el disvalor de acción y de resultado se pueden analizar desde el tipo, pero también desde la antijuricidad, y, ciertamente el disvalor de resultado en un delito tentado no será idéntico al de un delito consumado; esto hace que en la antijuricidad material, bajo el análisis de afectación a un bien jurídico, tampoco sean idénticos un delito tentado y uno consumado.

La afirmación del profesor Castillo sería correcta en que la diferencia entre un delito consumado y uno tentado se escinde desde el análisis de la tipicidad objetiva, precisamente por no haberse completado este, pero se mantienen todos los elementos subjetivos, no solo el dolo; y en que tanto para los delitos tentados como los consumados debe verificarse la antijuricidad y la culpabilidad.

Pero incluso en lo que se refiere a la identidad de los elementos subjetivos hay discrepancia. El profesor Zaffaroni no coincide en que la parte subjetiva del tipo sea idéntica en ambas formas delictivas. Indica que la tentativa “consiste en una tipicidad incompleta tanto objetiva como subjetivamente. Es incompleta por definición en lo objetivo, pero también lo es subjetivamente, porque no siempre en ella el dolo se desarrolla por completo guiando la causalidad hacia el resultado (se agota sólo en la tentativa acabada)”.¹⁰⁰

Lo anterior mencionado no significa que para Zaffaroni el sujeto activo tenga un dolo de cometer una tentativa, evidentemente la persona que se propone cometer determinado delito tiene la intención de consumarlo y solo por circunstancias ajenas a ella es que esto no llega a suceder. No obstante, incluso teniendo la misma voluntad o

¹⁰⁰ Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, 150.

dolo, para el profesor Zaffaroni este no puede ser idéntico al dolo en un delito consumado porque al menos una parte del dolo queda en potencia; es decir que no llega a materializarse.¹⁰¹

Según las ideas expuestas supra, se puede señalar que la tentativa declara que es debido sancionar conductas incluso antes de que se completen en su descripción típica. En palabras del profesor Castillo: “la tentativa está situada *temporalmente* entre la etapa de los actos preparativos y la consumación del hecho”.¹⁰² Esto presenta al menos dos aspectos importantes por discutir: i) ¿cuál es el fundamento que permite sancionar estas conductas de forma “anticipada”? y ii) ¿qué tanto se debe adelantar esa punición?, ¿cuándo dejan de ser meros actos preparatorios?

Existen teorías que pretenden resolver estas cuestiones (unas para resolver el punto i. y otras para dar respuesta al ii.) que muchas veces suelen tratarse en forma tan cercana que llegan a confundirse unas con otras. Aunque quizás ese tratamiento es necesario por ser cuestiones estrechamente relacionadas; quizás sea conveniente adoptar una teoría que por sí misma pueda fundamentar la sanción de la tentativa y, a la vez, delimitar la separación entre actos preparativos y actos de ejecución, o, si no, al menos asegurarse de que ambas teorías sean compatibles entre sí.

Para esta esta investigación se considera más importante reflexionar sobre el fundamento de la punición de la tentativa y menos decisivo el tema de la separación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Esto debido a que el caso que da paso a esta investigación supone que se han completado todos los elementos objetivos del tipo.

¹⁰¹ Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, 154.

¹⁰² Castillo González, *Tentativa y desistimiento voluntario*, 26.

En Alemania se sigue una teoría mixta entre lo objetivo y lo subjetivo para fundamentar la punición de la tentativa, así lo expone el profesor Satzger en una clase de Derecho penal general de la Ludwig-Maximilians-Universität. Desde el punto de vista subjetivo se trata de la constatación de una voluntad o intencionalidad contraria al Derecho, la cual se pone en marcha (se externaliza) y desde el punto de vista objetivo se refiere a la comprobación de un comportamiento que es adecuado para que –quien llegue a conocer el hecho– vea socavada la confianza en la validez del ordenamiento y el sentimiento de seguridad jurídica.¹⁰³ Esta teoría, llamada también ***Eindruckstheorie*** o **teoría de la impresión**, es la dominante y seguida en Alemania, así lo indica incluso Roxin.¹⁰⁴

Al leer al profesor Castillo puede surgir cierta confusión en cuanto al nombre de la teoría descrita en el párrafo anterior; pues Castillo se refiere a la teoría individual-objetiva como la teoría que se desprende del §22 del StGB y dominante en Alemania. Esto es cierto, pero no específicamente para fundamentar la punición de la tentativa, sino que es la teoría utilizada para deslindar el límite entre actos preparatorios y actos de tentativa.

La parte “individual” o subjetiva se desprende del mismo texto legal al exigir que el análisis sea hecho desde la representación del hecho que se hace el autor. Y la parte objetiva, también dada por el texto legal, se refiere a lo inmediato de la agresión contra

¹⁰³ Helmut Satzger, “Vorlesungseinheit 13 (Teil 2), Vorlesungseinheit 14 (Teil 1)”, LMU Grundkurs Strafrecht I (L-Z) WS 2014/15, s/f, <https://podcasts.apple.com/us/podcast/lmu-grundkurs-strafrecht-i-l-z-ws-2014-15/id941109562?i=1000471757364>.

¹⁰⁴ Claus Roxin, et al., *Especiales formas de aparición del delito*, 1. ed. Derecho penal: parte general / Claus Roxin. Traducción de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, T. 2. Madrid: Editorial Civitas, (2014), 449 Dice que esta teoría es ampliamente defendida y dominante. .

el objeto protegido.¹⁰⁵ Esta es la forma en la que el profesor Castillo presenta la teoría individual-objetiva:

La teoría individual objetiva fundamenta la punibilidad de la tentativa en dos factores: por un lado, la acción, que expresa la voluntad contraria a la norma es punible porque ella conmociona la confianza de la comunidad en el orden jurídico y lesiona el sentimiento de seguridad jurídica y de paz social (*Eindruckstheorie* [*sic.*]); por otro lado, la punibilidad de la tentativa también se fundamenta en la peligrosidad del autor, para lo cual se parte del principio de que, en su voluntad del hecho, reside la violación al bien jurídico tutelado.¹⁰⁶

El problema es que el profesor Castillo se refiere a la individual-objetiva como una teoría para explicar la punibilidad de la tentativa y que abarca como un componente a la teoría de la impresión. De la cita se comprende que la teoría de la impresión solamente tratará la primera parte de la fundamentación de la punibilidad (la parte más objetiva), sea la parte de la afectación al sentimiento de seguridad jurídica y validez del ordenamiento jurídico; cuando en realidad la teoría de la impresión (*Eindruckstheorie*) es en sí misma una teoría mixta entre lo objetivo y lo subjetivo, en el sentido *supra* explicado.

Lo que sí comparten ambas teorías (la individual-objetiva y la de la impresión), es que para ninguna de ellas es relevante la puesta en peligro del bien jurídico, vista de una forma independiente a la representación del autor. Y esta es precisamente la razón por la que el profesor Castillo se aparta de la teoría de la impresión y propone su propia forma de entender la teoría individual-objetiva.¹⁰⁷ Esta perspectiva propuesta por el profesor Castillo será vista más adelante, después de ver la posición del profesor Roxin.

¹⁰⁵ Castillo González, *Tentativa y desistimiento voluntario*, 36.

¹⁰⁶ Castillo González, 37.

¹⁰⁷ Llobet Rodríguez, *Francisco Castillo*, 66.

El profesor de Roxin opta por una “teoría de la unión”¹⁰⁸ para fundamentar la punibilidad de la tentativa; mientras que para la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos se refiere a una teoría concretada de actos parciales¹⁰⁹. En principio sigue también la teoría individual-objetiva; pues es requerida por el §22 del StGB, pero la teoría de los actos parciales (*Teilaktstheorie*) sirve para determinar más precisamente qué es un acto inmediato a la realización del tipo. Es decir, sirve para profundizar y desarrollar aquello que la ley ya establece. Además, concretiza esta teoría cuando añade dos criterios que deben cumplirse en conjunto para afirmar que la acción se encuentra en inmediatez a la realización del tipo: una conexión temporal estricta y una intromisión en la esfera de la víctima o del tipo.¹¹⁰

Para retomar el tema de la fundamentación sobre la punibilidad de la tentativa, la posición de Roxin establece un doble fundamento para la tentativa. Por un lado, y como componente predominante, está la **puesta en peligro dolosa próxima a la realización típica** y, en segundo lugar, una infracción a la norma mediante una acción próxima al tipo y **provoque una perturbación del Derecho**. La primera parte le sirve para fundamentar la tentativa idónea y además la tentativa inidónea peligrosa; mientras la segunda parte de su fundamento sirve para sancionar las tentativas inidóneas no peligrosas.

¹⁰⁸ También se refiere a una concepción dualista y dice que esta “teoría de la unificación” también elaborada por Heckler, 2002. Roxin et al., *Especiales formas de aparición del delito*, 437.

¹⁰⁹ Roxin et al., 479.

¹¹⁰ Roxin et al., 479.

En ese sentido, explica Roxin que una tentativa inidónea puede ser estimada “peligrosa” si, haciendo un juicio *ex ante*, un observador ajeno al hecho, con los conocimientos del autor y diligente, pudiera considerar que la acción que llevará a cabo el autor puede producir el resultado querido por este.¹¹¹ Esta teoría de la unión, al hacer referencia a un peligro próximo al tipo, además es compatible con el razonamiento que utiliza Roxin para separar entre actos preparatorios y actos de tentativa.

Las dos teorías de fundamentación de la punibilidad de la tentativa vistas hasta ahora (*Eindruckstheorie* y la teoría de la unión de Roxin), comparten que abren la posibilidad de sancionar conductas incluso cuando fuera imposible que estas llegaran a lesionar un bien jurídico. Es decir, ambas teorías habilitan la sanción de la tentativa absolutamente inidónea, lo cual se explica leyendo el §23 (3) que faculta a la persona juzgadora reducir la sanción en caso de tentativa, cuando la consumación nunca pudo llegar a ser, pero esa mera facultad leída *contrario sensu* implica la posibilidad de sancionar la tentativa inidónea.

En Costa Rica la situación es muy distinta, en tanto la tentativa inidónea no es punible. Por esto, el aporte de Francisco Castillo –aunque con base en las teorías seguidas en Alemania– es esencial para comprender la figura de la tentativa en nuestro país.

Como ya se mencionó anteriormente, el profesor Castillo se declara partidario de la teoría individual-objetiva, pero rechaza la teoría de la impresión. No resultan notables problemas en esta separación; pues la teoría individual-objetiva y la teoría de la impresión tienen finalidades distintas, con la única particularidad de que suelen ser

¹¹¹ Roxin et al., *Especiales formas de aparición del delito*, 436 y ss.

seguidas en conjunto en Alemania. Sin embargo, al abandonar la teoría de la impresión, que es la que en Alemania da el fundamento de la punición, el profesor Castillo procedió a modificar lo que en forma tradicional se comprende por la teoría individual-objetiva, que primordialmente dedicada a la separación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, al añadirsele un criterio sobre puesta en peligro del bien jurídico que sería lo que funcione como fundamento para sancionar la tentativa. En resumen, el profesor Castillo añade a la teoría individual-objetiva un criterio que, de forma armónica con el ordenamiento costarricense, puede explicar la razón de sancionar la tentativa.

La propuesta de la teoría individual-objetiva que inicialmente propone el profesor Castillo en 2003 se entiende al indicar que:

[...] lo característico de la acción de tentativa, es el carácter inmediato, según el plan de autor, espacial y temporalmente de la acción a la acción típica, de modo que el autor pueda, sin interrupciones ni dilaciones, pasar de modo inmediato al comienzo de la acción típica. El criterio de la violación al bien jurídico, según la representación del autor, debe respetar este criterio objetivo (inmediación espacial y temporal a la realización de la acción típica) y no puede transformar en tentativa actos preparatorios en los que el agente, según su plan de autor, cree poner en peligro el bien jurídico tutelado, cuando en realidad su acción no puede calificarse como tentativa. La representación del autor, de que ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado es un criterio suplementario para establecer si el acto de tentativa, además, es un acto doloso.¹¹²

A mi parecer, a partir de esta cita ya se puede ver que el profesor Castillo se aparta de la teoría individual-objetiva a como esta es tradicionalmente seguida en Alemania. Es importante dejar muy claro que, en Alemania, para determinar cuándo hay tentativa, se hace un análisis subjetivo-objetivo, pero la valoración objetiva es siempre desde lo

¹¹² Castillo González, *Tentativa y desistimiento voluntario*, 44.

subjetivo (la representación del autor). Precisamente para esta valoración objetiva dentro del plan de autor (es decir, una valoración objetiva dentro de lo subjetivo) se han empleado algunos criterios para determinar la inmediatez a la realización del tipo. Uno de estos criterios es la puesta en peligro del bien jurídico, otro es la intromisión en la esfera de la víctima y también la ya mencionada *Teilaktstheorie*, la cual pretende verificar que ya no quepan más pasos esenciales entre la última acción del autor y la realización completa del tipo. Pero todas estas valoraciones “objetivas” se realizan desde la perspectiva del plan de autor, que no necesariamente se corresponden con lo que en realidad ha sucedido.¹¹³

Se toma un ejemplo dado por el profesor Satzger: una persona quiere agredir a su enemigo y para ello se propone (su plan de autor es) ir a la casa del enemigo con un bate de béisbol, tocar a la puerta y justo cuando el enemigo abra, golpearlo con el arma. Según el plan de autor (base subjetiva sobre la cual realizar la valoración objetiva), una vez ya haya tocado a la puerta no quedan más pasos intermedios esenciales para la realización del tipo, también se puede decir que según la representación de autor ya está en peligro inmediato la integridad física de su enemigo y además se está dentro de su esfera (está en la puerta de la casa de la víctima). Por lo tanto, en este caso, según lo seguido en Alemania –a pesar de que nadie llegue a abrir la puerta– ya se estaría ante una tentativa.¹¹⁴

¹¹³ Helmut Satzger, “Vorlesungseinheit 14”, LMU Grundkurs Strafrecht I (L-Z) WS 2017/18, s/f, <https://podcasts.apple.com/us/podcast/lmu-grundkurs-strafrecht-i-l-z-ws-2017-18/id1298966236?i=1000471778680>; Roxin et al., *Especiales formas de aparición del delito*, 486 también refuerza esta afirmación cuando, explicando la resolución de un caso problemático, dice “y es su representación lo que importa”.

¹¹⁴ Satzger, “Vorlesungseinheit 14”.

En la última cita del profesor Castillo se nota que él sí menciona la violación al bien jurídico en el mismo sentido que la doctrina alemana: desde la representación del autor. Pero de inmediato aclara que esta representación del autor siempre debe estar subordinada a **criterios objetivos temporales y espaciales**. Es en este punto que el profesor Castillo agrega, por medio de la inmediatez temporal y espacial, un aspecto completamente objetivo, independiente de la representación del autor, el cual sirva de límite al subjetivismo predominante en la aplicación de la teoría individual-objetiva en Alemania.

No obstante, resulta particularmente interesante que el profesor Castillo haga una crítica a la posición del profesor Zaffaroni respecto a este tema. La crítica, o al menos llamada de atención, surge específicamente porque el profesor Zaffaroni propone la incorporación de un criterio de real puesta en peligro del bien jurídico. De manera explícita manifiesta el profesor Castillo, refiriéndose a la posición de Zaffaroni et al., que

[...] llama la atención que estos autores a la hora de tratar la teoría individual objetiva, pretendan que con ella se puede justificar una concepción de la tentativa como un peligro real al bien jurídico. [...] La concepción de Zaffaroni/Aliaga/Slokar, de que el acto de tentativa debe poner en peligro real el bien jurídico, entendido ese peligro como el comienzo de la acción típica, no se relaciona con la teoría individual objetiva, como entiende esta teoría la doctrina alemana. Más bien es un [sic.] reformulación de la teoría formal objetiva.¹¹⁵

Es curiosa esta crítica porque, según mi entender, la propuesta de Zaffaroni se desprende de una preocupación similar a la del profesor Castillo. Parece que el criterio de analizar todo desde la representación del autor podría llevar a considerar tentativa

¹¹⁵ Castillo González, *Tentativa y desistimiento voluntario*, 41 y 42.

actos que solamente lo son en la mente del autor, pero no en la realidad. Así, el ejemplo del bate de béisbol demuestra un caso en el que, de forma exclusiva, desde la perspectiva del autor sí hay tentativa, pero una constatación objetiva, fuera de su mente, expone que en realidad no hubo siquiera cercanía con la consumación porque nadie se acercó a la puerta, la víctima quizás ni estaba en la casa. Ante esta posibilidad dice Zaffaroni:

[...] el plan concreto del autor -que en la tentativa, por definición, nunca alcanza su objetivo- puede ser más o menos erróneo en la programación de la causalidad hacia el resultado, y cuanto más erróneo sea será más inidóneo para alcanzarlo y la representación del autor estará más separada de la realidad de lo que hace. En este punto se plantea el interrogante acerca de la perspectiva determinante: la realidad o la representación del autor. Si lo determinante es el peligro para el bien jurídico y se busca un signo de su momento de relevancia, éste no puede ser indicador de la medida de un peligro imaginario sino real, que sólo puede darse conforme al criterio de lo que realmente hacía el autor y también se representaba correctamente como tal, es decir, si realmente era la acción con que daba comienzo al verbo típico en la particular forma (el cómo) por la que había optado para su ejecución. [...] **No se trata de escoger entre un criterio objetivo y otro subjetivo, sino de relevar típicamente la conducta en la medida en que ambos coincidan** y, por ende, no cargar al agente con un peligro imaginario ni con uno real que desconozca, sino sólo con el real y por él conocido.¹¹⁶

El autor de este trabajo de investigación coincide parcialmente con lo dicho por el profesor Zaffaroni. Y es que él asume que lo determinante es la puesta en peligro real del bien jurídico, cuando en realidad ni la ley ni la teoría individual objetiva remiten a ello. Además, recuérdese que, desde su punto de vista, la verificación de la tipicidad (ya sea consumada o tentada) solo indica la violación de presuntos bienes jurídicos, pero la real ofensa a uno solamente se comprueba después del juicio de antijuricidad. Por lo tanto,

¹¹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Derecho penal: parte general*, 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, (2002):827.

el criterio de puesta en peligro real al bien jurídico para determinar la existencia de la tentativa es adelantar etapas analíticas innecesariamente. En ese sentido, se da la razón al profesor Castillo en su crítica.

En cambio, el punto que muy certeramente establece Zaffaroni es que para la determinación de actos de tentativa se debe buscar la coincidencia entre el plan de autor y lo que en realidad (objetivamente) ha sucedido. A partir de ello, son válidos tanto los criterios de inmediatez espaciotemporal como los de peligro al bien jurídico en sentido general-abstracto (presunto). Es decir, que, por su cercanía con la consumación, se consideren actos capaces de poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal.

En la medida anteriormente expuesta se puede coincidir con el doctor Castillo; pues, a pesar de esta observación a Zaffaroni, el profesor costarricense posteriormente, en su tratado de 2010, retoma la idea de una teoría individual-objetiva modificada y la expone así:

La interpretación que aporta la teoría individual objetiva, como actos inmediatamente anteriores a la realización de la acción típica, que le permite al agente, según su representación y su plan de autor – pasar de modo directo, sin acciones intermedias a realizar la acción típica, es compatible con el artículo 24 de nuestro código penal, a condición de que se parte del supuesto de que los actos realizados por el agente son idóneos para lesionar o poner en peligro el bien jurídico.¹¹⁷

Como bien anota el profesor Llobet, la última parte que condiciona todo a que los actos sean capaces de al menos poner en peligro el bien jurídico, es un aporte del profesor Castillo a la teoría individual-objetiva.¹¹⁸ De esta manera, se armoniza una sola

¹¹⁷ Francisco Castillo citado en Llobet Rodríguez, Javier, “Francisco Castillo y el Derecho Penal costarricense”, 67.

¹¹⁸ Llobet Rodríguez, 67.

teoría para explicar la tentativa tal y como es regulada en Costa Rica, y no se trata de justificar la aplicación de una sanción para conductas que de ninguna manera pudieran siquiera poner en peligro el bien jurídico en cuestión (como sí lo hace la *Eindruckstheorie*). Quizás el mayor desacuerdo entre Zaffaroni y Castillo se da por la utilización por el primero de la frase “un peligro **real** del bien jurídico”.

Es cierto que ambos profesores han sido decididos en construir una teoría menos subjetiva que la aplicada en Alemania para la distinción entre actos preparatorios y actos de tentativa. Además, han procurado atar la sanción de la tentativa a aquellos casos en los cuales al menos existiera una mínima posibilidad de poner en peligro un bien jurídico, dejando por fuera de esta sanción los supuestos de tentativa absolutamente inidónea.

