Universidad de Valparaíso
CHILE
Escuela de Derecho

Posibilidad y condiciones de procedencia de la legítima defensa sucesiva.

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho.

Stephen Mario Kendall Craig

Director de tesis:

Dr. José Luis Guzmán Dálbora.

Valparaíso-Chile

2022

Dedicatoria.

Esta tesis está dedicada a mis padres Sandra y Valentín, por todo su esfuerzo y su apoyo incondicional durante la realización de mis estudios doctorales.

Resumen.

La presente tesis trata sobre la legítima defensa sucesiva, esto es, la defensa que despliega el inicial agresor ilegítimo en contra del exceso intensivo en la defensa. Dado que nuestro ordenamiento, al igual que otros de origen hispano, exige la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende para reconocer la legítima defensa plenamente justificada, la dogmática tradicional ha sostenido la imposibilidad de reconocer la defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo, pues sostiene que el inicial agresor provoca con su agresión inicial el exceso defensivo intensivo en que puede incurrir el agredido. La tesis plantea como hipótesis que es posible reconocer la defensa sucesiva plenamente justificada en contra del exceso intensivo cuando éste es enormemente desproporcionado en relación a la agresión inicial, pues en ese caso la agresión inicial no puede considerarse suficiente para provocar tal exceso intensivo. En el desarrollo de la tesis se estudia el exceso intensivo en la legítima defensa, toda vez que ese constituye el presupuesto esencial para reconocer la defensa sucesiva, diferenciándolo del exceso extensivo, temporal o impropio. Luego se intenta dilucidar el alcance que debe darse al requisito de falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende, tópico dentro del cual se exponen las diversas tesis elaboradas por la dogmática para dilucidar cuando se da tal suficiencia. En el capítulo final se formulan críticas a las soluciones alternativas propuestas por la dogmática para solucionar el problema de la defensa sucesiva. En la conclusión se plantea la admisión de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada, partiendo de la base que el régimen legal de la eximente es unitario, por lo cual la suficiencia de la agresión inicial para provocar el exceso debe determinarse en cada caso concreto recurriendo a la tesis de inculpabilidad o atenuación, dentro de la cual opera el principio de proporcionalidad como criterio corrector. En base a este último, no existe tal suficiencia cuando la agresión inicial afecte sólo un bien jurídico secundario y el exceso intensivo afecte uno primario.

Palabras clave.

Legítima defensa sucesiva, necesidad racional, exceso intensivo, exceso extensivo, falta de provocación suficiente, agresión ilegítima, principio de proporcionalidad.

Abstract.

This thesis deals with successive self-defense, that is, the defense that the initial illegitimate aggressor deploys against the intensive excess in defense. Given that our legal system, like others of hispanic origin, requires the lack of sufficient provocation on the part of those who defend themselves to recognize the fully justified legitimate defense, traditional dogmatics have sustained the impossibility of recognizing the fully justified successive self-defense against the intensive excess, since it maintains that the initial aggressor provokes with his initial aggression the intensive defensive excess that the attacked person may incur. The thesis hypothesizes that it is possible to recognize the fully justified successive self-defense against intensive excess when it is enormously disproportionate in relation to the initial aggression, since in that case the initial aggression cannot be considered sufficient to provoke such intensive excess. In the development of the thesis, the intensive excess in self-defense is studied, since this constitutes the essential presupposition to recognize the successive self-defense, differentiating it from the extensive, temporary or improper excess. Then an attempt is made to elucidate the scope that must be given to the requirement of lack of sufficient provocation on the part of the person defending himself, a topic within which the various theses elaborated by dogmatics are exposed to elucidate when such sufficiency occurs. In the final chapter, criticisms are made of the alternative solutions proposed by dogmatics to solve the problem of successive defense. The conclusion raises the admission of the successive self-defense fully justified, based on the basis that the legal regime of the defense is unitary, for which the sufficiency of the initial aggression to cause excess must be determined in each specific case by resorting to the thesis of blamelessness or attenuation, within which the principle of proportionality operates as a corrective criterion. Based on the latter, there is

no such sufficiency when the initial aggression affects only a secondary legal asset and the intensive excess affects a primary one.

Key words.

Successive self-defense, rational necessity, intensive excess, extensive excess, lack of sufficient provocation, illegitimate aggression, principle of proportionality.

Índice.

Abreviaturas. Pág. 1

Introducción. 2

Capítulo I

El problema de la defensa sucesiva en la doctrina y la legislación comparadas.