La teoría sobre el delito imposible es la que sirve para referirse al caso de la tentativa (absolutamente) inidónea y son conceptos que han sido equiparados. Así, manifiesta Francisco Castillo que en Costa Rica se sigue una teoría mixta sobre el delito imposible. Esta teoría diferencia entre una imposibilidad absoluta y una relativa.¹¹⁹ Se dejará el tema de la imposibilidad relativa de lado para centrarse en delito absolutamente imposible, también visto como la tentativa absolutamente inidónea; pues es con esta que se ha relacionado el caso de las conductas que se adecúan al supuesto de una legítima defensa solo objetivamente.

Según esta teoría, la imposibilidad absoluta se presenta por dos razones: ausencia del objeto de la acción o por utilizar medios totalmente inservibles para lograr la consumación. Para excluir la punibilidad de estas conductas, indica Castillo, la teoría mixta sobre el delito imposible se basa en al principio *impossibilia nemo tenetur* que

¹¹⁹ Castillo González, *Tentativa y desistimiento voluntario*, 109.

excluye de las prohibiciones del Derecho aquello que el ser humano no pueda nunca realizar. Se trata entonces de los resultados o hechos que “nunca podría realizar ni violar el orden jurídico porque la imposibilidad de realizarlos reside en la naturaleza misma de las cosas o del derecho”.¹²⁰ Y, siguiendo esa premisa, concluye que “existe tentativa impune en aquellos hechos que son absolutamente imposibles, porque en estos hechos el comportamiento del autor es absolutamente inidóneo para poner en peligro el bien jurídico tutelado”.¹²¹

Sin embargo, la conclusión anterior expuesta obliga a declarar tentativa absolutamente inidónea todos los casos en los que 1. el sujeto activo no posea las calidades requeridas por un tipo especial propio, 2. no existía el objeto sobre el que debía recaer la acción delictiva, 3. Los medios usados eran absolutamente inidóneos¹²², lo cual es consecuente con la teoría mixta que distingue entre imposibilidad absoluta y relativa. Sin embargo, existe otra posición que contempla estos casos más bien como verdaderas formas de atipicidad, y, la verdad es que el razonamiento es, cuando menos, convincente.

Este panorama lo desarrolla Zaffaroni y así dice que serán tentativas aparentes (verdaderos casos de atipicidad) en los que 1. falte totalmente un elemento del tipo penal (por ejemplo, el caso de que no haya una persona sino un maniquí o el caso de ausencia del sujeto activo requerido por el tipo penal), 2. cuando falte el medio elegido (el autor que llevaba una bolsa con todo lo necesario para cometer el homicidio descubre justo

¹²⁰ Castillo González, *Tentativa y desistimiento voluntario*, 110.

¹²¹ Castillo González, 110.

¹²² Castillo González, 112 y ss.

sobre su víctima que el arma no está en la bolsa) y finalmente, 3. el caso en el que el medio elegido ya *ex ante* se sabe absolutamente inidóneo para consumir el hecho.¹²³

En cambio, serían verdaderas tentativas absolutamente inidóneas, según Zaffaroni, aquellas en las cuales *ex ante* el medio parecía idóneo y pudo haber peligro para el bien jurídico de no ser porque *ex post* 1. se comprueba que el medio fue usado de manera muy inadecuada o, 2. porque este tenía un defecto que lo volvía inservible (aquí el medio en sí es idóneo por lo general, pero accidentalmente para este objeto particular no cumplía con la función normal), o 3. porque ocurrió un accidente en el objeto (queda poco claro cuándo ya se puede considerar que el objeto no existe) o 4. por haberse tomado medidas previas para neutralizar el peligro que pudo provocar la acción del autor.¹²⁴

Por el momento estos planteamientos iniciales sobre la tentativa, y en específico sobre la tentativa inidónea, son suficiente como base teórica y para posicionar las líneas argumentales de estos importantes autores.

v. La legítima defensa

La legítima defensa es una figura de tanta relevancia y con tantas aristas desde las cuales aproximarse a problemas en su aplicación, que sería arrogante incluso pretender mencionarlas todas en este trabajo. Por lo tanto, en este apartado el autor de esta tesis se limitará a desarrollar el fundamento que la doctrina dominante le ha atribuido y tratar algunas de sus características generales que resultan relevantes para el caso bajo estudio.

¹²³ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho penal*, 832.

¹²⁴ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 832 y ss.

A lo largo de la historia se ha dado una diversa cantidad de fundamentos para sustentar la legítima defensa. Basta con decir que ha habido fundamentos que llevan a excluir la ilicitud (antijuricidad) de la conducta en legítima defensa y otros que solo derivan en una exclusión de la pena o la culpabilidad. En la actualidad, es comúnmente aceptada la legítima defensa como una causa de justificación¹²⁵; es decir, actúa en la exclusión de la antijuricidad; por lo tanto, este segundo grupo de fundamentos queda descartado.

Para esta investigación solo se tratará el doble fundamento que actualmente se impone; sin embargo, se puede referir a la basta exposición del profesor Luzón Peña¹²⁶ si se quiere ver las demás propuestas de fundamento y su respectiva crítica. En su obra expone fundamentos desde una perspectiva individual, como protección al derecho subjetivo o bien jurídico del agredido, y también fundamentos basados en una necesidad supraindividual de defensa del Derecho. Finalmente, concluye que ninguno de estos, por sí solo, es satisfactorio y por ello se debe recurrir a un doble fundamento que integre ambas perspectivas.¹²⁷

Para el profesor Luzón Peña el fundamento de la legítima defensa es, desde una aproximación individual, “la necesidad de defensa del bien jurídico particular” y desde una perspectiva supraindividual, “la necesidad de defensa del orden jurídico”.¹²⁸ Esta es una forma muy condensada de plantear su postura en cuanto a la fundamentación de la

¹²⁵ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 586; Castillo González, *Derecho penal*, 2010, 73; Chirino, Alfredo y Salas, Ricardo. *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*. San José, Costa Rica: IJSA, (1993): 22; Luzón Peña, *Aspectos*, 108; Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal*, cap. 23 num. 8; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 608.

¹²⁶ Luzón Peña, *Aspectos*, 18 y ss.

¹²⁷ Luzón Peña, 58.

¹²⁸ Luzón Peña, 79.

legítima defensa, a la cual se agregaría que es la necesidad nacida de una agresión antijurídica. Esto es evidente si se lee en conjunto al profesor Luzón, pero por alguna razón, justo al precisar su toma de posición, ha omitido esta aclaración; quizás por parecerle sobreentendida.¹²⁹

De forma similar, Roxin también defiende una doble fundamentación para la legítima defensa. Afirma que la protección individual es indudable en tanto se le confiere al individuo el derecho a defender bienes jurídicos propios o de terceros que se vean agredidos de forma antijurídica. Desde el lado supraindividual se refiere a un principio de prevailecimiento del Derecho.¹³⁰ Nótese que la formulación del aspecto *suprapersonal* por parte de Roxin es diferente al enunciado de Luzón. Esto lo resalta Luzón cuando manifiesta que el cambio en el lenguaje se debe a una atribución funcional que ciertos autores, entre ellos Roxin y Luzón¹³¹, le confieren al fundamento supraindividual de la legítima defensa: la función de prevención general.¹³² Así, dice Roxin que –adicional a la protección del individuo– el legislador contempla, al permitir la legítima defensa, una finalidad de intimidación general que ayude a desincentivar en la colectividad la realización de injustos.

El profesor Castillo, quien se adhiere en principio a la doctrina dominante del doble fundamento¹³³, se ha pronunciado aparentemente en contra de esta función preventivo general. O al menos la rechaza en el mismo sentido que se le atribuye la función de

¹²⁹ Esto lo ha subsanado en esta nueva obra y añade justamente la acotación de que es una necesidad de defensa ante una agresión antijurídica. Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 5.

¹³⁰ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 608; también en Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2da ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, (2002): 78.

¹³¹ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 6.

¹³² Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 62 y ss.

¹³³ Castillo González, *La legítima defensa*, 101; Castillo González, *Derecho penal*, 119.

prevención general negativa a la pena. Desde su punto de vista, la función de prevención general está ligada a la persecución penal, en específico a la efectividad del proceso penal que culminaría en una pena y esa sería la intimidación, no la pena *per se*¹³⁴; mientras que el ejercicio de la legítima defensa no acarrea un proceso penal y por ende no cumple la misma intimidación que la pena efectivamente aplicada.¹³⁵

En ese sentido además agrega, y es parcialmente cierto, que el efecto preventivo de la pena y la legítima defensa es diferente. Y, es parcialmente cierto porque al fin y al cabo la intimidación es la prevención general negativa en sentido amplio, lo que sí es diferente es el método o la razón de dicha intimidación. Pero tanto, o más, puede intimidar el hecho de ser sujeto a un proceso y en efecto condenado como ser repelido por la persona agredida (o un tercero) y resultar lesionado. Podría decirse que de cierta forma el profesor Castillo no es que rechace la función de prevención general negativa que cumple la legítima defensa, sino más bien manifiesta que no es idéntica en su mecanismo a la de la pena.

Para retomar a Roxin, es esta función preventiva general, derivada del enunciado del prevalecimiento del Derecho y asociada también a que el Derecho no tiene que ceder ante el injusto, la que permite ejercer la legítima defensa sin necesidad de hacer un análisis de proporcionalidad o ponderación de los bienes jurídicos en juego.¹³⁶

¹³⁴ Castillo González, *La legítima defensa*, 83. Menciona que la criminología no respalda que las (altas) penas sean lo que por sí mismas generen esta intimidación sino la efectividad del aparato judicial para procesar y condenar el delito.

¹³⁵ Castillo González, 84; Castillo González, *Derecho penal*, 2010, 110.

¹³⁶ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 609; Roxin, Claus, *Política criminal y sistema*, 78. Exceptuando la idea de una desproporcionada diferencia entre la agresión (insignificante) y el mal causado al rechazarla como una restricción ético-social a la legítima defensa.

Luzón también se aparta de una idea de colisión de bienes jurídicos en la legítima defensa. Sus justificaciones son: 1) que desde la perspectiva supraindividual, si se entiende que en la legítima defensa se defiende también el ordenamiento jurídico, sería difícil poner este en colisión con otro bien jurídico porque él estima que esta defensa del ordenamiento sería la defensa del bien jurídico más alto de todos.¹³⁷ En ese sentido, el autor de este trabajo de investigación no considera prudente afirmar que el ordenamiento jurídico sea el bien jurídico más alto de todos, pero sí es cierto que no debería hablarse de una colisión de bienes jurídicos en los que el sacrificio de uno implique la defensa del ordenamiento jurídico. Ante este panorama habría un serio defecto en el ordenamiento jurídico que requiere para su “defensa” el sacrificio de un bien que él mismo busca proteger. 2) La otra justificación que da es desde el punto de vista individual. Evidentemente, desde el lado del agredido existe la necesidad de salvar su bien jurídico bajo ataque, pero en el lado del agresor no existe un bien jurídico que colisione. Y en este punto se considera que hay que ser muy claro: no es que el agresor pierda su protección como persona ante el Derecho, no es que el agresor se convierta en indigno ante el Derecho; simplemente se afirma que, producto de su agresión, hay ciertos *entes* en relación con el agresor que salen del ámbito de protección del Derecho y, por ello, se permite su lesión. Ahora, ¿qué es lo que se permite lesionar o qué es lo que el Derecho deja de proteger en el agresor? Pues, solo lo que sea necesario lesionar para repeler la agresión de este.¹³⁸

¹³⁷ Luzón Peña, *Aspectos*, 72 y 73.

¹³⁸ Luzón Peña, *Aspectos*, 72.

Desde Francisco Castillo se puede extraer algo similar en tanto agrega que de la unión de ambos principios (individual y supraindividual) se obtiene el principio de responsabilidad, atribuye básicamente al agresor la responsabilidad por las eventuales lesiones que sufra en virtud de la defensa contra su ataque. A pesar de esto, indica que “al calificar el ataque del agresor de “antijurídico” (ilegítimo) el artículo 28 Cód. Pen. está indicando una preferencia entre los dos bienes en conflicto, pero además está indicando que el agredido defiende el derecho contra lo “injusto””.¹³⁹

Entonces, a pesar de atribuir responsabilidad al agresor, sigue considerando que en la legítima defensa existe una colisión de bienes jurídicos (bienes en conflicto) y solamente justifica la falta de ponderación con el hecho de que también se defiende al ordenamiento jurídico, además del bien jurídico individual.

El principio de que “*el Derecho no tiene que ceder ante el injusto*” ya fue citado como una afirmación aceptada por el profesor Roxin. Igualmente lo afirman Zaffaroni y los profesores Salas y Chirino, quienes exponen de manera coincidente el fundamento de la legítima defensa bajo el enunciado de que no se está obligado a soportar lo injusto. Aunque en el fondo aseguran que tras la idea de que “nadie está obligado a soportar lo injusto” o “el derecho no tiene por qué soportar lo injusto” se encuentran los mismos dos fundamentos ya discutidos.

Por parte de Salas y Chirino evidencian lo anterior cuando indican un aspecto subjetivo, como el ejercicio de un derecho por parte de la persona agredida, que sería la

¹³⁹ Castillo González, *La legítima defensa*, 102; Castillo González, *Derecho penal*, 118.

parte individual del doble fundamento; y, también de un aspecto objetivo, como la necesidad de mantener el orden jurídico, que sería la parte supraindividual.¹⁴⁰

Luzón también considera viable este principio de que *el Derecho no debe ceder ante el injusto*, pero bajo la condición de que sea debidamente constreñido por el doble fundamento que él desarrolla.¹⁴¹

Aparte del fundamento es igualmente importante referirse a la naturaleza jurídica de la legítima defensa. Es bastante común que se considere la legítima defensa como un *derecho*.¹⁴² Pero, de nuevo, el acuerdo en esta denominación puede ser ilusorio; pues sin duda varía el contenido. La primera forma de concebirlo es como un derecho natural, como un derivado del instinto de conservación o "*instinctus naturalis se defendendi*".¹⁴³ Sin embargo, esta naturaleza no es viable y es objeto de las mismas críticas que el profesor Luzón hace al llamado *Fundamento evidente*.¹⁴⁴

Otras posibilidades son ver la legítima defensa como un *derecho subjetivo* o *ejercicio de un derecho*. Esta última opción ve el ejercicio de la legítima defensa como producto o parte del derecho que tiene sobre el bien jurídico que le está siendo atacado. Por ejemplo, ante un intento de robo el agredido ejercería la legítima defensa como una extensión del derecho de propiedad. A estas posiciones se opone Luzón cuando indica, con razón, que sería una privatización de la legítima defensa. Sería ignorar el

¹⁴⁰ Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 24; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 588. Es interesante como los primeros autores usan la frase "nadie está obligado a soportar lo injusto" que a mi parecer hace más referencia a la parte individual. Mientras que la formulación de Zaffaroni es "el derecho no tiene por qué soportar lo injusto" que pone la atención en la parte supraindividual.

¹⁴¹ Luzón Peña, *Lecciones*, 6.

¹⁴² Luzón Peña, *Aspectos*, 102.

¹⁴³ Kioupis citado en Castillo González, *La legítima defensa*, 169.

¹⁴⁴ Luzón Peña, *Aspectos*, 30, 94 y ss.

componente de interés público de la legítima defensa y en cambio añadirle limitaciones provenientes del Derecho privado como el conocido abuso del derecho.¹⁴⁵

El autor de este trabajo de investigación coincide junto con el profesor Luzón en cuanto a que sería mejor llamarle una *facultad* y no cargarle los problemas de la palabra *derecho* o mantener esta denominación con la conciencia de que no es un derecho subjetivo ni ejercicio del derecho defendido.¹⁴⁶ También es posible simplemente verla como una *institución jurídica* que opera en el ámbito penal: como una causa de justificación. En todo caso, sea el nombre que se le quiera dar, no debe por ello desvirtuarse todo el contenido que se extrae del fundamento y la función de la legítima defensa.

Una vez que se ha desarrollado ya de forma suficiente los fundamentos de la legítima defensa, su función y naturaleza, resulta pertinente, aunque no sea la finalidad de este trabajo, efectuar un estudio general de la legítima defensa y sus requisitos, al menos reseñar lo más relevante para tener una claridad esquemática antes de abordar la problemática específica.

Lo primero que debe existir para poder siquiera considerar una legítima defensa es una agresión antijurídica.¹⁴⁷ Sobre esta parte existen dos principales discusiones de interés: i. si el concepto de agresión implica un determinado disvalor de acción. ii. si al requerirse una agresión antijurídica se excluye la necesidad de que esta sea además culpable. Aparte se pueden encontrar otras cuestiones como el hecho de que tenga que ser una acción en sentido técnico jurídico, pero esto me parece superado y se estima

¹⁴⁵ Luzón Peña, 100 y ss.

¹⁴⁶ Luzón Peña, *Aspectos*, 102.

¹⁴⁷ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 10.

que evidentemente debe serlo¹⁴⁸, así se excluye el concepto de agresión para la legítima defensa conductas por un ataque de epilepsia o sonambulismo, por ejemplo.

La postura más exigente con respecto al punto i. (la calidad del disvalor de acción en la agresión) sería requerir que sea un comportamiento doloso. Así, no cabría la legítima defensa contra conductas antijurídicas, pero imprudentes. El profesor Luzón justifica esta postura porque se puede argumentar que la naturaleza de la palabra *agresión* requiere una finalidad lesiva, que no estaría presente en los casos imprudentes. Pero también por no cumplirse, frente a un comportamiento imprudente, la función de prevención general.¹⁴⁹ El profesor Zaffaroni también ha sostenido que no cabe legítima defensa ante conductas imprudentes, pero se ha apartado de la caracterización de *dolosa* porque dice que, al no ser necesariamente la agresión una acción penalmente típica, tampoco es el concepto de *dolo* el más adecuado para abarcar todas las agresiones. En cambio, indica que debe ser una conducta con voluntad lesiva.¹⁵⁰

El otro extremo de esta cuestión se observa en los que aceptan como disvalor de acción cualquiera que sirva para llevar a la antijuricidad; es decir, aceptan incluso como agresiones para efectos de la legítima defensa, aquellas llevadas a cabo por imprudencia. Esta es la posición de Roxin y Francisco Castillo.¹⁵¹

En cuanto a la discusión sobre el punto ii. (determinar si es necesaria, además de la comprobación de antijuricidad, también una afirmación de la culpabilidad), hay quienes pretenden exigir que la agresión sea también culpable, y para ello se toma como base

¹⁴⁸ En este sentido: Roxin, *Derecho penal Parte general*, 611; Castillo González, *Derecho penal*, 127; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 596.

¹⁴⁹ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 16 y 17; Luzón Peña, *Aspectos*, 178 y ss.

¹⁵⁰ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 597.

¹⁵¹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 615; Castillo González, *Derecho penal*, 144.

que, si la legítima defensa pretende la prevalencia del Derecho, entonces debe solo dirigirse contra quienes puedan ser finalmente sancionados por la norma penal. Así, no cabría legítima defensa contra inimputables, personas que actúan basadas en un error de prohibición, entre otros.¹⁵²

En contra de esta exigencia se encuentran Roxin, Francisco Castillo y con reservas también Luzón. En el caso de Luzón, a pesar de coincidir por razones de legalidad, sí se observa factible un cambio en la ley que restrinja la aplicación de la legítima defensa en casos de conductas realizadas por inculpables. Roxin, en cambio, considera que sí existe una necesidad de hacer prevalecer el Derecho frente a lo injusto y no necesariamente frente a la culpabilidad, pero en todo caso la defensa no es igualmente requerida frente a inculpables y, por ello, debe ejercerse una defensa con mayores cuidados¹⁵³. Es cierto que, como indica el profesor Castillo, exigir la culpabilidad para poder actuar en legítima defensa contra una agresión sería restringir la causa de justificación sin fundamento legal y además implicaría permitir que el Derecho ceda ante injustos penales.

Además de lo anterior, la agresión debe ser inminente o actual. En términos generales esto significa que debe existir al menos un peligro para el bien jurídico y es preciso impedirlo. La otra posibilidad es que la agresión ya esté lesionando el bien jurídico, sea por ello actual y necesario repelerla. Con respecto a este tema el profesor Castillo sostiene una postura bastante restrictiva sobre cuándo ya existe una agresión que merezca ejercer legítima defensa. Para él, debe hacerse una aplicación analógica

¹⁵² Castillo González, *Derecho penal*, 2010, 148; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 617.

¹⁵³ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 617; Castillo González, *Derecho penal*, 2010, 149; Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 23.

de las reglas para determinar el inicio de la tentativa y solo en esa medida de inmediatez, como límite mínimo, cabrá legítima defensa.¹⁵⁴

En contra de esa posición se encuentra Roxin, quien asegura que el límite de la tentativa tan estrechamente cercano a la consumación se debe a razones de garantizar límites a la punición en un Estado de Derecho. Sin embargo, este límite no tiene por qué aplicarse a la legítima defensa y sería más bien contraproducente ya que esperar a tal inminencia del peligro más bien sería dejar pasar la oportunidad de impedir la agresión con medios menos lesivos.

En cambio, Roxin propone que debe demarcarse el límite en la fase final de los actos preparatorios, aquello que se sitúe inmediatamente previo a los actos de tentativa.¹⁵⁵ Luzón parece compartir esta lógica al explicar que es “[...] cierto que normalmente la dureza necesaria en la defensa será menor cuanto más lejana esté la lesión agresora, y viceversa, pero no es, pues, preciso esperar a que la lesión sea inminente [...]”.¹⁵⁶

En un sentido similar a lo anterior expuesto, se encuentra la posición de Zaffaroni, también apoyada en Costa Rica por Salas y Chirino, que rechaza la identificación entre agresión inminente y actos de tentativa. Además, aseguran que la legítima defensa puede incluso aplicarse una vez consumado un delito, en caso de ser necesaria para cesar los efectos lesivos de la agresión.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Castillo González, *Derecho penal*, 139.

¹⁵⁵ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 619.

¹⁵⁶ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 37.

¹⁵⁷ Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 52 y ss.; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 603 y ss.

Sin duda el autor de este trabajo de investigación considera que estas posiciones menos restrictivas de la legítima defensa son preferibles. La idea de tener que identificar la inminencia de la agresión a la fase de tentativa, como lo ha propuesto el profesor Castillo, es correr un riesgo innecesario de lesión al bien jurídico.

En principio, y de acuerdo con los fundamentos de la legítima defensa, son defendibles todos los bienes jurídicos individuales¹⁵⁸. Esto significa que no serán objeto de legítima defensa los bienes jurídicos colectivos, lo cual no va en contra del prevailecimiento del Derecho como fundamento. Precisamente, al establecer un doble fundamento se habla una inescindibilidad en la naturaleza de este, de modo que solo se pueda hacer prevalecer el Derecho si este se ve puesto en entredicho mediante la ofensa a bienes jurídicos del individuo; y estos solo pueden ser defendidos con los alcances que permite la legítima defensa por añadir a esa necesidad de defensa individual el interés supraindividual.

Lo anterior expuesto lo ejemplifica muy bien Roxin con el caso de delitos de peligro abstracto como la conducción en estado de embriaguez. Aunque exista con estas conductas una violación al ordenamiento jurídico, la legítima defensa solo es admisible si, a la vez, se pone en peligro a una persona en concreto.¹⁵⁹

Otro aspecto muy discutido es la necesidad de la defensa. Como ya se expuso, la parte individual que fundamenta a la legítima defensa parte de la necesidad de proteger el bien jurídico amenazado. Esta necesidad existe a partir del momento en que una

¹⁵⁸ Castillo González, *Derecho penal*, 132; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 623; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. 3, 594 y 619; en el caso de España, separada de la posición dominante que admite una agresión antijurídica desde cualquier ámbito del Derecho, además se exige -por interpretación de su particular formulación legislativa- que los bienes defendibles lo sean ante una agresión penalmente típica. Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal*, cap. 23 num. 28 y 29.

¹⁵⁹ Roxin, 626.

agresión antijurídica pone en peligro un bien jurídico protegido. Algunos autores solo entran a considerar una legítima defensa si en el caso concreto no fue posible acudir a la autoridad. A esto se refieren con que la legítima defensa tiene carácter subsidiario.

No obstante, resulta claro que la necesidad de defensa existe de forma independiente a que las autoridades no puedan acudir.¹⁶⁰ En ese sentido, como opina Luzón, no se podría entender, sin más, que la ausencia de una autoridad que pudiera auxiliar sea un requisito de la legítima defensa. En contra de esto indica Zaffaroni que: “La legítima defensa tiene siempre carácter subsidiario, el que se deriva de la necesidad: cuando el orden jurídico no puede acudir de otro modo en defensa de los bienes agredidos, permite que esa defensa la lleve a cabo el titular o un tercero”¹⁶¹.

Igualmente, apartándose de aquella posición, se encuentran Chirino y Salas quienes indican que la postura de Luzón “no parece tener cabida en nuestro ambiente jurisprudencial donde con frecuencia se ha indicado que si existe otro medio para impedir o repeler la agresión que el utilizado por el sujeto, sobre todo si es menos lesivo, y existe oportunidad que el mismo actúe suficientemente para repeler o impedir la agresión, no existirá legítima defensa”.¹⁶²

Sin embargo, esa justificación no se corresponde con lo que propone Luzón. Él habla de un concepto de *necesidad genérica o abstracta*. Esta necesidad es la que se produce apenas se pone en riesgo el bien jurídico y con ella simplemente se afirma que hace falta proteger el bien jurídico de la agresión. Es esta necesidad la que no puede

¹⁶⁰ La oposición de Luzón a esta exigencia es absoluta y suficientemente explicada en Luzón Peña, *Aspectos*, 36.

¹⁶¹ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal* 3, 589.

¹⁶² Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 68 y 69.

dependen de que esté o no presente alguna autoridad. En este sentido la legítima defensa no tiene carácter subsidiario.¹⁶³

Aparte de esta necesidad abstracta de defensa, se puede hablar de una *necesidad racional del medio empleado*. Pero en este caso ya no se trata de una necesidad de proteger el bien jurídico, que ya existe, sino de la necesidad, específica y *racional* que existía para utilizar un determinado medio defensivo. Es en este concepto que se puede entrar a discutir el caso de que estuviera presente una autoridad; pues, por lo general, la actuación de esta será el medio menos lesivo para repeler o impedir la agresión. Pero incluso bajo este supuesto es posible que, en circunstancias muy particulares, la actuación de la autoridad no sea el medio menos lesivo disponible para repeler o impedir la agresión y, en estos casos, siempre sería preferible y aceptable escoger el medio ideal menos lesivo, a pesar de que no sea el acudir a la autoridad.¹⁶⁴

En todo caso, me parece que la posición de Luzón es correcta y no debería, de entrada, rechazarse la posibilidad de una legítima defensa por la mera presencia o disponibilidad de acudir a la autoridad. Pero sí creo que, si se quiere ejercer la legítima defensa existiendo esa posibilidad, deberá hacerse con extrema certeza de que el medio empleado en la defensa es igual o más ideal y definitivamente menos lesivo que la actuación que habría desplegado la autoridad.

Una vez que se deja de lado esa discrepancia en cuanto al carácter subsidiario, se considera que lo central es el requisito de *necesidad racional del medio* que ya se ha delineado y en el cual hay cierto grado de coincidencia. En palabras de Luzón, existe

¹⁶³ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 40 y ss.

¹⁶⁴ Luzón Peña, *Aspectos*, 36–40; Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 65.

una necesidad racional del medio empleado cuando se opta por “[...] *el menos lesivo posible para el agresor, pero seguro y suficiente* (como vimos antes, cuantitativamente idóneo) para rechazar la agresión [...]”¹⁶⁵. Además, resulta dichosamente aceptado que la acción defensiva solo pueda ser, en la medida ya explicada, dirigida contra los bienes jurídicos del agresor.¹⁶⁶

No debe confundirse la necesidad racional del medio empleado con una paridad de armas ni con un deber de ponderación de bienes jurídicos. Por ello, al hablar de proporcionalidad en la legítima defensa, debe hacerse la aclaración de que no pueden pretenderse tales exigencias. Lo que sí es admisible es un tema de proporcionalidad entendida como un principio general rector del Derecho. Este tema es adecuadamente visto como una de las *restricciones ético-sociales* que desarrolla Roxin.¹⁶⁷

En ese sentido, lo que no tiene que cubrir la legítima defensa es el caso en el cual exista una **aberrante desproporción** entre la lesividad de la agresión y la gravedad lesiva de la defensa, incluso si esa defensa cumple con los requisitos de ser el único medio seguro y el menos lesivo para el agresor. De nuevo, y aunque no refiriéndose a esto con el nombre de una restricción ético-social a la legítima defensa, se considera que existe afortunadamente un acuerdo. Un ejemplo muy común es el de una persona anciana que, incapaz de defenderse de otra forma, decide usar una escopeta contra un niño que, aprovechándose de la condición de la anciana, le hurta unas manzanas. En

¹⁶⁵ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 60; En esto se puede decir que coincide Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 64–66; también Castillo González, *Derecho penal*, 156; y Roxin, *Derecho penal Parte general*, 628 y 629.

¹⁶⁶ Castillo González, 150; Chirino y Salas, 71; Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 46; Roxin, 664; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal* 3, 602.

¹⁶⁷ Claus Roxin, “Las ‘Restricciones Ético-Sociales’ al Derecho de Legítima Defensa”, trad. José Manuel Gómez Benítez, *Cuadernos de política criminal*, núm. Número 17 (1982): 304 y ss.

este caso, por múltiples razones se discute la validez de la legítima defensa debido a la falta de requerimiento y utilidad social que acarrearía.¹⁶⁸

Con estas líneas ya se ha demarcado un concepto general de la legítima defensa que sirva como terreno común para desarrollar la problemática que se ocupa en esta tesis. Evidentemente falta un elemento de suma relevancia para esta discusión: los elementos subjetivos en la legítima defensa. Esto se explicará en la siguiente sección cuando se presente la solución que la doctrina dominante ofrece ante la situación en la que una persona actúa en forma objetiva en legítima defensa, aunque sin conocimiento de ello.

Sección B. Solución ante la existencia de una situación objetiva de legítima defensa con ausencia de elementos subjetivos

En la Sección anterior se expusieron conceptos generales que evidencian la forma de entender el Derecho penal que tienen los autores citados. La idea es que al conocer la solución brindada para los casos en los de legítima defensa con ausencia de elementos subjetivos, se pueda comprobar la congruencia de esta solución frente a los conceptos generales.

Se plantea, primero, las razones usadas para exigir como requisito de la legítima defensa ciertos componentes subjetivos en cabeza de quien defiende. Luego, se presentan cuáles son concretamente esos componentes subjetivos requerido y, por

¹⁶⁸ Castillo González, 162; Chirino y Salas, 63 y ss.; Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 71 y 72; Zaffaroni, 590 y ss.

último, se expone el razonamiento y la consecuente calificación dada por la doctrina en los casos en los cuales no lleguen a comprobarse dichos elementos subjetivos.

i. Los elementos subjetivos en las causas de justificación

La legítima defensa es una causa de justificación y como tal se le han atribuido características que son admitidas de forma general para todas las justificantes. Desde una concepción objetiva del injusto no se hacía ningún análisis subjetivo en la conformación del injusto; por lo tanto, con la mera concurrencia de una situación objetivamente justificada, se excluía el injusto penal. Sin embargo, en la actualidad – como consecuencia de adoptar un injusto personal– es requerido un cierto componente subjetivo para configurar una causal de justificación.¹⁶⁹

Como ya se explicó antes, el injusto personal, a diferencia del injusto meramente objetivo, supone para su conformación un desvalor de acción de acuerdo con un desvalor de resultado. Zaffaroni reconoce de manera muy explícita la derivación de este requisito a partir de concepto de injusto personal. Así, dice:

En tanto se conciba la antijuridicidad como un desvalor que recae sobre un resultado (desvalor de un proceso causal) bastará con que el resultado que obtiene el que actúa no sea desvalorado, para que de este modo resulte justificada la conducta. [...] a una teoría objetiva del tipo prohibitivo corresponde una teoría objetiva del tipo permisivo; [...] En lugar, si se entiende que el desvalor recae sobre la acción -y también sobre un resultado, como resultado de la acción- el enfoque es diverso, y también en el tipo permisivo habrá un tipo subjetivo de permisión que debe cumplimentarse.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Juárez Estevam, *Teoría del Injusto*, 308 y ss; Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, Volumen I:484; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 596 y 597; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal 3*, 574 y 575.

¹⁷⁰ Zaffaroni, 574 y 575.

Desde esta perspectiva solamente puede pensarse en tipos permisivos sin elementos subjetivos si se tienen tipos prohibitivos igualmente objetivos. Aparece entonces una necesidad de igualdad estructural entre lo que prohíbe y lo que permite.

Dice el profesor Castillo que:

Se hace un paralelismo entre los elementos del tipo objetivo y subjetivo a nivel de la tipicidad y con las causas de justificación. El tipo penal tiene un elemento objetivo, constituido por las circunstancias objetivas del tipo y un elemento subjetivo, constituido por el dolo (conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo penal) [...] las causas de justificación tiene [sic.] en común con lo injusto tipificado que ellas tienen elementos descriptivos (por ejemplo, agresión en la legítima defensa) y elementos normativos (ilegítima, en la legítima defensa) que constituyen su elemento objetivo, pero tienen también elementos subjetivos.¹⁷¹

El planteamiento de un “paralelismo” expresa en forma muy acertada el razonamiento que lleva a exigir en las causas de justificación elementos objetivos. Básicamente se aplicó la misma subjetivización de la tipicidad a las causas de justificación en la antijuricidad. Esto se da siguiendo un rechazo por la concepción objetiva del injusto que apartaba todo lo subjetivo para la culpabilidad. La misma razón se encuentra si se lee a Chirino y Salas, en tanto exponen que esto “es consecuencia de la “subjetivización” introducida por Welzel en el concepto de lo injusto”¹⁷² o cuando Roxin apunta que “Desde el punto de vista de la concepción del injusto hoy dominante y aquí también defendida (cfr. §10, nm. 88 ss.), una conducta solo puede ser además conforme a Derecho si desaparecen tanto el desvalor de la acción como el del resultado; [...]”¹⁷³.

¹⁷¹ Castillo González, *Derecho penal*, 62.

¹⁷² Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 75.

¹⁷³ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 597.

De esta forma se observa cómo, la exigencia general de elementos subjetivos para las causas de justificación se pretende derivar del concepto de injusto.

Se han planteado algunas razones diferentes, por ejemplo, don Francisco Castillo asegura que tanto las normas prohibitivas como las permisivas tienen una finalidad de determinación. Por lo tanto, para que los tipos permisivos puedan cumplir esa función tienen que ser conocidas por quien actúe conforme a ellas.¹⁷⁴ También Roxin pretende demostrar la necesidad de estos componentes subjetivos y se refiere al hecho de que la tentativa inidónea es punible, lo cual no sería viable desde un injusto exclusivamente objetivo.¹⁷⁵ Pero estos argumentos, al igual que los que se basan en la labor gramatical de la preposición usada en la redacción de cada causa de justificación (actuar *en* defensa)¹⁷⁶, no son tan relevantes como el de ser consecuencia de la concepción de un injusto personal.

Ahora procede determinar específicamente cuáles elementos subjetivos se requieren para aplicar la legítima defensa. Dentro de las posiciones más estrictas en este sentido subjetivo se podría pretender que la persona actúe con el ánimo de defender(se) ante la agresión ilegítima. Esta, indica Luzón, es una postura aceptada en España no solo por parte de la doctrina sino por la jurisprudencia también. Es decir que la persona que presencia una agresión ilegítima debe decidir actuar para repelerla y para ello debe

¹⁷⁴ Castillo González, *Derecho penal*, 66.

¹⁷⁵ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 597.

¹⁷⁶ Castillo González, *Derecho penal*, 165.

tener como finalidad la protección del agredido. Al menos se reconoce que pueden concurrir en la persona otros motivos, pero siempre junto con el fin defensivo.¹⁷⁷

La misma situación se presenta en Alemania. La jurisprudencia ha establecido que es necesario que la persona actúe con la finalidad justificante, en el caso de la legítima defensa, con un fin defensivo. Acepta en todo caso que esta finalidad “conviva” con otras siempre y cuando subsista la voluntad defensiva¹⁷⁸.

En Costa Rica la realidad jurisprudencial no es tan diferente. Así lo indican los profesores Alfredo Chirino y Ricardo Salas cuando dicen que “es necesario no sólo que el sujeto impida o repela la agresión injusta [...] también es necesario que lo haga con ánimo de defensa”¹⁷⁹. Esta misma idea sostiene Zaffaroni quien indica que “en la legítima defensa se deberá conocer la agresión y se deberá tener la finalidad de defenderse”¹⁸⁰. Igualmente, no se oponen a que sucedan otros fenómenos anímicos junto con la finalidad justificante.

La posición de Francisco Castillo es un poco más difícil de definir. No se sitúa ni en línea con la ya vista posición que requiere un ánimo defensivo, pero tampoco apoya la tesis que se verá a continuación, según la cual solo es necesario conocer las circunstancias objetivas que dan paso a la legítima defensa. En contra de lo primero, indica “El dolo de defensa se distingue de los motivos que pueden guiar al autor en su acción defensiva”¹⁸¹ y en contra de la última opción apunta “Algunos autores requieren

¹⁷⁷ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 50.

¹⁷⁸ Roxin, 598.

¹⁷⁹ Citan así la resolución 176-F de 1987 de Sala Tercera. También se puede ver el voto Num. 3 del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Tercera del 23 de junio de 1992. De ambos se extrae que es necesario un ánimo defensivo. Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 75 y 220.

¹⁸⁰ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal* 3, 579.

¹⁸¹ Castillo González, *Derecho penal*, 166.

solamente el conocimiento de las circunstancias relevantes de la legítima defensa (es decir, no requieren el conocimiento de que se realiza la acción necesaria para la defensa)¹⁸². En cambio, su postura se sitúa en medio exigiendo, además de conocimiento de las circunstancias objetivas, un conocimiento y voluntad **al menos con dolo eventual** de ejercicio de la acción defensiva.¹⁸³

En cambio, una posición menos extrema, y más factible desde el punto de vista probatorio¹⁸⁴, es la que adoptan Roxin y Luzón. Según Roxin, su opinión es compartida por la doctrina dominante y exige para las causas de justificación únicamente el conocimiento de la situación justificante. Dice que en la legítima defensa se aplica la misma razón; pues no hay nada particular que la modifique: “[...] el defensor [...] ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa [...]”.¹⁸⁵ De la misma opinión es Luzón, tanto para las causas de justificación en general como para la legítima defensa. Para las causas de justificación en general hace la salvedad de que la finalidad deberá concurrir si la ley expresamente lo requiere; caso contrario hay que aceptar que “las causas de justificación no requieren de modo general tales elementos subjetivos, [...] aunque, eso sí, es preciso conocimiento de la justificante”¹⁸⁶. Y en específico para la legítima defensa dice que “la opinión correcta, defendida en España por un amplio e importante sector doctrinal, sostiene que obrar “en defensa” significa en situación de defensa [...]”¹⁸⁷. Esta

¹⁸² Castillo González, 166.

¹⁸³ Castillo González, 165 y ss.

¹⁸⁴ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 598.

¹⁸⁵ Roxin, *Derecho penal Parte General*, 597 y 667.

¹⁸⁶ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 21 num. 27.

¹⁸⁷ Luzón Peña, cap. 23 num. 51.

toma de postura la hace justo después de presentar la línea jurisprudencial que exige un ánimo de defensa.

De estas posiciones, el autor de esta tesis de investigación considera más sensata la de Roxin y Luzón que no requiere de un ánimo defensivo; sino solamente un conocimiento de las circunstancias objetivas. De igual manera, como es la hipótesis planteada al inicio de este trabajo que la concurrencia de elementos subjetivos no es un elemento esencial para conceder la justificación en los casos en los que se presente objetivamente una situación en legítima defensa, si se puede prescindir del mero conocimiento de las circunstancias también se podrá prescindir del ánimo defensivo.

ii. Permanencia del disvalor de acción, “desaparición” del disvalor de resultado

El hecho de requerir los elementos subjetivos supra descritos para poder justificar una conducta mediante la legítima defensa, implica una necesidad de resolver la posibilidad fáctica de que se presenten hechos en los cuales, de forma objetiva, se observe a la perfección la concurrencia de una acción de legítima defensa, pero sin que la persona que ha defendido supiera que lo hacía.

En principio, objetivamente la situación que se ha producido es conforme a Derecho. Es decir, en general el ordenamiento no prohíbe ese resultado porque lo ha considerado necesario para proteger un bien jurídico individual y afirmar la vigencia del mismo Derecho. Sin embargo, este resultado, bajo las circunstancias dadas (circunstancias que dan paso a una legítima defensa), ocurrió por mera suerte y no por

una voluntad defensiva. A estos casos Roxin se refiere como una inversión del error de tipo permisivo.¹⁸⁸

Una de las respuestas implica partir de que es posible concebir un disvalor de acción de forma completamente independiente de un disvalor de resultado. Así, se ha resuelto que desaparece el disvalor de resultado, pero subsiste el disvalor de acción. Esta es la posición de la doctrina dominante, expresada por Roxin cuando aduce que “[...] el resultado de injusto objetivamente no se ha producido y el disvalor de la acción por sí solo únicamente puede fundamentar una tentativa”¹⁸⁹. Aquí ya se adelanta que la calificación resultante con este razonamiento es el de una tentativa. Por el momento, interesa resaltar que se afirma la ausencia de un disvalor de resultado, pero aun así se contempla la existencia de un disvalor de acción.

El profesor Luzón Peña sigue una línea muy similar e indica que “[...] al haber desvalor de acción y ser imposible que se dé el desvalor de resultado, responde por *tentativa inidónea* [...]”¹⁹⁰. Nuevamente indica la solución consecuente que deriva de esta lógica: calificar el hecho como una tentativa inidónea. Pero antes es importante resaltar que aquí también se acepta que el resultado de la acción no representa un disvalor de resultado y, a pesar de esto, sí se sostiene un disvalor de la acción.