1. El problema de la defensa sucesiva en general. 7

1.1 Concepto y naturaleza dentro de la teoría de las normas. 7

1.2 La falta de provocación suficiente como obstáculo a su reconocimiento pleno. 32

2. Tratamiento propuesto por la dogmática de países que siguen la tradición germana. 50

a) Derecho penal alemán. 53

b) Derecho italiano. 65

c) Derecho brasileño. 69

d) Derecho colombiano. 72

3. Tratamiento propuesto por la dogmática de países que siguen la tradición hispana. 73

a) España. 74

b) Argentina. 77

c) Chile. 79

Capítulo II

El exceso en la legítima defensa.

1. El exceso en general. 82

2. El exceso en la legítima defensa. 103

2.1 El exceso en la defensa en su ámbito objetivo. 134

2.1.1 El exceso intensivo. 135

2.1.2 El exceso extensivo. 166

a) La inminencia. 170

b) Actualidad de la agresión. 174

c) El cese de la agresión. 177

2.1.3 El exceso en la causa. 179

2.2. El exceso en su ámbito subjetivo. 181

a) Exceso doloso o intencional. 184

b) Exceso culposo o imprudente. 186

c) Exceso inculpable. 191

Capítulo III

La falta de provocación suficiente

1. Concepto y orígenes. 213

2. La suficiencia. 229

a) Tesis de la agresión o restringida. 231

b) Tesis dela agresión ilegítima acabada. 235

c) Tesis de la renuncia manifiesta a la protección jurídica. 236

d) Tesis de la adecuación empírico-cultural. 238

e) Tesis de la previsibilidad o adecuación jurídica. 242

f) Tesis de la proporcionalidad. 245

g) Tesis de la atenuación o inculpabilidad del agresor. 250

3. La provocación suficiente en su aspecto subjetivo. 252

a) La provocación dolosa. 252

b) La provocación culposa o imprudente. 262

Capítulo IV

Sobre la admisión de la legítima defensa sucesiva como conducta justificada.

1. Recapitulación. 272

a) Tesis de la eximente incompleta. 288

b) Tesis de la no exigibilidad de otra conducta. 295

c) Tesis del estado de necesidad defensivo. 303

d) Tesis de la limitación ético-social. 308

2. La agresión ilegítima y exceso de defensa. ¿Puede considerarse a la agresión

ilegítima como provocación suficiente del exceso intensivo en la defensa? 314

a) Tesis de la agresión o restringida. 314

b) Tesis de la agresión ilegítima acabada. 315

c) Tesis de la renuncia manifiesta a la protección jurídica. 316

d) Tesis de la conducta empírico-culturalmente adecuada. 317

e) Tesis de la previsibilidad, objetiva o adecuación jurídica. 319

f) Tesis de la proporcionalidad. 322

g) Tesis de la inculpabilidad o atenuación del agresor. 324

3. Análisis de las tesis de la proporción y de la inculpabilidad o atenuación, como criterios de solución para la admisión de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada. 326

3.1. El principio de proporcionalidad en general. 328

3.2. La proporcionalidad como criterio a aplicar para determinar la provocación suficiente del exceso intensivo. 335

3.3. Extrema, enorme o intolerable desproporción entre bienes jurídicos afectados por la agresión inicial y el exceso intensivo. 339

3.4. Consecuencias de exigir simple desproporción o enorme desproporción. 345

4. Afectación de la capacidad de culpabilidad del agredido como criterio para determinar la suficiencia de la agresión ilegítima para provocar el exceso intensivo. 347

5. Requisitos para la procedencia de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada. 357

5.1. Alcance de la defensa sucesiva. 358

6. La defensa sucesiva ejercida por un tercero. 359

7. Defensa sucesiva contra el exceso extensivo inmediato o continuado. 360

Conclusiones. 364

Bibliografía. 373

Jurisprudencia citada. 395

Abreviaturas.

CA	Corte de Apelaciones.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CC	Código Civil.
COT	Código Orgánico de Tribunales.
CP	Código Penal.
CPP	Código Procesal Penal.
CS	Corte Suprema.
CPR	Constitución Política de la República.
BGB	Bürgeliches Gesetzbuch (Código Civil).
DO	Diario Oficial.
RAE	Real Academia de la Lengua Española.
RIT	Rol interno del tribunal.
RUF	Reglas de uso de la fuerza.
TC	Tribunal Constitucional.
TOP	Tribunal Oral en lo Penal.
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal).
UTM	Unidad Tributaria Mensual.