El profesor Francisco Castillo también es de esta misma opinión. No obstante, se considera necesario transcribir sus palabras; pues si se encontraran de forma aislada, podrían llevar a quien las leyera a alguna confusión. Primero, en su libro *La legítima defensa*, de 2004, exhorta:

¹⁸⁸ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 596.

¹⁸⁹ Roxin, 600 y 601.

¹⁹⁰ Luzón Peña, *Lecciones*, cap. 23 num. 55.

En nuestro criterio, en el caso de que el agente desconozca los elementos subjetivos de la legítima defensa, que realmente existen, no hay disvalor del resultado. Este resultado es lícito y el agente puede realizar un resultado lícito. Pero estamos en presencia de un delito de imposible consumación, precisamente por la existencia de un resultado conforme a derecho. Se trata de un delito absolutamente imposible, impune según el art. 24 Cód. Pen. Pero como existe el disvalor de la acción, este disvalor **no** es suficiente para negarle a este autor la legítima defensa.¹⁹¹

En cambio, en el segundo tomo de su libro *Derecho Penal. Parte General*, de 2010, se refiere al mismo tema y redacta:

En nuestro criterio, en el caso de que el agente desconozca los elementos subjetivos de la legítima defensa, que realmente existen, no hay disvalor del resultado. Este resultado es lícito y el agente puede realizar un resultado **ilícito**. Existe el disvalor de la acción. [...] Pero como existe el desvalor de la acción, este desvalor es suficiente para negarle a este autor la legítima defensa completa. Habría un hecho impune por ser delito imposible.¹⁹²

El resaltado en las dos últimas citas es propio, no del original, e indica los pequeños detalles que pueden causar malentendidos. En la primera cita, la última oración, leída tal cual implicaría que el profesor Castillo admite la justificación mediante legítima defensa a pesar de que el agente no tuviera conocimiento de las circunstancias objetivas que daban lugar a la legítima defensa. Sin embargo, esta no es la posición del profesor Castillo que en realidad es, según se lee en la segunda cita, que precisamente con la subsistencia del disvalor de acción ya se debe excluir la legítima defensa y se estaría ante un injusto penal, impune eso sí. El resaltado en la segunda cita ha sido únicamente

¹⁹¹ Castillo González, *La legítima defensa*, 210.

¹⁹² Castillo González, *Derecho penal*, 167.

un error material en la edición, pero sin duda cambia el sentido del enunciado; debe leerse como en la primera cita: lícito.

Para comprender un poco más sobre cómo es que se llega a esa idea de que “desaparece”¹⁹³ el disvalor de resultado, se puede apreciar la posición del profesor Castillo. Él considera que, si el injusto penal se conforma de un disvalor de acción y un disvalor de resultado, entonces para justificar una conducta deben concurrir elementos que permitan *levantar* ese disvalor de acción y el disvalor de resultado. De esa forma, las causas de justificación tienen que fundamentar un *valor de acción* y un *valor de resultado*.¹⁹⁴

En términos generales, Roxin, Luzón y Castillo analizan el supuesto de la misma manera. Casi en forma matemática abstraen de lo que normalmente habría sido el injusto aquella parte que no se puede configurar: el disvalor de resultado. Esto les deja un disvalor de acción y consideran que solo puede dar lugar a una tentativa. Esta tentativa será además tratada como una tentativa inidónea, porque nunca habría sido posible sancionar por un delito consumado; pues el resultado obtenido es conforme a Derecho.

Según el desarrollo ya planteado sobre la tentativa absolutamente inidónea, conforme al profesor Castillo, estos serían casos de imposibilidad de violar el ordenamiento jurídico, no por la naturaleza de los asuntos, sino por la naturaleza del Derecho. En el caso concreto, todos los elementos objetivos (y subjetivos también) del tipo se cumplen y eran idóneos, en general, para lesionar un bien jurídico, lo que falta es

¹⁹³ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 597.

¹⁹⁴ Castillo González, *La legítima defensa*, 203.

una propiedad valorativa, en concreto, una desaprobación del resultado por parte del Derecho. Aquí ya se pueden intuir problemas con la aplicación de la figura de la tentativa, sobre todo en la medida que pretende Roxin aplicar las reglas de la tentativa, no mediante analogía sino de forma directa.¹⁹⁵

Esos problemas ya los contempla el profesor Zaffaroni, quien apunta, correctamente, que solucionar estos casos como una tentativa es una contradicción. La conducta ha cumplido todos los elementos del tipo penal hasta llegar a la consumación. El problema se encuentra entonces ya en otro momento analítico: la antijuricidad. Y desde su perspectiva, el juicio de antijuricidad solo puede arrojar dos resultados: o está justificada la conducta o no lo está. La justificación solamente se puede dar en caso de que haya congruencia en el tipo permisivo¹⁹⁶; es decir, que concurren tanto los elementos objetivos como los subjetivos.¹⁹⁷ De acuerdo con esas razones, el profesor Zaffaroni tendría que considerar el supuesto como una conducta consumada y antijurídica.

La principal diferencia en cuanto a las consecuencias sería esta posición de Zaffaroni que rechaza la calificación como tentativa por ser contradictoria con el concepto mismo. Tanto el profesor Castillo como Roxin concluyen que se trata de una tentativa (inidónea), con la particularidad de que Roxin sostiene que no es una aplicación analógica sino directa de las reglas de la tentativa. En cambio, la diferencia en cuanto al razonamiento reside en que los profesores Roxin, Luzón y Castillo contemplan la desaparición del disvalor de resultado cuando afirma la permanencia únicamente de un disvalor de acción. En cambio, Zaffaroni asegura que eso no es posible. Manifiesta que

¹⁹⁵ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 601.

¹⁹⁶ Esta misma denominación es usada por Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 74.

¹⁹⁷ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal* 3, 577 y ss.

no tiene sentido justificar resultados independientemente de la conducta que los produce.¹⁹⁸

Este ha sido el tratamiento dado a la problemática que genera la ausencia de elementos subjetivos en una situación de legítima defensa. Aquí se hace referencia, claro, al tratamiento dado por la doctrina desde una concepción de injusto personal. En el siguiente capítulo se hará un análisis crítico a estas posiciones, pero siempre desde esta concepción de injusto. No tendría mayor aporte que la crítica sea simplemente volver a una concepción objetiva de injusto.

En ese sentido, el autor de esta tesis de investigación admite desde ya la conveniencia que puede tener la inclusión de un análisis sobre elementos subjetivos de la legítima defensa, pero considera que debe repensarse de forma que sea congruente con un Derecho penal limitado a la protección de bienes jurídicos.

¹⁹⁸ Zaffaroni, 577.

Capítulo 2. Análisis crítico a la doctrina dominante

En este capítulo se plantean las principales críticas que se pueden hacer al tratamiento que la doctrina dominante ha dado al caso bajo estudio. El autor de esta tesis de investigación sostiene que, en el caso bajo estudio, a pesar de no estar presente el elemento subjetivo, debe procederse con la justificación de la conducta como consecuencia del concepto de injusto penal seguido y de conformidad con el principio de lesividad.

En primer lugar, se expone el por qué la exigencia de un componente subjetivo en la legítima defensa no puede derivarse de su fundamento. Esto para definir que dicho requisito ha sido defendido por la doctrina dominante, no como una particularidad de la legítima defensa, sino como una atribución general a las causas de justificación proveniente del concepto de injusto personal. A la vez, este análisis con base en el fundamento de la legítima defensa sirve para establecer que una interpretación con base en el concepto de injusto personal y el principio de lesividad, que resulte en la justificación a pesar de la ausencia del elemento subjetivo, es compatible con el particular fundamento de la legítima defensa.

Posteriormente, se destaca la incompatibilidad de la solución brindada por la doctrina dominante con el principio de lesividad, así como la inconsistencia conceptual que dicha solución supone. Como parte de este análisis, se propone una forma de entender la relación entre el disvalor de resultado y el disvalor de acción que es adecuada para limitar el poder punitivo, compatible con el concepto de injusto personal aquí expuesto y que, por lo demás, sirve para sostener la hipótesis planteada al inicio de esta

investigación, según la justificación de conductas objetivamente ajustadas a los supuestos de una legítima defensa, pero con ausencia del elemento subjetivo.

Se expongo también, por qué se considera incorrecto o al menos inconveniente, recurrir a las reglas de la tentativa para calificar el caso bajo estudio.

Sección A. Falta de relación entre el doble fundamento y función con una exigencia de elementos subjetivos en la legítima defensa.

Esta Sección se divide en dos apartados, cada uno dedicado a analizar una vertiente del doble fundamento de la legítima defensa. El análisis va dirigido a establecer si la ausencia de un elemento subjetivo de justificación en la legítima defensa efectivamente tiene incidencia alguna en cada uno de los fundamentos aceptados.

ii. Fundamento individual

El requisito de elementos subjetivos en la legítima defensa no puede extraerse del principio individual que fundamenta la legítima defensa. Como ya se expuso en el capítulo anterior, el aspecto individual del fundamento de la legítima defensa reside en una necesidad de defender un bien jurídico que es atacado antijurídicamente.

La forma más sencilla de comprobar la falta de relación entre este fundamento y la exigencia de elementos subjetivos es planteándose si el hecho de que una persona que es atacada, pero lo desconoce, hace desaparecer de alguna manera la necesidad de defender el bien jurídico bajo ataque. La respuesta debe ser rotundamente negativa. En ese sentido, la necesidad general de defensa del bien jurídico bajo ataque no depende

de ninguna manera del conocimiento del ataque por parte del agredido o por parte de un tercero.

Esta misma razón es la que usa Luzón Peña para argumentar que la legítima defensa no tiene un carácter subsidiario, entendido este como que la ausencia de auxilio del Estado deba ser requisito esencial para aplicar la legítima defensa. Así, dice:

Pero la necesidad de defensa surge en cuanto aparece una agresión ilegítima y pone en peligro algún bien jurídico del individuo: desde ese momento se da la necesidad de hacer algo para evitar que se realice la agresión, para “impedirla o repelerla”; y esa necesidad de defender dura mientras subsiste el peligro. [...] Desde el momento que una agresión ilegítima pone en peligro un bien jurídico de un individuo, y aunque esté presente la fuerza pública y pueda intervenir (incluso suficientemente), desde ese momento surge la necesidad de defensa para el bien jurídico; pues aunque la autoridad pueda actuar, lo cierto es que el bien está en riesgo y hay que hacer algo para evitar que sea lesionado: hay necesidad de defenderlo.¹⁹⁹

Así como la presencia de la autoridad no elimina la necesidad de defensa del bien jurídico –más bien es esa necesidad de defensa la que llamaría a la autoridad a actuar– así tampoco puede el simple desconocimiento de las circunstancias, por parte del agredido o de cualquier otra persona involucrada, incidir de alguna forma en la necesidad de defensa del bien jurídico individual.

Como bien se desprende de la cita del profesor Luzón Peña, la necesidad de defensa en abstracto depende únicamente de la presencia de una agresión ilegítima. La determinación de la existencia de una agresión ilegítima que genere esa necesidad de defensa es un aspecto objetivo que puede, y debe, ser verificado posteriormente.

¹⁹⁹ Luzón Peña, *Aspectos*, 36 y 37.

Pero no solo es cierto que el fundamento individual mayormente aceptado no se presta de ninguna manera para requerir elementos subjetivos para la aplicación de la legítima defensa, sino además, las teorías individualistas que sí recurren a elementos subjetivos resultan inadecuadas para fundamentar la legítima defensa.

Las primeras teorías en las que se podría pensar son las que menciona el profesor Luzón Peña como la perturbación de ánimo o conflicto de motivaciones. La teoría de la perturbación del ánimo, que Luzón le atribuye a Pufendorf, básicamente establece que quien es víctima de un ataque sufre de una perturbación en su ánimo y, por ello, su reacción defensiva no puede ser sancionada; pues debe considerarse inculpable.²⁰⁰

Evidentemente, resulta necesario que la persona agredida conozca la situación de peligro en la que se encuentra para poder alegar esta perturbación en el ánimo, de lo contrario, no podría ser conmocionado por ella. Pero igual de evidentes son los problemas que implica aceptar dicha teoría basada en elementos subjetivos de la persona agredida. Por un lado, la perturbación en el ánimo explicaría una causa de inculpabilidad, no una justificación que excluya la antijuricidad como lo hace la legítima defensa. Además, con base en esta teoría quedarían por fuera los casos en los cuales, a pesar de que la persona agredida conozca el peligro, este no llegara a perturbarlo y falla entonces sobre todo para explicar la legítima defensa de terceros.

Por otro lado, esta fundamentación es más bien excesiva porque abarca supuestos de hecho que no deben ser cubiertos por la legítima defensa: la perturbación anímica de alguien que es atacado puede producirse sin importar si el ataque que se sufre es jurídico o antijurídico, mas no debe justificarse la defensa que se haga ante un ataque que no es

²⁰⁰ Luzón Peña, *Aspectos*18.

ilegítimo.²⁰¹ Los mismos argumentos se pueden plantear para otra posición individual-subjetiva que se basa en un instinto de conservación para fundamentar la legítima defensa.²⁰²

Se evidencia que, aunque se puedan imaginar fundamentos individuales que requieran elementos subjetivos por parte del sujeto que ejerce la defensa, lo cierto es que no son idóneos para servir de fundamento a la legítima defensa y, por eso, han sido rechazados por la doctrina dominante. En cambio, el fundamento individual que ha aceptado la doctrina dominante es uno completamente objetivo y, por lo tanto, no puede extraerse como derivación lógica de este un requisito de elementos subjetivos para la aplicación de la legítima defensa. Incluso el absoluto desconocimiento por parte de quien ha actuado bajo las circunstancias de una legítima defensa es por completo irrelevante para el fundamento individual de la legítima defensa; pues el peligro al bien jurídico y la necesidad de defensa de este existen con independencia de que un sujeto sea consciente de ello o no.

Aunque en el capítulo anterior ya se planteó el fundamento de la legítima defensa que es aceptado por reconocidos autores que siguen la doctrina dominante y, además se considera que, en lo sustancial todos llegan a coincidir, resulta necesario hacer especial mención de la propuesta de los profesores Chirino y Salas. En el caso de ellos, siguiendo a Zaffaroni, se refieren al doble fundamento como una parte subjetiva (el ejercicio de un derecho) que sería el fundamento individual; y a una parte objetiva (la necesidad de salvar el orden jurídico) como el fundamento supraindividual.

²⁰¹ Luzón Peña, 19 y 20.

²⁰² Luzón Peña, *Aspectos*, 40–43.

En ese sentido, es importante destacar que, a pesar de llamarle “aspecto subjetivo” al fundamento individual, esto no implica de forma alguna que se deba por ello requerir elemento subjetivo alguno en cabeza de quien defiende. Le llaman aspecto subjetivo porque, como en el mismo texto indican, ven esta parte de la legítima defensa como un derecho subjetivo que puede ser ejercido ante la presencia de una agresión ilegítima.²⁰³ Lejos de servir para argumentar en favor de un requisito de elementos subjetivos, considerar el aspecto individual del fundamento de la legítima defensa como un derecho subjetivo de quien defiende más bien reafirma que es completamente innecesario. En palabras de Zaffaroni:

Cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permisivo confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria e incluso aberrante en un estado de derecho: nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo.²⁰⁴

Al menos para quienes consideren la legítima defensa como un derecho subjetivo debería, consecuentemente, renunciarse al requisito de elementos subjetivos para su aplicación. Sin embargo, no se quiere enfatizar demasiado en este argumento para sostener la hipótesis planteada en este trabajo de investigación, en contra de este requisito ya que, como se mencionó en el primer capítulo y en línea con Luzón, no considero que sea lo más adecuado considerar la naturaleza jurídica de la legítima defensa como un derecho subjetivo.

²⁰³ Chirino y Salas, *La legítima defensa*, 24.

²⁰⁴ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho penal*, 602.

iii. Fundamento supraindividual y función

La necesidad de defensa del ordenamiento jurídico, que es la vertiente supraindividual que da fundamento a la legítima defensa, no conduce necesariamente al requisito de elementos subjetivos en cabeza de quien ejecuta la defensa para la justificación de su conducta.

Un primer argumento en favor de esta afirmación es muy similar al que aplica para la parte individual del doble fundamento: una supresión del elemento subjetivo no afecta en nada el contenido de este fundamento. Para seguir con la reflexión del profesor Luzón sobre lo que debe ser el fundamento supraindividual de la legítima defensa, se deduce que es “la necesidad de defensa, de afirmación del Derecho frente a la agresión injusta [...]”²⁰⁵. Y esta necesidad de defensa surge con la mera existencia de una agresión antijurídica que ataca, no solo al derecho o bien jurídico individual, sino ya al ordenamiento jurídico en sí mismo²⁰⁶. El hecho de que nadie sepa que esta agresión contraría a Derecho existe no la hace menos real ni menos desvalorada jurídicamente.

No obstante, Luzón apunta de manera certera que esta necesidad de defensa del Derecho no es “categórica o absoluta”²⁰⁷, porque tal necesidad solo existe si se quiere mantener el Derecho frente al injusto “El orden jurídico necesita ser defendido, si no quiere que en el caso concreto el injusto (agresor) prevalezca contra él; y necesita ser defendido por el particular, si prefiere romper así en algo el monopolio de la fuerza estatal para que no venza la agresión”.²⁰⁸

²⁰⁵ Luzón Peña, *Aspectos*, 53.

²⁰⁶ Luzón Peña, 47.

²⁰⁷ Luzón Peña, 53.

²⁰⁸ Luzón Peña, 53.

De este modo, al encontrarse frente a una agresión ilegítima, solamente se podría suprimir el fundamento supraindividual de la legítima defensa si se halla una razón de peso que haga al Derecho elegir, en el caso en concreto, que es preferible permitir que prevalezca el injusto sobre él. El autor de esta investigación no ve en el desconocimiento de la situación agresiva injusta motivo alguno para que el Derecho ceda ante el injusto.

De acuerdo con lo anterior, ninguno de los autores citados pretende sostener que el requisito de elementos subjetivos en la legítima defensa sea una conclusión que responda al fundamento de la legítima defensa. Más bien, se puede leer una cita de Roxin que reconoce que, incluso con desconocimiento de la situación en la cual se encuentra, la actuación de quien defiende es una actuación que afirma el Derecho; en tanto evita o repele una agresión que lo amenazaba. En ese sentido expresa el profesor Roxin:

[...] ni el concepto de “defensa” en el §32 II ni en el principio del prevalecimiento del Derecho obligan tampoco a castigar al sujeto que, desconociendo la situación de defensa, actúa de modo objetivamente adecuado por un delito consumado, en vez de castigarle sólo por tentativa: pues objetivamente también se da en ese caso una defensa y una afirmación del Derecho frente al injusto, por lo que es adecuado excluir la legítima defensa propia y de terceros contra esa actuación [...]²⁰⁹

Aun bajo tales circunstancias de desconocimiento por parte de quien defiende, lo cierto es que se afirma objetivamente el Derecho frente al injusto. Ahora bien, no se considera que sea necesaria la aclaración de que tal afirmación del Derecho lo es solo en forma objetiva. Para efectos de fundamentación de la legítima defensa, se da una

²⁰⁹ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 667.

afirmación del Derecho y lo que es más importante y aún menos discutible es que existía una necesidad de defensa del Derecho, lo cual se estima suficiente para satisfacer este aspecto supraindividual de su fundamento.

Además, resulta importante destacar que el doble fundamento se basa en la necesidad de defender (el bien jurídico individual y el Derecho), mas no en la defensa efectiva de estos. De lo contrario, solo estarían debidamente fundamentadas las defensas que en efecto hayan repelido o hecho cesar la agresión. Y no existe semejante exigencia para la justificante. Solo es requerido que la acción sea idónea para repeler o hacer cesar la agresión, si esta falla por cualquier motivo de igual manera debería justificarse.

Así las cosas, resulta plausible razonar que el desconocimiento de las circunstancias por parte del agente que defiende no tiene implicaciones contrarias al fundamento de la legítima defensa. Finalmente, se quiere hacer referencia a la labor de prevención general que le es atribuida a la legítima defensa. En los términos que se expusieron en el capítulo anterior, la legítima defensa cumple una tarea de prevención general en la medida en que resulta intimidatorio saber que, agredir antijurídicamente a otra persona, puede resultar en una grave lesión para el agresor. Pero la función de prevención general no es, en sí misma, el hecho de ser repelido por la fuerza. Esta posibilidad fáctica existe incluso si el Derecho no lo permitiera. La función de prevención general de la legítima defensa es precisamente el hecho de que las lesiones que sean necesarias para evitar o repeler una agresión antijurídica serán lesiones que el mismo Derecho permite.

En esta cuestión valorativa el Derecho comunica dos aspectos relevantes: el primero es que para un agresor existe una mayor probabilidad de sufrir lesiones porque las personas se encuentran en libertad, avaladas por el Derecho, de actuar contra la agresión incluso en perjuicio del agresor. El segundo es que el Derecho reafirma la desaprobación del actuar del agresor cuando decide que la lesión de determinados *entes*, relativos al agresor, está permitida; es decir, cuando deja de proteger *entes*, normalmente protegidos, por las circunstancias específicas en las que el mismo agresor se ha colocado.

Estos dos mensajes a la sociedad son los que deberían desincentivar la ejecución de agresiones antijurídicas y ambos permanecen incluso si la persona que ha repelido la agresión desconocía las circunstancias objetivas. En cambio, si se sanciona a una persona en el caso excepcional de que actúe solo objetivamente amparada en una legítima defensa se estaría tirando al suelo el primer mensaje. Podría ser percibido por la población como que una persona es sancionada a pesar de que su conducta sirviera para defenderse a sí misma o a un tercero y esto llevaría a reducir la disposición de actuar en defensa ante una agresión ilegítima.

Si se reducen así las probabilidades de ser lesionado legítimamente cuando se agrede de forma antijurídica, entonces se reduce la función de prevención general que se supone debería cumplir la legítima defensa. Lo mismo sucede si se comunica que, bajo ciertas circunstancias, el Derecho sigue protegiendo bienes jurídicos del agresor, a pesar de que en el caso concreto la lesión de estos fuera necesaria para detener la agresión ilegítima que él mismo había emprendido.

Como se ha dejado claro, la exigencia de elementos subjetivos para justificar legítima defensa no es algo que se pueda desprender de su fundamento ni función. Más bien, a lo largo de este trabajo se ha argumentado que su satisfacción es verificable por medio de cuestiones completamente objetivas. Sin embargo, se debe reconocer que ninguno de los autores citados como exponentes de la doctrina dominante han pretendido sostener este requisito de elementos subjetivos con base en el fundamento de la legítima defensa en específico. En cambio, sí es común leer que esta parte subjetiva es un requerimiento genérico de las causas de justificación y deriva de la aceptación de un concepto personal de injusto. Es precisamente esa postura la que se cuestionará en la sección siguiente.

Sección B. El injusto personal no hace indispensable la existencia del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa

La idea de que las causas de justificación, y, entre ellas la legítima defensa, requieren de forma indispensable de un componente subjetivo para operar la justificación es en la actualidad sostenida por la doctrina dominante como una consecuencia ineludible de la concepción personal de injusto. Sin embargo, este aparente acuerdo²¹⁰ no muestra a primera vista, un razonamiento evidente que obligue esa conclusión.

En esta sección cuestiono si efectivamente es indispensable para un injusto personal que en el ámbito de la antijuricidad se compruebe el conocimiento de las circunstancias objetivas que dan paso a la legítima defensa, para que la conducta sea

²¹⁰ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 484 y 485. Ejemplo de lo que es común leer sobre este tema al decir que la exigencia “se explica por sí misma”.

justificada. En ese sentido, se comienza destacando las diferencias entre los llamados tipos permisivos y los tipos penales prohibitivos, por lo cual no es evidente la obligatoriedad de trasladar la misma estructura de los últimos a los primeros.

i. Los tipos permisivos son en esencia muy distintos a los tipos prohibitivos

Es usual encontrar razonamientos sobre la construcción de los tipos permisivos como si estos fueran un paralelo al tipo prohibitivo. La premisa para construir los primeros es que, si el tipo prohibitivo complejo exige para su verificación la comprobación del tipo objetivo y la del tipo subjetivo, entonces para la verificación del tipo permisivo deberá aplicar la misma lógica, con ello se verifica en el tipo permisivo un aspecto objetivo y uno subjetivo concordante²¹¹. Pero esta construcción muchas veces omite un dato esencial y es la diferencia sustancial entre un tipo permisivo y un tipo prohibitivo.

En realidad, el autor de esta tesis de investigación evita el uso del término “tipos permisivos” y en cambio prefiere la denominación de causas de justificación o mejor aún preceptos permisivos. Al inicio de este apartado los ha denominado así para evidenciar que el uso de este nombre resulta tentador tratarlos como un paralelo de los tipos prohibitivos. Por lo tanto, se prefiere llamarles causas de justificación, porque no se trata en realidad de “tipos” en el sentido de que no son una descripción de un fragmento de la realidad sometida a permisión, como sí lo son los tipos prohibitivos para su finalidad respectiva. Las causas de justificación son expresión de principios que sirven para

²¹¹ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho penal*, 601.

resolver conflictos sociales, como parte de las funciones atribuidas al campo de la antijuricidad.²¹²

Una de las diferencias es que las causas de justificación no tienen por qué regirse, al menos no de la misma manera que los tipos prohibitivos, por el principio de legalidad. Ciertamente las causas de justificación no están sujetas a la misma exigencia de determinación o certeza que los tipos penales. Esto debe ser así porque las causas de justificación no están diseñadas para excluir la antijuricidad de único tipo penal, sino que son, en principio, aplicables a todos los tipos prohibitivos. Por lo tanto, las causas de justificación deben brindar pautas generales para resolver el conflicto en el caso concreto. Son –como ya se ha mencionado– expresión de principios del Derecho.

Por otra parte, tampoco se sujetan a la misma prohibición que los tipos penales en cuanto a la interpretación analógica. Ciertamente, las causas de justificación, para cumplir su propósito, no deben ser rígidas y, en ese sentido, debe permitirse la interpretación analógica *in bonam partem*.²¹³

De acuerdo con lo anterior expuesto, comienza a evidenciarse que los tipos prohibitivos y las causas de justificación tienen puntos de origen y funciones diametralmente opuestas. Los tipos prohibitivos señalan y aportan los elementos de modo indiciario, de lo que es considerado injusto a nivel penal. Es decir, establecen límites a la libertad del individuo. En cambio, las causas de justificación son enunciados generales que sirven para determinar cuándo, a pesar de la apariencia indiciaria de

²¹² Roxin, *Derecho penal Parte general*, 287.

²¹³ En este sentido Juan Pablo Montiel Fernández, “Fundamentos y Límites de la Analogía *in bonam partem* en el Derecho Penal”. (Barcelona, Universitat Pompeu Fabra. Departament de Dret, 2008), 59, <https://www.tdx.cat/handle/10803/7304#page=1>; Jose Juan Moreso, “Principio de legalidad y causas de justificación: (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 24 (2001): 538 y ss., <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2z1j8>; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 599.

antijuricidad, los hechos en concreto resultan no ser contrarios a Derecho. Entonces, la aplicación de una causa de justificación lo que hace es confirmar “la vigencia de un ámbito de licitud o libertad”.²¹⁴

Las anteriores razones son en parte argumentos utilizados para sustentar una separación analítica entre el de tipicidad y el de antijuricidad.²¹⁵ Sin embargo, resulta igualmente útil para demostrar que no existe necesidad, ni utilidad, en aplicar la misma lógica para verificar causas de justificación que para la de tipos prohibitivos. Esta breve distinción es la que da paso al siguiente apartado que evidencia el error lógico en el cual se incurre al requerir la concurrencia del elemento subjetivo en la legítima defensa para la justificación de la conducta.

- ii. El error lógico de las tesis que ven la necesidad de “compensar” el disvalor de acción y el disvalor de resultado

En el capítulo primero se estableció que la doctrina dominante sigue un concepto personal de injusto y, efectivamente, este implica un injusto objetivo-subjetivo. No se pretende discutir que la legítima defensa, como las demás causas de justificación, contenga componentes subjetivos que pueden ser analizados desde la antijuricidad. En efecto, es normal que exista en casos de legítima defensa un componente subjetivo y que este conocimiento excluya el disvalor de acción. En cambio, el argumento del autor de este trabajo va centrado en que la doctrina dominante incurre en un error lógico al exigir de manera indispensable dicho componente para excluir el injusto.

²¹⁴ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho penal*, 602.

²¹⁵ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 288.

El primer error reside en la fórmula utilizada por muchos autores que se refieren a las causas de justificación como si estas tuvieran un efecto compensatorio con respecto a los disvalores de acción y resultado.²¹⁶ Este es el error lógico que ocurre cuando se construye la causa de justificación, en este caso la legítima defensa, como una derogación de la prohibición.²¹⁷ Es decir, se parte de la idea que con la sola realización del tipo existe ya un disvalor de acción y de resultado que en la antijuricidad, en caso de presentarse una causa de justificación, pueden ser derogados o “compensados”.

Al parecer del autor de esta investigación, este razonamiento es contrario a la construcción teórica presentada en el capítulo primero en cuanto al vínculo entre tipicidad y antijuricidad. Para este argumento es menester recordar que dicha relación es de carácter indiciaria, el disvalor de acción y el de resultado aludidos con la realización de cada tipo penal son únicamente **presuntos** disvalores. Hasta tanto no se haya superado el filtro de la antijuricidad, con el cual se confirma la verdadera y definitiva existencia de estos disvalores.²¹⁸

Las causas de justificación no compensan el injusto, más bien excluyen o niegan su conformación. Al igual que no se diría que las causas de justificación compensan un

²¹⁶ Moreno, “El elemento subjetivo en las causas de justificación en la reciente doctrina argentina (a propósito de las obras de Javier Esteban de la Fuente y Maximiliano Rusconi)”, 181 “si para el injusto es menester que concurren tanto el desvalor de acción como el de resultado, lo mismo ha de exigirse para el reconocimiento de una causa de justificación del hecho, esto es, se hace menester que confluyan un valor positivo en el comportamiento y a la vez otro en el resultado.”; Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, “como consecuencia de la intervención de la norma justificante, tanto el desvalor de acción como el de resultado del hecho debe decaer o ser compensado en todo o en su mayor parte”.

²¹⁷ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho penal*, 602.

²¹⁸ Luis Arroyo Zapatero citado en Roberth Uribe Alvarez, “Sobre prohibiciones y permisos en el derecho penal”, *Nuevo Foro Penal* 14, núm. 91 (2018): 101, <https://doi.org/10.17230/nfp.14.91.3> “Comparado con el conjunto de informaciones que se necesita para responder la cuestión de la punibilidad de un comportamiento, el ámbito de la tipicidad es insuficiente. [...] La respuesta definitiva a esta cuestión se elabora en el ámbito de la «antijuridicidad». En él se tipifican situaciones en las que, excepcionalmente, el derecho penal no convierte en definitivo el juicio provisional que hace sobre el carácter injusto de un comportamiento que ya ha sido calificado de típico”.

injusto ya existente, tampoco se debe aplicar esa expresión para las partes fundantes del injusto: el disvalor de acción y disvalor de resultado.

El siguiente gran error surge en absoluta contradicción lógica con la afirmación de que bajo el injusto personal se da igual importancia al disvalor de acción y disvalor de resultado; y ambos deben estar presentes para fundar el injusto penal. La lógica usada por la doctrina dominante es que si C (el injusto penal) se conforma de A (disvalor de acción) y B (disvalor de resultado), entonces para excluir C se debe negar la existencia tanto de A como de B.

De acuerdo con lo anterior, en el caso de una legítima defensa sin concurrencia del elemento subjetivo se excluye la existencia de B, pero no la de A. Por lo tanto, C puede subsistir (aunque no en su modalidad consumada, sino como tentativa). El problema es que esto implica otorgar una evidente supremacía al disvalor de acción sobre el disvalor de resultado en la fundamentación del injusto. Tanto el delito consumado como el delito en grado de tentativa requieren como paso previo la existencia de un injusto penal. En otras palabras, la calificación del supuesto estudiado como tentativa reconoce la posibilidad de fundamentar un injusto penal única y exclusivamente en el disvalor de acción.

En cambio, una lógica congruente con la idea de que tanto el disvalor de acción como el disvalor de resultado son condiciones necesarias para la confirmación del injusto debería ser la siguiente: si para afirmar C se debe comprobar la existencia tanto de A como de B, entonces el mínimo requerido para negar C es la exclusión de alguno de los

dos, A o B. Es la única manera de poder afirmar que ambos tipos de disvalor tienen verdaderamente igualdad en la conformación del injusto penal.

Claramente no se puede pretender una igualdad entre ambos tipos de disvalor en el sentido de que ambos se presenten con igual fuerza en todos los tipos de injusto y en todas las formas de ejecución de los hechos. Esto es evidente por cuanto en el injusto penal para el caso de los delitos culposos tiene mayor peso el disvalor de resultado.

De igual manera, en la tentativa el disvalor con más peso es el de acción. Por lo tanto, la igualdad referida tiene que defenderse en el sentido de que como al menos se exija un mínimo de ambos tipos de disvalor en cada injusto penal. Ya una vez comprobado ese mínimo, sí es posible hacer las graduaciones correspondientes, según el tipo de injusto y la específica forma de ejecución.

En conclusión, el proceso lógico para la conformación del injusto no es igual al proceso lógico para excluirlo. La confusión viene probablemente de la misma idea planteada en el apartado anterior de querer aplicar las mismas reglas a los tipos penales y a las causas de justificación, a pesar de sus funciones opuestas (limitar la libertad frente a reafirmar espacios de libertad).

Por último, es importante hacer referencia a una visión del vínculo entre el disvalor de acción y el disvalor de resultado, el cual se considera particularmente importante y compatible con la postura aquí defendida. En el Capítulo Primero, Sección A, Apartado iii), se hacía referencia a cómo la doctrina dominante se ha preocupado por alejarse de ideas meramente causalistas que tenían el problema de que bajo su lógica se podía pensar la idea de un disvalor de resultado a pesar de que el resultado desvalorado no

fuera producto de una acción humana. En cambio, se defiende la idea de que el disvalor de resultado solo tiene sentido si le antecede y lo abarca un disvalor de acción.

La misma idea que se indica en el párrafo anterior, se ve en dicho Capítulo y Sección, Apartado ii), cuando el profesor Luzón Peña añadía a la definición de antijuricidad material la palabra *reprobable* para referirse a la forma en la cual debía ser ofendido el bien jurídico en concreto. En última instancia, lo que hace es decir que, para poder hablar de una ofensa a un bien jurídico, este debe ser afectado por una conducta humana desvalorada (debe haber un disvalor de acción presente).

Resulta poco debatido que la violación de la norma de valoración (el disvalor de resultado) implica y presupone una violación de la norma de determinación. Conclusión con la que se está completamente de acuerdo. Pero, además, en este trabajo de investigación se sostiene que el mismo razonamiento debe aplicarse al disvalor de acción, el cual debe estar de igual forma condicionado a la existencia de un disvalor de resultado con el que esté relacionado de debida manera.

Entonces, desde la perspectiva del presente trabajo de investigación, los conceptos de disvalor de acción y disvalor de resultado están unidos en forma indisoluble y no debe existir uno sin el otro. Se les “separa” por la utilidad analítica que esta clasificación tiene, pero no debe olvidarse que, siendo estos elementos igualmente necesarios para la formación del injusto, no tiene sentido hablar de uno cuando el otro esté por completo ausente.²¹⁹

²¹⁹ En contra Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 29, citando a Welzel.

Sección C. Incompatibilidad de la solución brindada por la doctrina dominante con el principio de lesividad

Ya se ha dejado claro que, el caso bajo estudio debería excluir la conformación del injusto por ausencia de uno de sus componentes fundantes: el disvalor de resultado. Sin embargo, se considera que es pertinente analizar también la solución a la cual llega la doctrina dominante, siguiendo su postura de exigir elementos subjetivos para la aplicación de la legítima defensa.

Como se ha planteado en el primer capítulo, dicha solución es tratar el caso como una tentativa absolutamente inidónea. Así se deja abierta la cuestión de si esta es merecedora de pena o no. Así, en Alemania, a diferencia de Costa Rica, sí es posible aplicar una pena por una tentativa inidónea.

En los próximos apartados se hará referencia de dos principales problemas que el autor de la presente tesis encuentra en la solución adoptada por la doctrina dominante para el caso bajo estudio. Primero, que la aplicación de las reglas de la tentativa es inadecuada y poco fructífera. Luego, se expondrá el hecho de que la calificación de tentativa inidónea es contraria al principio de lesividad, y aún más su punición.

i. La aplicación de las reglas de la tentativa es inadecuada

Lo primero que se debe expresar en ese sentido, es que después de la exposición hecha en el primer capítulo, se debe afirmar que el concepto de la tentativa, más específicamente el fundamento para su punición, es sustancialmente diferente en Costa Rica y Alemania. Por lo tanto, se tratará de fundamentar este apartado en aspectos que sí tengan en común para que la crítica aquí hecha sea aplicable en ambos casos.

Uno de estos elementos comunes es que la tentativa se diferencia de la consumación en que la primera tiene un tipo objetivo incompleto. Se trata de una proximidad a la realización del tipo.²²⁰ Por lo tanto, la “no realización completa” del tipo objetivo se convierte en una exigencia para la aplicación de la figura de tentativa.

En el caso bajo estudio lo que se presenta es una conducta que realiza en su totalidad la parte objetiva y subjetiva de un tipo penal. A modo de ejemplo, una persona (X) actúa con conocimiento y voluntad de matar, efectivamente da muerte a otra persona (Y), que resulta haber sido un asesino que se disponía a matar a (X), circunstancia que este desconocía. Así, resulta evidente la comprobación del tipo de homicidio tanto en su aspecto objetivo como subjetivo y no hay necesidad, ni posibilidad, de recurrir a la figura de la tentativa. Al parecer del autor del presente trabajo, ya por cuestiones de definición, la aplicación directa de la tentativa no es viable precisamente porque no se está frente a un tipo objetivo incompleto.

Esta misma crítica la hace un sector doctrinario que considera que este supuesto debería ser sancionado como un delito consumado.²²¹ Con ellos se está de acuerdo en cuanto a que no tiene sentido pretender que se trata de una tentativa porque “se abandona el suelo de la realidad”²²²; pues la totalidad del tipo penal fue ejecutado. Pero se está en desacuerdo con cuanto a que el supuesto sea tan siquiera un delito, mucho menos uno consumado. Esta solución (la del delito consumado) sería congruente para quienes le atribuyan todo el valor fundante del injusto al disvalor de acción. Pero entonces

²²⁰ Roxin et al., *Especiales formas de aparición del delito*, 434.

²²¹ De esta postura sería Welzel según Roxin, *Derecho penal Parte general*, 601; Roxin, *Teoría del tipo penal*, 254.

²²² Roxin, *Derecho penal Parte general*, 601.

habría que aplicar la misma razón a todos los delitos y se convertiría a la tentativa en la forma normal de todos los tipos penales.²²³

Roxin insiste en que se trata de una aplicación directa de las reglas de la tentativa; pues a pesar de que esté presente el resultado típico, falta el resultado de injusto y eso es lo que sustenta el desvalor de resultado.²²⁴

La fundamentación de esta postura se halla en su desarrollo sobre la *Teoría del tipo penal* y según la premisa de que, en este caso, lo que no hay es una realización completa del *tipo total*. Es importante establecer que Roxin estima correcto asignar diferentes contenidos al concepto de tipo, según la función que esté cumpliendo. Así, habla del tipo garantía, el tipo sistemático y el tipo del error. Este último es un concepto al cual le confiere más contenido o más elementos que al tipo garantía o tipo sistemático.

Según lo anterior expuesto, para la función del tipo en la teoría del error se le atribuye al tipo todo lo necesario para la conformación del injusto penal; esto incluye los elementos de las causas de justificación. Y bajo este entendido, sí sería posible indicar que el error inverso sobre elementos de las causas de justificación es directamente una tentativa.

Sin embargo, esta adaptación a conveniencia de los conceptos sí está sujeta a la crítica de que se abandona el suelo de la realidad. Además, llegar a la conclusión de tentativa por medio de la teoría del error, aunque sí puede resultar congruente en la mayor parte de los casos, es inconsistente para el caso bajo estudio con las definiciones

²²³ Tal es la propuesta defendida por Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 36 y 41 en línea con Kaufmann y Zielinski.

²²⁴ Roxin, *Derecho penal Parte general*, 601.

básicas vistas sobre el concepto de tentativa: una ampliación temporal de los tipos penales entendidos como descripción típica.

En específico, cuando el mismo Roxin indica que la tentativa es una actuación próxima al tipo²²⁵, debería ser suficiente para explicar por qué el caso bajo estudio no debe ser considerado una tentativa. Si se toma el concepto de tipo como tipo sistemático o como garantía (no como tipo total), entonces resulta evidente que hablar de tentativa es absurdo porque –como ya he mencionado– no se está próximo a la realización del tipo, sino que se ha realizado en su totalidad el tipo.

Y, si se habla, como salva su posición Roxin, de la proximidad a la realización de un tipo total, entonces no se podría estar próximo a este, porque, si como él dice el tipo total debe contener todos los elementos que llegarían a conformar el injusto, entonces debe también contener la antijuricidad material o disvalor de resultado. Pero al ser la tentativa completamente inidónea, sería siempre imposible llegar a la realización del tipo entendido como tipo total porque faltaría siempre ese aspecto (el disvalor de resultado), y, por lo tanto, es imposible también estar próximo a ello.²²⁶

Una vez que se reconoce que no es posible aplicar directamente las reglas de la tentativa, se ha optado por decir que es una aplicación analógica.²²⁷ El razonamiento ya se ha visto. Indican que, al igual que en la tentativa, el caso bajo estudio carece de un

²²⁵ Roxin et al., *Especiales formas de aparición del delito*, 434.