Introducción

La legítima defensa es una causa de justificación universalmente reconocida por todos los ordenamientos jurídicos y respecto de la cual se han realizado innumerables estudios por parte de los mejores penalistas de diversas épocas. Si bien, a primera vista, podría pensarse que no hay nada nuevo que investigar respecto de este instituto, lo cierto es que tal afirmación resulta completamente alejada de la realidad. En la actualidad aún subsisten zonas obscuras y temas controvertidos dentro de esta eximente, respecto de las cuales la dogmática se encuentra muy lejos de encontrar soluciones definitivas. Por otro lado, la incesante evolución cultural de la sociedad y de las relaciones entre individuo y el Estado, obligan al intérprete a buscar nuevos enfoques interpretativos del instituto que sean acordes a la nueva realidad social y política.

La presente investigación trata sobre un tema específico dentro de la legítima defensa, esto es, la defensa sucesiva o defensa contra el exceso intensivo en la defensa. Esta consiste en la defensa que ejerce el inicial agresor en contra de la acción defensiva que ha rebasado los límites de la reacción racionalmente necesaria para repeler la agresión ilegítima. Tal exceso defensivo, por sobrepasar los márgenes de lo permitido a título de legítima defensa, es antijurídico y constitutivo de agresión ilegítima.

La relevancia de la investigación radica en dos fundamentos. Por un lado, la inexistencia en la dogmática penal, tanto nacional como comparada, de estudios acabados sobre este tema. Dentro de la dogmática española, solo recientemente se han realizado estudios detallados sobre el exceso intensivo en la defensa, reconociéndose el problema de la defensa en contra de este exceso, pero sin existir una respuesta debidamente respaldada por un análisis acucioso[1]. Por otro, la relevancia práctica que ha cobrado el

[1] Nos referimos principalmente a las siguientes obras: Iglesias Río, Miguel (1999): *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*,

estudio de este fenómeno jurídico en el último tiempo, considerando la ocurrencia de lo que la prensa nacional ha denominado "las detenciones ciudadanas". Tal denominación se ha dado a casos de repulsa de agresiones flagrantes, especialmente robos, en los cuales se han ejercido defensas absolutamente desmedidas contra los hechores, que en los casos más extremos han terminado en brutales golpizas, desnudamientos, torturas e incluso la muerte de éstos.

El reconocimiento de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada no resulta claro en los ordenamientos que siguen la tradición el Derecho penal español, entre los que se cuenta el chileno. Esto se debe a que todos ellos exigen como requisito de procedencia de la legítima defensa la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Por lo anterior, la doctrina se ha mostrado dividida en cuanto a su admisión. La postura más tradicional[2] solo admite en favor del inicial agresor que se defiende contra el exceso defensivo una eximente incompleta, pues entiende que la agresión previa constituye provocación suficiente del exceso intensivo. Sostiene entonces que el agresor obra con exceso en la causa, al originar la situación de conflicto. Frente a los casos en que el exceso intensivo atenta contra la vida del agresor, si este opta por defenderse, solo se reconoce en su favor una causa inculpabilidad fundada en el principio de no exigibilidad de otra conducta. Otro sector más reciente[3], en cambio, admite la defensa sucesiva plenamente justificada, pero sin indicar cuál es el fundamento dogmático para estimar que no existe provocación suficiente. En palabras más precisas, no se indica cual es la razón que permite sostener que la agresión previa no ha provocado suficientemente el exceso en la reacción defensiva del inicialmente agredido.

Comares, Granada; Jiménez Díaz, María (2007): *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada.

[2] Principalmente: Jiménez de Asúa, Luis (1982): *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, tercera edición, tomo VI p. 926.
[3] Jiménez Díaz, María (2007): ob. cit., pp. 211 a 214.

Distinta es la situación en el Derecho penal alemán, italiano y brasileño, que no exigen el requisito de falta de provocación suficiente, por lo que algunos tratadistas de aquellos países admiten la legítima defensa contra el exceso intensivo.

En consecuencia, surge el siguiente problema: ¿es posible admitir la legítima defensa sucesiva en aquellos ordenamientos de raíz hispánica que establecen el requisito de falta de provocación suficiente en la legítima defensa? La respuesta a esta interrogante depende de la respuesta de otras dos preguntas: ¿puede la agresión ilegítima inicial ser considerada como provocadora del exceso intensivo en la defensa?, y, si no puede considerarse como tal, ¿cuál sería el fundamento dogmático para sustentarlo?