²²⁶ En esta exposición parece que Roxin se refiere al tipo como descripción de la conducta, no como tipo total. Roxin et al., 436 Sin embargo, reconozco que mi crítica y argumento siempre puede ser derribada porque la tentativa bajo el ordenamiento Alemán lo que importa no es la realidad del hecho, sino la realidad del hecho según la representación del autor. Es decir, que si el autor se representó que era posible llegar a completar el tipo total, entonces sí se podría sostener una proximidad. Con la incomodidad de que si seguimos desde la representación del autor, entonces no estamos ante una proximidad sino ante una completa realización. Se convierte esto en un círculo vicioso.

²²⁷ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, 486; Roxin, *Derecho penal Parte general*, 601 indica Roxin que en favor de la aplicación analógica se encuentra al ya citado Jescheck y Maurach/Zipf, .

disvalor de resultado, pero conserva incólume el disvalor de acción y esto da paso a una tentativa. Sin embargo, el error reside en que en el caso de la tentativa no se trata de la *inexistencia* ni desaparición del disvalor de resultado, sino de un disvalor de resultado menor en comparación con el delito consumado. No es que la tentativa pueda fundamentarse solo en un disvalor de acción, sino que este es el mayor componente del injusto, pero siempre con un mínimo de disvalor de resultado; a saber, no la lesión, pero sí una puesta en peligro del bien jurídico.

En conclusión, dos características esenciales en la figura de la tentativa son: 1. La realización del tipo objetivo queda incompleta. 2. En el injusto penal están presentes ambos tipos de disvalor, siendo el disvalor de acción mayor al de resultado.

Ahora bien, en cualquier tentativa absolutamente inidónea faltará la segunda característica. Sin embargo, aún es posible y tiene algún sentido calificarla de tentativa cuando la acción no hubiera terminado con la realización del tipo objetivo.

No obstante, en la solución brindada por la doctrina dominante para los casos en los que se presentan todos los requisitos objetivos de una legítima defensa, pero con ausencia del elemento subjetivo, no comparte ni la primera ni la segunda de las características en cuestión. Razón por la cual no se halla mayor motivo o fundamento para calificar esta clase de hechos como tentativas.

- ii. Con base en el principio de lesividad, la solución debe ser la exclusión del injusto penal

De acuerdo con este apartado, se parte de la premisa de que el poder punitivo Estatal, encarnado en el Derecho penal, es una fuerza que requiere ser limitada por el mayor grado de racionalidad posible. En este sentido, este apartado se inicia con la firme

esperanza de que la limitación al poder punitivo estatal por medio del principio de lesividad sea un punto de partida ampliamente aceptado.

Dicho esto, se estima que el principio de lesividad tiene que comprenderse de manera general como un postulado que limita al Derecho penal a solo intervenir ante una ofensa algún bien jurídico penalmente protegido. En ese sentido, se destaca cierta inconsistencia en el uso del lenguaje al llamarlo principio de “lesividad”, a pesar de preferir la expresión “ofensa” a un bien jurídico, por ser más adecuada para abarcar tanto la lesión como la puesta en peligro de este. Lo más congruente sería entonces llamarle principio de ofensividad. Sin embargo, por costumbre y mayor frecuencia de uso, según la percepción del autor de esta tesis de investigación, se le continúa llamando principio de lesividad.

Se concuerda con la idea de que el principio de lesividad puede encontrar, al menos, dos principales efectos o campos de acción. El primero sería uno dirigido al legislador, se establecen límites para que no creen tipos penales carentes de un bien jurídico merecedor de protección penal. En segundo lugar, sería una pauta dirigida principalmente a las personas administradoras de justicia, porque su respeto debe verificarse en el análisis de hechos que se acusan como delitos; en especial en el análisis de la antijuricidad, pues es aquí cuando debe asegurarse que la conducta enjuiciada haya ofendido en efecto un bien jurídico protegido por la norma penal.²²⁸

²²⁸ Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, 111; Gomes, “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: Contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido”, 387, 388, 558 y ss.; Rosaura Chinchilla citada en Jorge Quesada Jiménez, “Antijuricidad Material”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* 10 (2018): 4; Carlos Sánchez Escobar, “Bien Jurídico y Principio de Lesividad. Bases históricas y

Ambas funciones están claramente ligadas; por un lado, la tipificación de conductas que obedecen al principio de lesividad se da porque el legislador considera que, por lo general, esa conducta suele llevar a una efectiva y concreta ofensa a un bien jurídico; por otro, esa suposición deberá ser confirmada por parte de la persona juzgadora, para el caso concreto, en análisis de la antijuricidad. Si se admite esta relación, se aclara que para el caso bajo estudio se hace referencia al principio de lesividad en esta segunda vertiente, como verificación de una ofensa concreta al bien jurídico que la norma penal pretende proteger.

Como ya se ha citado y expuesto de manera suficiente a lo largo de este trabajo, la doctrina dominante admite que en el caso bajo estudio “se compensa y desaparece” el disvalor de resultado. A pesar de la crítica que ya se ha hecho a esa expresión de *compensar*, la conclusión es la misma y es que no hay un disvalor de resultado porque no se lesionó ni se puso en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

Por más que la conducta del sujeto activo (quien defiende) haya sido una conducta típica; es decir, se ajusta a una conducta que el legislador ha contemplado como potencial y probablemente ofensiva para un bien jurídico determinado, lo cierto es que en el caso concreto no se puede confirmar esta suposición y, conforme al principio de lesividad en su segunda función, debe descartarse la existencia de un injusto penal.²²⁹

conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* 5 (2013): 484 y 485.

²²⁹ En un sentido similar Gomes, “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: Contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido”, 560 y ss. con la diferencia de que él propone un injusto penal que otorga prioridad al disvalor de resultado. En cambio, yo propongo un injusto penal que da igual valor a ambos tipos de disvalor. Y también de distinta razón porque considera que si el aplicador de la ley no confirma la ofensa al bien jurídico, entonces debe declararse la atipicidad. Yo, en cambio, admito que la tipicidad se mantiene, pero debe indiscutiblemente negarse la antijuricidad y por ende excluir la conformación del injusto penal y así del delito.

Nótese que se ha dicho “descartarse la existencia de un injusto penal” y no solamente que “debe prescindirse de la aplicación de una sanción”. En efecto, el aplicar una sanción penal –por lo general la privación de libertad– en estos casos sería un claro atropello al principio de lesividad. Pero también lo es la valoración de la conducta como un injusto penal, independientemente de que se aplique sanción alguna; pues sigue siendo una intervención injustificada del Derecho penal.

De acuerdo con las apreciaciones analizadas en este trabajo de investigación, se considera necesario aclarar que la consecuencia de la absoluta ausencia de este disvalor de resultado debe ser la exclusión del injusto penal y no meramente una ausencia de punibilidad. En contra de la posición del autor de esta tesis de investigación, se encuentra el gran profesor Francisco Castillo, quien expresamente manifiesta:

Sin la existencia de la antijuricidad material, es decir, sin la violación a la norma primaria o de comportamiento (violación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado) no existe delito por falta de punibilidad. Sin embargo, en este caso existen tipicidad y antijuricidad formal. El hecho es típico y antijurídico. El efecto de la ausencia de violación o falta de puesta de peligro del bien jurídico tutelado es únicamente sobre la punibilidad de la conducta.²³⁰

Como ya se había apuntado, para poder arribar a esta conclusión se deben independizar los conceptos de antijuricidad formal y antijuricidad material, tanto en contenido como en su función. Esto implicaría extraer el concepto de antijuricidad material de la categoría analítica que es la antijuricidad en la teoría del delito. Esto no solo es poco conveniente, sino que además de cuidado; pues dejaría la verificación de la antijuricidad en un plano meramente formal. Además de ir en contra de la idea de

²³⁰ Castillo González, *Derecho penal*, 29.

antijuricidad *supra* expuesta por todos los demás autores citados, va en contra de la postura del mismo profesor Castillo, porque al indicar que el hecho sigue siendo típico y antijurídico, a pesar de estar ausente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, está manifestando que se conforma el injusto penal única y exclusivamente en el disvalor de acción.

En cuanto a los demás autores que considera a la antijuricidad formal y material como distintas formas de aproximación al mismo concepto, debería procederse a la exclusión del injusto en el caso bajo estudio según la siguiente lógica: el principio de lesividad aplicado a la antijuricidad refiere a que la antijuricidad material requiere que se verifique una ofensa a un bien jurídico penalmente protegido. En el caso bajo estudio no se pone en riesgo ni se lesiona el bien jurídico protegido por la norma porque en esas circunstancias el Derecho permite la lesión de entidades del agresor que –aunque en otras circunstancias serían protegidas– en este momento es necesaria su lesión para repeler la agresión que ha emprendido. Por lo tanto, al no haber ofensa a bien jurídico alguno, no es posible afirmar una antijuricidad material y debe excluirse la conformación del injusto penal por falta de comprobación de antijuricidad.

En cuanto a la posición sostenida en Alemania y aquí expuesta por Roxin, merece un especial análisis ya que cabe otra crítica más. La razón por la cual se considera que esta propuesta debe ser discutida –y no solo descartada bajo el argumento anterior del investigador de esta tesis propuesta– es que, si bien Roxin afirma que “desaparece” el disvalor de resultado, sostiene a la vez que a pesar de ello la tentativa inidónea sí posee un efecto jurídico relevante y aparentemente suficiente para sancionar a nivel penal.

Para el caso que ocupa esta tesis de una conducta amparada objetivamente en lo permitido por una legítima defensa, pero sin que la persona tuviera conocimiento de las circunstancias de agresión, afirma Roxin que desaparece el disvalor de resultado porque la muerte del agresor es permitida por el derecho. Pero, aun así, dice él, permanece, además del disvalor de acción, una perturbación que afecta la paz jurídica general y es esto lo que fundamentaría la punición, a pesar de estar ausente tan siquiera un peligro para el bien jurídico protegido en su adecuado ámbito por la norma penal.²³¹

Acudir a este recurso de que con la conducta exteriorizada se ha producido un quebrantamiento o perturbación de la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico (*eine Erschütterung des Vertrauens in die Geltung der Rechtsordnung*) tira abajo todo el intento de limitación del poder punitivo estatal mediante el concepto de bien jurídico y el principio de lesividad. En el fondo lo que se está defendiendo no es más que la vigencia de la norma al mejor estilo propuesto por Jakobs. Se acude a una expresión general y poco constatable de afectación a la sociedad por percibir infracción a la norma.²³²

Sin embargo, no se cree justo hacer la anterior crítica sin recordar que en el ordenamiento jurídico alemán la posibilidad de punición de la tentativa inidónea (*untauglicher Versuch*) viene como una interpretación poco discutible del tenor legal. La sección §23 del *Strafgesetzbuch* alemán se refiere a la punibilidad de la tentativa y en su inciso (3) anota que el tribunal **podrá** prescindir de la imposición de la pena o reducirla a su discreción, cuando no haya sido posible nunca llegar a la consumación por una grave

²³¹ Roxin et al., *Especiales formas de aparición del delito*, 449.

²³² El concepto de bien jurídicon se convierte en un lobo disfrazado de oveja, para ponerlo en palabras de Trejos Robert, Sergio y Fallas Barrantes, Jorge Enrique. "La Teoría del Bien Jurídico como un límite al topos discursivo de la seguridad ciudadana" (Tesis de Licenciatura en Derecho, San José, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2018), 184.

falta de comprensión por parte del autor sobre el objeto o los medios con los que debía realizarse el hecho.

Lo anterior significa que la sanción es una posibilidad, aun cuando la consumación fuera absolutamente imposible e incluso limita la facultad de prescindir de la pena a los casos en los cuales la consumación fuera imposible por una grave falta de comprensión por parte del autor. De modo que la postura de la jurisprudencia alemana en este aspecto parece justificable *de lege lata*, lo cual no debería ser obstáculo para cuestionarse el asunto y hacer una crítica *de lege ferenda*.

Honestamente, no se halla forma de conciliar una disposición legal como la anterior con un principio de lesividad verdaderamente limitador del Derecho penal. Por dicha, en el ordenamiento jurídico costarricense no se encuentra una disposición semejante en el Código Penal y se considera, más bien, que existen fundamentos suficientes para excluir el injusto penal en el caso bajo estudio, conforme a las razones ya expuestas. Esto es lo que el autor de la presente tesis de investigación sostiene en el siguiente capítulo, en el que se procura fundamentar las premisas y la congruencia de las conclusiones teóricas con la ley y la jurisprudencia costarricense.

Capítulo 3. Propuesta de justificación por legítima defensa sin concurrencia del elemento subjetivo bajo el ordenamiento jurídico costarricense

En este capítulo se retoman algunas de las conclusiones planteadas anteriormente, para comprobar si estas pueden encontrar fundamento en el ordenamiento jurídico costarricense. De forma que se pueda sostener la postura aquí defendida en el Derecho penal costarricense.

En ese sentido, se adelanta que lo anterior expuesto debe ser con base en conceptos generales que permitan arribar a una plausible propuesta de interpretación, separada de lo que actualmente se sostiene de manera directa en cuanto al requisito de elementos subjetivos para las causas de justificación. Esto porque es patente que la jurisprudencia costarricense estima requerida la concurrencia de elementos subjetivos, para las causas de justificación en general y también para la legítima defensa.²³³

Sin embargo, el autor de esta tesis considera que sí se pueden encontrar suficientes bases jurisprudenciales para sostener la hipótesis propuesta en este trabajo de investigación, al menos basada en el siguiente razonamiento: el Derecho penal costarricense reconoce la necesidad de limitar su poder, atarlo a límites de racionalidad y procurar el respeto de libertades individuales.

²³³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00013 del 08 de Enero del 1993 a las 9:30 a. m.* (92-000868-0006-PE, 1993); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00613 del 18 de Octubre del 1996 a las 10:10 a. m.* (96-000632-0006-PE, 1996); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00672 del 01 de Junio del 2011 a las 11:59 a. m.* (07-000573-0400-FC, 2011); Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, *Resolución N° 00877 del 04 de Julio del 2018 a las 3:20 p. m.* (13-000106-0597-PE, 2018).

Una de estas limitaciones es la sujeción a un principio de lesividad. Este principio de lesividad tiene incidencia en el análisis de la antijuricidad y limita el ejercicio del poder punitivo al requerir que, en el caso concreto, se verifique una ofensa a un bien jurídico determinado para la conformación del injusto penal.

También es cierto que el Derecho costarricense, al aceptar un concepto personal de injusto, lo hace al considerar que en él residen tanto un disvalor de acción como un disvalor de resultado y ambos son igualmente importantes y necesarios para la configuración de un injusto penal.

Por lo tanto, con base en lo anterior, si la posición dominante en cuanto al caso bajo estudio determina que no existe en tales circunstancias ningún disvalor de resultado, se debe concluir que la conducta que se produzca de conformidad con los requisitos objetivos de una legítima defensa, a pesar de no presentar su elemento subjetivo, debe excluir la antijuricidad y, por ende, también el injusto penal.

En ese sentido, se aclara que en Costa Rica ya se ha planteado al menos un cuestionamiento sobre la necesidad del elemento subjetivo para las causas de justificación. De acuerdo con ello, el señor Francisco Sánchez Fallas plantea una crítica a la estructura objetiva-subjetiva de las causas de justificación. Comienza su breve artículo al exponer la solución adoptada por la doctrina dominante, absolutamente coincidente con lo ya expuesto en esta investigación. Luego, elabora sus argumentos en contra del componente subjetivo en las causas de justificación, para ello se apoya en la diferencia en la función y naturaleza de los tipos prohibitivos frente a las causas de justificación y también en el acatamiento al principio de lesividad, precisamente visto desde la antijuricidad material. Cuestiones con las cuales el autor de esta tesis está de

acuerdo. Sin embargo, su conclusión es distinta a la que se plantea en esta investigación. Y es que el señor Sánchez Fallas pretende la supresión del elemento subjetivo en las causas de justificación, abogando en cambio por una estructura simple y puramente objetiva para estas, así reconoce una antijuricidad objetiva.²³⁴

No obstante, aunque se debe admitir que esa misma conclusión era la hipótesis inicial, durante esta investigación, y de la correcta comprensión de un injusto personal y los conceptos de antijuricidad y disvalor de acción y resultado, se concluye que efectivamente es posible contemplar un elemento subjetivo en las causas de justificación y entre ellas en la legítima defensa. Sin embargo, esta posibilidad de análisis del elemento subjetivo en las causas de justificación es muy diferente a afirmar que es indispensable corroborar su existencia y congruencia para poder otorgar la justificación.

Hecha esta aclaración, se procede a presentar los fundamentos en el Derecho costarricense que son necesarios para poder sustentar la propuesta de esta tesis: la exclusión del injusto penal en aplicación de una legítima defensa en la que concurren todos los elementos objetivos requeridos por esta causal, aunque no se presente un elemento subjetivo.

Sección Única. Fundamentos del Derecho costarricense que permiten defender la justificación de una conducta amparada en los requisitos objetivos de una legítima, a pesar de la ausencia del elemento subjetivo

²³⁴ Francisco Sánchez Fallas, “¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación?”, 2017, https://www.researchgate.net/publication/317239745_ES_NECESARIO_EL_ELEMENTO_SUBJETIVO_DE_JUSTIFICACION.

- i. El Derecho costarricense reconoce la necesidad de limitar el *ius puniendi* mediante la aplicación del principio de lesividad

Dichosamente, se puede afirmar con seguridad que a nivel formal el Derecho costarricense sí reconoce la necesidad de limitar el *ius puniendi* y para ello ha valorado el principio de lesividad junto con una teoría de protección de bienes jurídicos.

El fundamento Constitucional para este principio de lesividad se encuentra en el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política de 1949 “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”²³⁵. Y el desarrollo de este principio Constitucional se lo puede encontrar ya desde 1994 cuando la entonces jueza del Juzgado Penal de Turrialba, la señora Rosaura Chinchilla Calderón, formula una consulta judicial facultativa sobre la constitucionalidad del artículo 230 del Código Penal entonces vigente, el cual sancionaba la mera tenencia o fabricación de instrumentos como ganzúas, por ser usados comúnmente para cometer delitos contra la propiedad.

Producto de la pertinente consulta expuesta en el párrafo anterior, la Sala Constitucional consideró, entre otros aspectos, que el artículo 28 de nuestra Constitución “*impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético-social precisamente determinado*”.²³⁶

Limitación que, como bien reconoce la resolución 908-98 de Sala Tercera, es

[...] por tesis de principio de un ordenamiento penal liberal (o "democrático", como suele convencionalmente llamársele), [...] esencialmente en respeto al principio

²³⁵ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República de Costa Rica* (San José, Costa Rica, 1949), art. 28.

²³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 06410 del 26 de Noviembre del 1996 a las 3:12 p. m.* (96-005469-0007-CO, 1996); ya se leía esta frase desde Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00525 del 03 de Febrero del 1993 a las 2:24 p. m.* (90-001531-0007-CO, 1993).

de lesividad que debe entenderse contenido en los preceptos fundamentales, es decir que el Estado no puede intervenir o sancionar acciones que no dañen a otra (s) persona (s) (recogida tímidamente en el artículo 28 de la Constitución Política).²³⁷

Aunque en la Constitución se trata de un reconocimiento algo tímido del principio de lesividad, como lo indica la resolución citada, este ha sido ampliamente reiterado y defendido por la jurisprudencia costarricense a lo largo de los años.²³⁸ Ya en 1998 se afirmaba que los pronunciamientos en cuanto a este principio por parte de la Sala Constitucional en los ya citados votos 525-93 y 6410-96, serían “de vital importancia para la vida jurídico-penal y para la teoría del delito”.²³⁹ Y en efecto se ha mantenido el reconocimiento de una necesidad de limitar el *ius puniendi* con base en el principio de lesividad u ofensividad.²⁴⁰

Coincide la jurisprudencia también con la afirmación anterior de que el principio de lesividad puede encontrar aplicación en al menos dos principales ámbitos: uno destinado a limitar la creación de tipos penales por parte del legislador y otro destinado al operador jurídico, quien debe verificar el acatamiento a este principio en el análisis del caso concreto. Así, la Sala Constitucional ha dicho en resolución 08678-19:

²³⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00908 del 29 de Setiembre del 1998 a las 2:31 p. m.* (96-001793-0210-PE, 1998).

²³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 07034 del 16 de Junio del 1996 a las 4:00 p. m.* (96-006350-0007-CO, 1996); Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 01588 del 10 de Marzo del 1998 a las 4:27 p. m.* (97-007418-0007-CO, 1998); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00582 del 28 de Marzo del 2014 a las 2:15 p. m.* (13-000364-1283-PE, 2014); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00034 del 24 de Enero del 2014 a las 8:49 a. m.* (12-000240-1283-PE, 2014); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00190 del 23 de Febrero del 2022 a las 12:20 p. m.* (15-017078-0042-PE, 2022).

²³⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00219 del 06 de Marzo del 1998 a las 9:55 a. m.* (97-001252-0006-PE, 1998).

²⁴⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 10160 del 03 de Junio del 2020 a las 10:15 a. m.* (20-007686-0007-CO, 2020); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00190 del 23 de Febrero del 2022 a las 12:20 p. m.*

Resaltamos que, el principio de lesividad **opera tanto a nivel legislativo como a nivel de la aplicación de la norma por los operadores del derecho**. En cuanto al primero de ellos, dicho principio cobra validez principalmente al reducir la discrecionalidad del legislador en la determinación de las conductas punibles, de manera que solo aquellas que afecten bienes jurídicos básicos podrían ser objeto de sanción. En lo referente a los operadores del derecho, a cargo de la instrucción y de la imposición de la sanción administrativa, su deber abarca la valoración de las circunstancias concretas del caso a la luz de la norma, con el fin de determinar si realmente se da una lesión o puesta en peligro significativa a los bienes jurídicos tutelados por la norma.²⁴¹

A pesar de que la resolución citada refiere a aplicación de sanciones en materia electoral, sin duda recoge muy claramente ambas aristas del principio de lesividad. En el mismo ámbito de interpretación de este, y, al aplicarlo al Derecho penal, la resolución 81-17 de Sala Tercera confirma que es posible que una conducta típica no sea antijurídica porque en el caso concreto no se da una ofensa al bien jurídico que el legislador quiso proteger con la tipificación en cuestión.

Esta excelente aplicación del principio de lesividad se hizo en un caso de transporte de ganado sin la debida guía de movilización, pero con presencia y voluntad del dueño del ganado.²⁴² De modo que, en realidad, nunca se puso en peligro el bien jurídico y, por lo tanto, se debe negar la existencia de delito desde la exclusión del injusto penal por ausencia de antijuricidad.²⁴³

Esto introduce en las consecuencias del principio de lesividad dentro de la teoría del delito. Sin duda este principio dirigido al legislador se refiere a la imposibilidad de

²⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 08678 del 15 de Mayo del 2019 a las 12:15 p. m.* (16-013454-0007-CO, 2019).

²⁴² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00081 del 10 de Febrero del 2017 a las 9:35 a. m.* (16-000001-1296-PE, 2017).

²⁴³ En el mismo sentido Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 01309 del 12 de Noviembre del 2004 a las 10:55 a. m.* (02-000220-0057-PE, 2004).

crear tipos penales que no protejan bienes jurídicos. El incumplimiento del principio en este sentido debería llevar a declarar la norma penal como inconstitucional, y así cualquier hecho que se hubiera cuestionado frente a esta, debería considerarse atípico. Pero, si este no es el caso y el tipo penal efectivamente protege un bien jurídico porque ha seleccionado una conducta que, por lo general y en abstracto, tiende a llevar a una ofensa efectiva del bien jurídico seleccionado, entonces ya no se trata de un cuestionamiento a la tipicidad de la conducta. Sin embargo, aún es posible que la conducta típica, por particularidades del caso concreto, no haya siquiera puesto en peligro el bien jurídico. En estos casos lo que se afecta dentro del análisis de la teoría del delito es la antijuricidad.

La resolución 34-14 de Sala Tercera estima que *“tiene que valorarse si las acciones, pese a estar descritas dentro de una norma penal, como parte del examen de los elementos del delito, causaron un daño a un tercero (principio de lesividad), todo lo cual se ha ubicado en el análisis de la antijuridicidad material”*.²⁴⁴ Se ha insistido que el análisis para la verificación del principio de lesividad en este sentido corresponde a la antijuricidad material.²⁴⁵ Aunque es cierto, como ya se ha dejado claro, la antijuricidad es una, que pueda ser abordada desde una perspectiva formal y otra material es una cosa, pero finalmente la determinación de ausencia de antijuricidad material lo que conlleva es a negar la antijuricidad de la conducta y con ello excluir la posibilidad de un injusto penal.

²⁴⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00034 del 24 de Enero del 2014 a las 8:49 a. m.*

²⁴⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00061 del 23 de Enero del 2015 a las 9:03 a. m.* (14-000021-1094-PE, 2015); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00157 del 06 de Febrero del 2014 a las 4:34 p. m.* (13-000354-1092-PE, 2014); Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00582 del 28 de Marzo del 2014 a las 2:15 p. m.* (13-000364-1283-PE, 2014).

- ii. El injusto personal otorga igual rango al disvalor de acción y al disvalor de resultado

El siguiente postulado es que en Costa Rica se sigue una teoría personal de injusto para la cual se requiere tanto de la presencia de un disvalor de acción como de un disvalor de resultado, para que se dé la configuración del injusto penal. Esto al partir de las ya múltiples veces citada frase del señor Francisco Castillo en la que indica que para el injusto personal el disvalor de acción y el disvalor de resultado son entes de igual importancia.

Lamentablemente, esta afirmación no se encuentra tan fácil ni tan clara expresada en la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, sí es posible encontrarla en varias resoluciones. Una de las resoluciones que lo establece en forma más nítida es la 301-2020 de Sala Tercera, cuando expresa que:

Finalmente, cabe acotar que la estructura conceptual de la tentativa, [sic.] **no escapa a la exigencia de una concepción de injusto que incluya tanto el desvalor de acto, como el desvalor de resultado.** La tentativa es un instituto amplificador del tipo, en la que se pone el acento en el desvalor de acto, dado que la lesión al bien jurídico no se materializa. Sin embargo, en el dolo eventual, el elemento volitivo se encuentra debilitado (el autor no quiere el resultado, solo lo acepta o lo consiente), entonces nos hallamos ante una mezcla de la versión atrofiada de ambas categorías de la teoría del delito. El debilitamiento del desvalor del resultado y el desvalor del acto que ocurre en la tentativa con dolo eventual, en un sistema de derecho penal respetuoso del injusto personal, debe llevar a la conclusión de que debe privilegiarse la punición del resultado verdaderamente alcanzado (en este caso, las lesiones), y no justificar, a toda costa, la punición del “mayor peligro de lesión posible”, no querido directamente, ni realizado.²⁴⁶

En el fondo esta cita manifiesta que tanto el delito consumado como el delito tentado requieren, para la conformación del injusto penal, tanto de un disvalor de acción como de uno de resultado. Ahora bien, de la misma cita se puede extraer que estos disvalores

²⁴⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00301 del 20 de Marzo del 2020 a las 12:30 p. m.* (12-002964-0058-PE, 2020).

pueden estar presentes en diferentes grados, o como se indica aquí, estos disvalores pueden encontrarse en cierto modo debilitados. Así, en los delitos consumados dolosos se presenta con mayor fuerza ambos tipos de disvalor. En los delitos culposos se puede argumentar que hay mayor fuerza o importancia en el disvalor de resultado que en el de acción. En cambio, en la tentativa, en relación con el delito consumado, se presenta con igual fuerza el disvalor de acción, pero el disvalor de resultado se encuentra debilitado porque no se dio una lesión efectiva al bien jurídico, sino que se le puso en peligro. Pero este debilitamiento no significa que esté ausente el disvalor de resultado.

Este "juego" en los grados entre ambos tipos de disvalor se puede presentar en infinidad de maneras y, de acuerdo con cada tipo penal y su forma de ejecución, habrá mayor acento en uno u otro. Sin embargo, lo que nunca debe llegar a admitirse es la configuración de un injusto penal en la que esté ausente por completo alguno de ambos disvalores. El injusto penal requiere siempre de al menos un mínimo disvalor de acción y, también, un mínimo disvalor de resultado. Solo una vez que se haya comprobado ese mínimo en ambos tipos de disvalor, tiene sentido hablar de una graduación de uno u otro.

Otra resolución que expresa esta idea es la 235-2009 del Tribunal de Casación Penal de San Ramón, que anota:

Aunque interesante, la tesis de la Defensa no puede ser compartida por esta Cámara. Lo anterior en razón de que nuestra legislación dispone que "la tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del Juez" (art. 73 CP). La anterior disposición legal puede ser criticada por conceder una excesiva preponderancia al desvalor de acción con respecto al desvalor de resultado, ya que para efectos de pena iguala el hecho tentado (peligro para el bien jurídico) con respecto al hecho consumado (lesión para el bien), pues la reducción de pena es únicamente facultativa y no obligatoria. **Lo anterior no implica que se excluya el desvalor de resultado, pues necesariamente este debe concurrir junto con el desvalor de acción para la**

existencia del injusto, sino que al verse disminuido tal desvalor de resultado en la tentativa (con relación al hecho consumado) necesariamente y no facultativamente debería verse reducida la pena. De aceptarse que en la tentativa la pena a imponer puede ser igual o superior a la establecida para el hecho consumado, a pesar de ser menos el desvalor de resultado (no que resulte excluido [sic.]), ello implica que tal pena encuentra particularmente su justificación en el desvalor de acción y ello no es otra cosa que concederle mayor importancia o preponderancia al mismo. Sin embargo [sic] es ley vigente y por ende la pena que corresponde a la tentativa es la dispuesta para el hecho consumado.²⁴⁷

La anterior cita considera procedente una crítica al hecho de que la disminución en la pena para el delito tentado sea solamente facultativa. Se basa dicha crítica en que, si en el delito tentado por definición hay un menor disvalor de resultado que en el delito consumado, entonces la pena debería ser menor en atención a este menor disvalor.

Para llegar a esa conclusión expuesta supra, el Tribunal afirma que para la configuración del injusto debe concurrir tanto un disvalor de acción como uno de resultado. La crítica a esta disposición sobre la reducción de la pena de forma facultativa en los delitos tentados puede ser debatida. Sin embargo, el hecho de que ambos tipos de disvalor tienen que concurrir es una determinación sostenible incluso si se rechaza dicha crítica. Así lo demuestra la nota en la misma resolución por parte del juez Jorge Luis Morales García, aunque no comparte la crítica descrita, igualmente dice “Considero que, en nuestro medio, según mi leal saber y entender, para fundamentar el reproche penal se requiere la concurrencia tanto del disvalor de acción como el disvalor de resultado.”²⁴⁸ A esta cita solo se le quisiera hacer la aclaración de que, quizás, la escogencia de palabras al decir “para fundamentar el **reproche** penal” no es lo más adecuado. Esto porque la palabra *reproche* suele estar asociada con el reproche que se

²⁴⁷ Tribunal de Casación Penal de San Ramón, *Resolución N° 00235 del 19 de Junio del 2009 a las 9:30 a. m.* (06-200830-0645-PE, 2009) El resaltado no es del original.

²⁴⁸ Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

le hace al autor del injusto penal desde el análisis de la culpabilidad. Sin embargo, el tema de la necesidad de concurrencia de ambos disvalores tiene vigencia ya desde la conformación del injusto –aunque claro que la existencia de este es condición necesaria para llegar a hablar de reproche al autor por lo que la afirmación no es del todo errónea–, así que habría sido más preciso decir “para fundamentar el **injusto** penal”.

- iii. Ante la concurrencia de los elementos objetivos de una legítima defensa, y a pesar de la ausencia del elemento subjetivo, no hay disvalor de resultado

Como ya se ha indicado y citado de forma suficiente, en Costa Rica la jurisprudencia estima que para aplicar la legítima defensa como causa de justificación debe concurrir un elemento subjetivo. Con respecto a este tema sí es posible encontrar varias sentencias, pero se limitan a descartar la posibilidad de aplicar la legítima defensa por no estar presente el elemento subjetivo. En cambio, no se encuentra mayor profundización con respecto a qué implica desde la antijuricidad material y para la configuración del injusto penal el hecho de que un cuadro fáctico presente las condiciones objetivas que darían paso a una legítima defensa, a pesar de que el imputado o no conociera estas circunstancias o no hubiera en el juicio alegado que actuó con finalidad de defensa.

Por lo tanto, la premisa de que en estos casos no hay un disvalor de resultado tendrá que obtenerse de manera más general; pues no se ha podido encontrar expresa y específicamente para los casos en los cuales están presentes los requisitos objetivos de una legítima defensa, pero ausente el elemento subjetivo.

En ese sentido se encuentra la resolución 838 de 2005 de Sala Tercera, en ella se discute sobre un caso que había sido juzgado como exceso en la defensa, pero considera

la Sala que la sentencia impugnada llegó a esa conclusión al usar, de manera implícita, el argumento de que debe existir proporcionalidad entre el ataque sufrido y la defensa desplegada, lo cual no es aplicable y, sobre todo, no tiene sustento en el ordenamiento costarricense. Pero lo interesante es en su elaboración, la Sala utiliza para fundamentar su posición una cita de las ya mencionadas obras del profesor Francisco Castillo:

La necesidad de la acción defensiva se define por un juicio objetivo. Para este juicio objetivo ex ante se toma como modelo el criterio de un tercero razonable, colocado en la misma situación del atacado, que debe juzgar las circunstancias en las cuales se encontraba éste. La necesidad de la acción defensiva existe cuando, desde de un cuidadoso examen de la situación y conforme al criterio de este hombre razonable, se llega a la conclusión de la necesidad de la acción defensiva ... la aplicación de las reglas del error o del exceso [sic.] o solamente es posible después de hacer, conforme al criterio del observador imparcial, la valoración de la acción defensiva ... Si la acción de legítima defensa era necesaria, también lo será el resultado producido. Así por ejemplo ... quien se defiende de un ataque a puños y golpea en la cara a su agresor, en una acción necesaria, no responde si tal acción produjo el resultado de sacarle el ojo. **En todos estos casos existe un derecho legítimo de respuesta a la agresión y si la acción es necesaria, el resultado que se produce no es desvalorado jurídicamente ...** Efectos innecesarios y graves de una acción necesaria de legítima defensa quedan cubiertos por la necesidad de la acción defensiva, pues al afirmarse la necesidad de la acción, queda comprendida en ella la peligrosidad del medio empleado [...]²⁴⁹

De este fragmento interesa rescatar la frase que se ha resaltado, por cuanto es lo más cercano a indicar que con la legítima defensa hay que concluir que no se presenta un disvalor de resultado. Pero además es importante destacar que la no-producción de un disvalor de resultado, según la cita, se fundamenta en que la acción fuera necesaria. Y como ya se ha desarrollado anteriormente, el hecho de que la persona no tenga conocimiento de las circunstancias en nada afecta la necesidad existente de hacer algo

²⁴⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución N° 00838 del 29 de Julio del 2005 a las 10:00 a. m.* (03-000074-0072-PE, 2005) El resaltado no es del original.

para evitar o repeler la agresión ilegítima. Esta necesidad se origina y depende únicamente de la existencia de la agresión ilegítima.

Por otro lado, la misma cita introduce un factor que, aunque no es central, sí resulta interesante. Y es que menciona que la necesidad de acción defensiva es definida por un juicio objetivo, para ello se utiliza una perspectiva *ex-ante* de un tercero razonable o de un observador imparcial. Esto permite valorar las circunstancias y la existencia de los elementos objetivos de una legítima defensa, independientemente de que la persona que ejecuta la acción no tuviera conocimiento de esa situación de legítima defensa.

Si se toma en consideración lo anterior, se quisiera mencionar un par de sentencias que resultan especialmente interesantes para ejemplificar cómo puede incidir la argumentación de la presente tesis en casos prácticos. La primera de ellas es la resolución 232 de 2016 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José.²⁵⁰ En esta se trata el tema de la legítima defensa y la imposibilidad de aplicación de dicha causa de justificación si la persona que la alega actuó ya sea en un estado de inconsciencia o con actos de naturaleza culposa.

El marco fáctico muestra que el imputado trató de ingresar a una vivienda y le fue impedida la entrada. En ese proceso hubo un forcejeo con la ofendida, a quien el imputado golpeó en la cabeza con una platina de hierro. El imputado alega que el terreno en el que se encuentra la vivienda a la que le impidieron entrar es también de su propiedad; es decir él alega que, al impedirle la entrada, y en especial el forcejeo que se dio para ello, constituye una agresión ilegítima. De forma que cuando él golpea a la ofendida con la platina de hierro lo hace bajo supuestos que calzarían objetivamente en

²⁵⁰ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, *Resolución N° 00232 del 15 de Febrero del 2016 a las 11:25 a. m.* (13-000710-0275-PE, 2016).

una legítima defensa. Sin embargo, el imputado también manifiesta que su reacción (la de golpear a la ofendida) fue una reacción inconsciente y también usa el término “sin culpa”. El tribunal que conoce en primera instancia estima que por haber dicho que estaba en un estado de inconciencia o al menos al haber negado actuar de forma dolosa, se debe excluir la legítima defensa porque no se puede comprobar el elemento subjetivo de la legítima defensa que, a parecer del tribunal, debe ser siempre intencional.

El tribunal de apelación, aunque anula la sentencia impugnada y ordena el reenvío por encontrar contradicciones serias y ausencia de fundamentación, se pronuncia conforme en cuanto al razonamiento de exclusión de la posibilidad de legítima defensa por ausencia del elemento subjetivo.

Lamentablemente, uno de los puntos en los que la sentencia impugnada omitió pronunciamiento fue en cuanto al alegato del imputado sobre que la vivienda a la que le impidieron entrar era su residencia y, en general, tenía un derecho de propiedad sobre la finca.

Como correctamente apunta el tribunal de apelación de sentencia, el pronunciamiento con respecto a este alegato es esencial. Al parecer del autor de este trabajo de investigación, este caso –si se comprobase que en efecto impedir la entrada del imputado a la vivienda constituía una agresión ilegítima, y al suponer que se cumplan demás requisitos objetivos como la necesidad racional del medio empleado– debería resolverse en favor del imputado por no configurarse un injusto penal. Al actuar él, aunque fuera de forma culposa, evitando una agresión ilegítima en su contra. Debe decirse que no hay como producto de su conducta un disvalor de resultado y, por ende, falta un elemento esencial para la constitución del injusto penal.

Otro caso que permite realizar un análisis de este tipo es el visto en la resolución 135 de 2008 del Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz. En este caso la sentencia impugnada da por probado “que la hija menor de la acusada, K. N. C. tuvo una pelea con la ofendida N. R. Z. y que la encartada le lanzó una piedra”²⁵¹. Es decir, desde un punto de vista objetivo el cuadro es el siguiente: una madre presencia cómo una persona mayor agrede físicamente a su hija, menor de edad, y lanza una piedra contra la persona que agrede a su hija. A pesar de ello, el tribunal de casación se pronuncia en el sentido de que no puede aplicarse la legítima defensa por estar ausente el elemento subjetivo de la legítima defensa; pues la imputada negó haber tirado la piedra. De acuerdo con la opinión del investigador de esta tesis, aunque la imputada haya negado haber tirado la piedra, si de todos los elementos se tiene por probado que ella sí tiró la piedra, debe ser analizada la posibilidad de que en el caso concreto no se presente un disvalor de resultado porque, a pesar de que la imputada lo haya negado, la verdad es que ella actuó en contra de una persona que agredía a su hija. Si se comprobase que la agresión contra su hija era ilegítima y lanzar la piedra era una conducta razonable e idónea para hacer cesar esa agresión ilegítima, debería excluirse el injusto penal por falta de antijuricidad material.

En otras palabras, el Derecho no debe proteger penalmente aquellos *entes* que sea necesario lesionar para hacer cesar o evitar una agresión ilegítima contra bienes propios o, como en este caso, de terceros (la integridad física de la hija). En el momento en el que K.R.Z agrediera ilegítimamente a la menor, el Derecho no debe proteger los *entes* de K.R.Z que fuera necesario lesionar para repeler su agresión, de lo contrario el Derecho estaría protegiendo lo injusto.

²⁵¹ Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz, *Resolución N° 00135 del 30 de Junio del 2008 a las 1:00 p. m.* (07-500097-0403-FC, 2008).

No obstante, hay que acotar que la resolución tiene otro motivo por el cual no admitir la legítima defensa. Y es que la imputada y su hija estaban insultando a la persona que luego procedió a agredir físicamente a la menor. Se argumenta entonces que la agresión a la menor no puede ser considerada para efectos de una legítima defensa como una agresión ilegítima, porque fue provocada (se alega la exclusión de la legítima defensa por provocación suficiente).

Evidentemente el tema de la provocación suficiente, y si esta encuentra sustento en el ordenamiento jurídico costarricense, excede los propósitos de esta investigación de tesis; motivo por el cual no se profundizará más en cuanto a esto.

Pero en todo caso, sí se sostiene que el tribunal de apelación de sentencia da dos argumentos, independientes entre sí, para excluir el alegato de legítima defensa. Si se basara únicamente en el argumento de ausencia de elementos subjetivos, se omite la parte referente a la provocación suficiente y se toma el marco fáctico desde el momento en que la madre presencia la agresión física a su hija y lanza una piedra a la persona que agrede a la menor, se sostiene entonces que un análisis material desde la teoría del delito debería concluir que en el caso concreto la lesión sufrida por K.R.Z no representa una ofensa a un bien jurídico y, por lo tanto, no se presenta un disvalor de resultado, lo que a su vez lleva a concluir que no puede haber un injusto penal.

En este sentido, se considera que el desarrollo jurisprudencial puede todavía aportar mucho más en relación con el requerimiento de elementos subjetivos para la legítima defensa y sus implicaciones desde el injusto penal apegado a un principio de

lesividad. Esto puede ser resultado de la ya criticada práctica de dividir la antijuricidad en dos conceptos independientes: antijuricidad formal y antijuricidad material.

Lo anterior resulta problemático porque entonces la exclusión del injusto por concurrencia de alguna causa de justificación es simplemente referida como una exclusión de la antijuricidad formal. Y, en cambio, el análisis desde un punto de vista material no suele ser tratado cuando se alegan causas de justificación porque se cree que estas no corresponden a este concepto o no tienen cabida en este apartado. Cuando en realidad, como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo de investigación, la antijuricidad es una y su aproximación material dota de contenido a la visión formal. Es decir, si se acude al contenido material de la antijuricidad se puede elaborar sobre las causas de justificación cuando estas no se presentan de forma clara o cuando hay dudas sobre su alcance.

El autor de esta investigación estima que las resoluciones citadas en este capítulo prueban suficientemente que en Costa Rica el Derecho, y en especial el derecho penal, (1) reconoce la necesidad de limitar el *ius puniendi*. Una de las formas de limitar y mantener atado a la racionalidad el poder punitivo ha sido por medio del principio de lesividad. (2) Uno de los ámbitos de aplicación del principio de lesividad se da en el análisis de la antijuricidad material, con la cual se puede excluir la antijuricidad del hecho, y, por ende, el injusto penal, cuando se compruebe que en el caso concreto no se ha ofendido bien jurídico alguno. (3) Además, congruente con los postulados anteriores, se sostiene la idea de un injusto personal que otorga igual valor fundante del injusto al disvalor de acción y al disvalor de resultado. (4) No hay un disvalor de resultado en un hecho que se ajuste a todos los requisitos objetivos de una legítima defensa, incluso si

no concurre además el elemento subjetivo. La conclusión resultante de los postulados anteriores es que en el ordenamiento jurídico costarricense existen suficientes elementos para sostener que se debe excluir la conformación del injusto penal en un caso que se ajuste a todos los requisitos objetivos de una legítima defensa, independientemente de la concurrencia del elemento subjetivo.

Conclusiones

En primer lugar, de esta investigación resulta que los autores citados como exponentes de la doctrina dominante comparten en gran medida su aceptación de conceptos y presupuestos teóricos que pueden ser usados posteriormente para cuestionar la exigencia de un elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa.

En concreto, todos aportan definiciones sobre el bien jurídico que permiten colocarlo como un concepto de corte liberal y, dentro de sus funciones, este debe tener la limitación del poder punitivo del Estado. También, apuntan que el bien jurídico cumple funciones específicas en diferentes momentos o estratos de la teoría del delito. Así, por ejemplo, el concepto de bien jurídico es requerido para hacer aplicación del principio de lesividad en el análisis de la antijuricidad. Y también puede, el concepto de bien jurídico, ser usado para interpretar y establecer alcances de las causas de justificación.

En general, también la idea de una relación indiciaria entre la tipicidad y la antijuricidad es ampliamente aceptada, excepto la postura del profesor Luzón quien, por apearse a la teoría de los elementos negativos del tipo, debe referirse a la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuricidad. Por lo demás, la relación indiciaria entre tipicidad y antijuricidad lleva a que se considere que con la confirmación de la tipicidad no *hay* aún confirmación de un disvalor de acción ni de un disvalor de resultado. Solamente una presunción de estos. Dicha confirmación sucede solo una vez superado el filtro de la antijuricidad.

Por otro lado, el tema de la antijuricidad formal y la antijuricidad material sí encuentra ciertas diferencias entre las posturas expuestas. El profesor Zaffaroni por un lado rechaza la idea de tener dos conceptos de antijuricidad, uno formal y uno material. Pero aun así reconoce que la antijuricidad, como concepto único, sí tiene un contenido material que refiere a la verificación de ofensa a un bien jurídico en concreto. Los profesores Roxin y Luzón aceptan la distinción entre antijuricidad formal y material. No como conceptos independientes o autónomos uno del otro, sino como definiciones distintas de la antijuricidad. La definición formal sería la comprobación de que la conducta sea contraria a Derecho. Y la definición material sería la verificación de que la conducta haya ofendido un bien jurídico en concreto. En todo caso, es coincidente la necesidad de verificar una ofensa a un bien jurídico en concreto como paso necesario para pasar el filtro de antijuricidad.

Diferente es la postura del profesor Francisco Castillo quien aparentemente asigna a la antijuricidad material una función distinta, extraña a la formación del injusto penal y solo incidente en una cuestión de punibilidad. Esto por cuanto afirma que, al haberse confirmado la tipicidad y la antijuricidad formal, se trata de una conducta típica y antijurídica. Posición con la cual el autor de este trabajo de investigación se encuentra en desacuerdo porque separa las funciones de la antijuricidad, convierte a la antijuricidad formal y material en dos conceptos verdaderamente autónomos en contenido y función, e incluso en momento de análisis dentro de los estratos de la teoría del delito.

Con respecto al injusto personal, hay acuerdo en que se trata de un concepto de injusto que considera igualmente importante al disvalor de acción y al disvalor de resultado para la conformación del injusto penal. Apuntan varios autores que, de otra

forma, dando por ejemplo primacía al disvalor de acción, se llegaría a la conclusión de que la forma normal de los delitos es la tentativa. En relación con este último concepto, el de tentativa, la definición común sería que esta es una figura que amplía las descripciones típicas de lo injusto. En relación con el delito consumado, la tentativa se diferencia porque presenta un tipo objetivo incompleto. En cuanto al análisis para determinar si hubo o no tentativa, así como en cuanto al fundamento de la punición de esta, se encuentran diferencias entre lo defendido en Alemania y la postura adoptada en Costa Rica.

En Alemania el análisis para la determinación de la tentativa se efectúa siempre desde la perspectiva del autor. Por lo tanto, no importa si fuera de su perspectiva hubo o no un riesgo para el bien jurídico. En ese sentido, los criterios “objetivos” para el Derecho alemán están siempre subordinados a un componente subjetivo: la representación del autor.

Igualmente, el fundamento para la punición de la tentativa en Alemania responde a la teoría denominada *Eindruckstheorie* o teoría de la impresión que sustenta la sanción de la tentativa en la voluntad contraria a Derecho que es externalizada y en la afectación a la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad y paz jurídica. Ambas son las que permiten que en Alemania se sancione la tentativa absolutamente inidónea.

En cambio, en Costa Rica, gracias al aporte del profesor Francisco Castillo, se agrega a la teoría individual-objetiva un componente verdaderamente objetivo y el cual se refiere a que los actos realizados sean idóneos para al menos poner en peligro el bien

jurídico. Congruente con ello, la tentativa absolutamente inidónea no es punible en Costa Rica.

En cuanto al fundamento de la legítima defensa, se acepta que es uno doble. Por un lado, el fundamento individual que se basa en la necesidad de proteger el bien jurídico individual que se encuentra ante una agresión ilegítima. Por otro, el fundamento supraindividual consiste en la necesidad de afirmar el Derecho frente al injusto.

En relación con el elemento subjetivo para la legítima defensa, se considera que este debe ser como mínimo el conocimiento de las circunstancias objetivas que dan paso a la legítima defensa. Este requisito del elemento subjetivo se lo atribuyen a la legítima defensa y a las causas de justificación en general, como resultado evidente de la adopción del concepto personal de injusto. Por lo tanto, estiman los autores citados como doctrina dominante, que en el caso bajo estudio la solución para cuando falte el elemento subjetivo de la justificante debe ser la calificación como tentativa inidónea. Esto pues según ellos, las circunstancias objetivas de la legítima defensa eliminan el disvalor de resultado, pero al no estar presente el elemento subjetivo de justificación, permanece vigente el disvalor de acción y esto solo puede conformar una tentativa.

En segundo lugar, no se puede derivar de ninguno de los aspectos del doble fundamento de la legítima defensa la exigencia de elementos subjetivos para la legítima defensa.

En tercer lugar, el análisis crítico hecho a la doctrina dominante resulta en que, efectivamente, la calificación de tentativa para el caso bajo estudio no es la mejor solución desde un Derecho penal liberal. Esto porque tiene roces con el principio de lesividad y con el mismo concepto de injusto propuesto. En cambio, justificar la conducta,

a pesar de estar ausente el elemento subjetivo, es por completo viable desde la perspectiva de cumplimiento del principio de lesividad y la concepción de injusto personal.

En el caso bajo estudio es patente que no hay un disvalor de acción, sea porque no se ha ofendido bien jurídico alguno. En aplicación del principio de lesividad desde la antijuricidad material, debe excluirse la antijuricidad y con ella el injusto penal por no haber ofensa alguna a un bien jurídico en el caso concreto. Bajo la misma lógica, pero desde la perspectiva de congruencia conceptual con el concepto de injusto personal que dice dar igual rango en la fundamentación del injusto al disvalor de acción y al disvalor de resultado, si en el caso bajo estudio está ausente el disvalor de resultado, lo que procede es la no formación del injusto penal. Únicamente así se da una verdadera igualdad de rango a ambos tipos de disvalor en la fundamentación del injusto penal. La solución brindada por la doctrina dominante, en cambio, admitiría la formación de un injusto penal sustentado de manera exclusiva en un disvalor de acción. Aspecto que debe rechazarse.

Finalmente, con base en algunos de los puntos anteriores, se procedió a establecer el sustento jurisprudencial que permitiría defender esta propuesta en el ordenamiento jurídico costarricense, de lo cual resulta que en Costa Rica efectivamente se ha excluido la antijuricidad por ausencia ofensa al bien jurídico en concreto y en aplicación del principio de lesividad que tiene reconocimiento constitucional. De igual manera, en el país se ha defendido la idea de que el injusto personal debe contener tanto un disvalor de acción como un disvalor de resultado. Por lo tanto, ante el caso bajo estudio, debe darse la exclusión del injusto penal.

Se espera que la forma en la cual se ha planteado esta investigación sirva al menos para establecer con claridad el razonamiento que ha seguido para llegar a las conclusiones. Se considera que esa sería la meta principal para poder indicar que se ha hecho algún aporte al desarrollo dogmático. Con claridad en las líneas de pensamiento es posible cuestionar, analizar y eventualmente descartar argumentos por unos mejores.

En definitiva, el autor de esta tesis estima que sobre este tema es posible realizar futuras investigaciones desde otras perspectivas. En este caso, la aproximación ha sido teórico-dogmática, pero perfectamente podría hacerse una investigación sobre la conveniencia del requisito de un elemento subjetivo para la legítima defensa desde la política criminal, esto incluye datos y conocimiento de otras áreas como la criminología o la sociología jurídica.

También puede aplicarse parte de esta investigación a otras causas de justificación para determinar si alguna de estas sí requiere un elemento subjetivo con base en sus fundamentos.

En cuanto al análisis de la antijuricidad material y del contenido del injusto penal, podría ser de utilidad hacer un estudio jurisprudencial cuantitativo para determinar con cuánta frecuencia se realiza un análisis a profundidad de estos conceptos en los casos, tomando como hipótesis que es común que las personas juzgadoras no entren a analizar la antijuricidad material en la mayor parte de los casos; pues suele considerarse que el juicio de antijuricidad se satisface con la comprobación de que no concurren causas de justificación.

Bibliografía

- Aráuz Ulloa, Manuel. “El bien jurídico protegido”. *Revista de Derecho*, núm. 6 (2003): 105–20.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José, Costa Rica, 1949.
- Castillo González, Francisco. *Derecho penal: parte general. T. 2*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010.
- . *El bien jurídico penalmente protegido*. San José, C. R: Jurídica Continental, 2008.
- . *La legítima defensa*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2004.
- . *Tentativa y desistimiento voluntario*. 1. ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2003.
- Chirino, Alfredo, y Ricardo Salas. *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*. San José, Costa Rica: IJSA, 1993.
- De La Fuente Hulaud, Felipe. “Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XVI (1995): 217–24.
- Fernández, Fernando Molina. “El Concepto de Injusto en la Evolución de la Teoría Jurídica del Delito”. *Revista Chilena de Derecho* 22, núm. 2 (1995): 265–96.
- Ferrajoli, Luigi. “El principio de lesividad como garantía penal”. *Nuevo Foro Penal* 79 (2012): 100–114.
- Gomes, Luiz Flavio. “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: Contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido”. ProQuest Dissertations Publishing, 2001.
- Gómez Benítez, José Manuel. “Conformidad a derecho del ejercicio del cargo y error : (aproximación dogmática a la exclusión del injusto personal)”. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1979.
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/54000/1/5322940805.pdf>.
- Jescheck, Hans Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. Traducción a la 5ta edición. Vol. Volumen I. Perú: Pacífico Editores S.A.C., 2014.
- Jiménez de Asúa, Luis. *El delito*. 4. ed. Tratado de Derecho Penal, Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Losada, 1977.
- Jiménez de Asúa, Luis. *El delito: segunda parte; las causas de justificación*. 4. ed. Tratado de Derecho Penal, Tomo 4. Buenos Aires: Editorial Losada, 1983.
- Juarez Estevam, Xavier Tavares. *Teoría del Injusto Penal*. Traducido por Mario Pereira. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Llobet Rodríguez, Javier. “Francisco Castillo y el Derecho Penal costarricense”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* 5 (2013): 11–76.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1978.
- . *Lecciones de derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.
- Montiel Fernández, Juan Pablo. "Fundamentos y Límites de la Analogía in bonam partem en el Derecho Penal". Universitat Pompeu Fabra. Departament de Dret, 2008.
<https://www.tdx.cat/handle/10803/7304#page=1>.
- Moreno, Diego Araque. "El elemento subjetivo en las causas de justificación en la reciente doctrina argentina (a propósito de las obras de Javier Esteban de la Fuente y Maximiliano Rusconi)". *Nuevo Foro Penal* 6, núm. 74 (2010): 181.
- Moreso, Jose Juan. "Principio de legalidad y causas de justificación: (Sobre el alcance de la taxatividad)". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 24 (2001).
<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2z1j8>.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho penal. gene,8: Parte general*. 8. ed., rev. Puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Quesada Jiménez, Jorge. "Antijuricidad Material". *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* 10 (2018): 17.
- Rodríguez, Javier Llobet. "Historia del Derecho penal Costarricense". *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica* 5 (2013): 784.
- Roxin, Claus. *Derecho penal Parte general*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997.
- . "El Concepto de Bien Jurídico como Instrumento de Crítica Legislativa sometido a examen" 15, núm. 1 (2013): 27.
- . "Las 'Restricciones Ético-Sociales' al Derecho de Legítima Defensa". Traducido por Jose Manuel Gomez Benítez. *Cuadernos de política criminal*, núm. Número 17 (1982): 297–324.
- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2da ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.
- Roxin, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducido por Enrique Bacigalupo. Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo. Buenos Aires: Edicione Depalma, 1979.
- Roxin, Claus, Diego-Manuel Luzón Peña, Marta García Mosquera, Claus Roxin, y Claus Roxin. *Especiales formas de aparición del delito*. 1. ed. Derecho penal : parte general / Claus Roxin. Traducción de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, T. 2. Madrid: Editorial Civitas, 2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución N° 00525 del 03 de Febrero del 1993 a las 2:24 p. m.* 90-001531-0007-CO, 1993.
- . *Resolución N° 01588 del 10 de Marzo del 1998 a las 4:27 p. m.* 97-007418-0007-CO, 1998.
- . *Resolución N° 06410 del 26 de Noviembre del 1996 a las 3:12 p. m.* 96-005469-0007-CO, 1996.
- . *Resolución N° 07034 del 16 de Junio del 1996 a las 4:00 p. m.* 96-006350-0007-CO, 1996.
- . *Resolución N° 08678 del 15 de Mayo del 2019 a las 12:15 p. m.* 16-013454-0007-CO, 2019.
- . *Resolución N° 10160 del 03 de Junio del 2020 a las 10:15 a. m.* 20-007686-0007-CO, 2020.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución N° 00013 del 08 de Enero del 1993 a las 9:30 a. m.* 92-000868-0006-PE, 1993.

- . *Resolución N° 00034 del 24 de Enero del 2014 a las 8:49 a. m.* 12-000240-1283-PE, 2014.
- . *Resolución N° 00061 del 23 de Enero del 2015 a las 9:03 a. m.* 14-000021-1094-PE, 2015.
- . *Resolución N° 00081 del 10 de Febrero del 2017 a las 9:35 a. m.* 16-000001-1296-PE, 2017.
- . *Resolución N° 00157 del 06 de Febrero del 2014 a las 4:34 p. m.* 13-000354-1092-PE, 2014.
- . *Resolución N° 00190 del 23 de Febrero del 2022 a las 12:20 p. m.* 15-017078-0042-PE, 2022.
- . *Resolución N° 00219 del 06 de Marzo del 1998 a las 9:55 a. m.* 97-001252-0006-PE, 1998.
- . *Resolución N° 00301 del 20 de Marzo del 2020 a las 12:30 p. m.* 12-002964-0058-PE, 2020.
- . *Resolución N° 00582 del 28 de Marzo del 2014 a las 2:15 p. m.* 13-000364-1283-PE, 2014.
- . *Resolución N° 00613 del 18 de Octubre del 1996 a las 10:10 a. m.* 96-000632-0006-PE, 1996.
- . *Resolución N° 00672 del 01 de Junio del 2011 a las 11:59 a. m.* 07-000573-0400-FC, 2011.
- . *Resolución N° 00838 del 29 de Julio del 2005 a las 10:00 a. m.* 03-000074-0072-PE, 2005.
- . *Resolución N° 00908 del 29 de Setiembre del 1998 a las 2:31 p. m.* 96-001793-0210-PE, 1998.
- . *Resolución N° 01309 del 12 de Noviembre del 2004 a las 10:55 a. m.* 02-000220-0057-PE, 2004.
- Salas Porras, Ricardo. *Derecho Penal General*. 1ra edición. San José, Costa Rica: IJSA, 2020.
- Sánchez Escobar, Carlos. “Bien Jurídico y Principio de Lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* 5 (2013): 436–509.
- Sánchez Fallas, Francisco. “¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación?”, 2017. https://www.researchgate.net/publication/317239745_ES_NECESARIO_EL_ELEMENTO_SUBJETIVO_DE_JUSTIFICACION.
- 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*. Reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- Satzger, Helmut. “Vorlesungseinheit 13 (Teil 2), Vorlesungseinheit 14 (Teil 1)”. LMU Grundkurs Strafrecht I (L-Z) WS 2014/15, s/f. <https://podcasts.apple.com/us/podcast/lmu-grundkurs-strafrecht-i-l-z-ws-2014-15/id941109562?i=1000471757364>.
- . “Vorlesungseinheit 14”. LMU Grundkurs Strafrecht I (L-Z) WS 2017/18, s/f. <https://podcasts.apple.com/us/podcast/lmu-grundkurs-strafrecht-i-l-z-ws-2017-18/id1298966236?i=1000471778680>.

- Trejos Robert, Sergio, y Jorge Enrique Fallas Barrantes. "La Teoría del Bien Jurídico como un límite al topos discursivo de la seguridad ciudadana". Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018.
- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. *Resolución N° 00232 del 15 de Febrero del 2016 a las 11:25 a. m.* 13-000710-0275-PE, 2016.
- . *Resolución N° 00877 del 04 de Julio del 2018 a las 3:20 p. m.* 13-000106-0597-PE, 2018.
- Tribunal de Casación Penal de San Ramón. *Resolución N° 00235 del 19 de Junio del 2009 a las 9:30 a. m.* 06-200830-0645-PE, 2009.
- Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz. *Resolución N° 00135 del 30 de Junio del 2008 a las 1:00 p. m.* 07-500097-0403-FC, 2008.
- Uribe Alvarez, Roberth. "Sobre prohibiciones y permisos en el derecho penal". *Nuevo Foro Penal* 14, núm. 91 (2018): 80–126. <https://doi.org/10.17230/nfp.14.91.3>.
- Wilenmann von Bernath, Javier. "Injusto y agresión en la legítima defensa: Una teoría jurídica de la legítima defensa". *Política criminal* 10, núm. 20 (2015): 622–76. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992015000200007>.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. "APUNTES SOBRE EL BIEN JURÍDICO: FUSIONES Y (CON)FUSIONES". *REVISTA DE DERECHO* 3, núm. 1 (el 27 de enero de 2020): 23–40. <https://doi.org/10.47712/rd.2018.v3i1.15>.
- . *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2009.
- . *Tratado de derecho penal: parte general. T3*. 5. reimpresión. Buenos Aires: EDIAR, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.
- Zilio, Jacson. *Legítima defensa: las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*. 1. ed. Colección Tesis doctorales. Buenos Aires: Ed. Didot, 2012.