Nuestra hipótesis de trabajo sostiene que es posible reconocer la procedencia de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada en contra del exceso intensivo en la legítima defensa, pues en aquella a también puede estimarse concurrente el requisito de falta de provocación suficiente de parte de quien se defiende, ya que la agresión ilegítima inicial sólo puede considerase provocación suficiente de la reacción defensiva racionalmente necesaria, pero no de su exceso intensivo. Esto se funda, en en el principio de proporción que subyace tras el requisito de falta de provocación suficiente, el cual exige una adecuación o equilibrio entre provocación y agresión.

El objetivo general de esta tesis es determinar si resulta posible sostener la procedencia de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo dentro de los ordenamientos que contemplan el requisito de falta de provocación suficiente –entre los que se cuenta el nuestro-, cuáles serían los requisitos y fundamentos para sostenerlo.

Los objetivos específicos consisten en determinar el tratamiento que se ha dado a la defensa sucesiva por la dogmática comparada y nacional, analizar el exceso en la legítima defensa y sus distintos tipos, dilucidar que se entiende por falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende y los distintos tipos de provocación.

La respuesta a estas interrogantes ha implicado una revisión de todo el armazón dogmático que hasta ahora se ha erigido respecto de la legítima defensa, en especial, el fundamento supraindividual del instituto, la actualidad e inminencia de la agresión

ilegítima, las distintas teorías acerca de qué significa necesidad racional del medio defensivo, las restricciones ético-sociales elaboradas por la dogmática alemana y lo que se entiende por falta de provocación suficiente. Como podrá advertir el lector, un tema de sumo relevante dentro de nuestro estudio ha sido el análisis del exceso defensivo y sus distintos tipos, tanto en lo objetivo como en su aspecto subjetivo.

La presente investigación se enmarca dentro de la Parte general del Derecho penal, específicamente la teoría del delito. Por lo anterior, y siguiendo a Silva Sánchez[4], para su desarrollo utilizaremos el método dogmático valorativo-teleológico, conforme al cual, el sentido y alcance de las normas y conceptos jurídicos se determina en base a axiomas o valores tutelados por la norma penal, los cuales son tomados como presupuestos de la actividad interpretativa. Este método parte de la idea que el Derecho penal es tutela de valores, por cuando se esfuerza por dirigir el actuar humano, de manera que esta siga un orden moral y social que debe respetar[5]. Consideramos que este método es el más adecuado, dado que nuestro tema de estudio esta colmado de conceptos cuyo alcance solo puede obtenerse en virtud de juicios valorativos, tales como necesidad, racionalidad, suficiencia, provocación, proporción, exceso. Claramente estos conceptos no tienen un significado exacto, siendo posible incluso estimarlos como conceptos regulativos. Dado lo anterior, el sentido y alcance de los mismos no puede ser determinado en base al Derecho positivo, por lo cual debe recurrirse a axiomas o valores tutelados por la norma penal. Todo lo anterior no implica desconocer la validez y significado de ciertas estructuras lógico-objetivas insertas dentro de nuestro tema de estudio, tales como el binomio jurídico-antijurídico, ni las categorías ya afianzadas por la ciencia penal.

[4] Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch S.A., Barcelona, 1992, cfr. p. 119. Al respecto, el autor señala que en la parte general del Derecho penal "el grado de vinculación ejercido por el derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas y criterios argumentativos." (p. 119).

[5] Bettiol, Guiseppe, *El problema penal*, traducción de José Luis Guzmán Dálbora, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, cfr. p. 128.

Consideramos que esta metodología nos permitirá alcanzar una conclusión o enunciado que sea racionalmente controlable, y susceptible de alcanzar consenso intersubjetivo.

Sin perjuicio de lo anterior, igualmente se utilizará en el desarrollo de la tesis el método comparativo, toda vez que, conforme se ha adelantado, hay soluciones distintas al problema en estudio en el Derecho de raíz hispánica versus el Derecho alemán, italiano y brasileño. También se tendrán en cuenta durante la investigación algunas consideraciones criminológicas.

Esta tesis se ha dividido en cuatro capítulos. En el primero analizamos el tratamiento que se ha dado a la defensa sucesiva en la doctrina y en el Derecho comparado. El segundo capítulo está dedicado al estudio del presupuesto esencial para la existencia de la defensa sucesiva, esto es, el exceso en la defensa, analizando sus distintos tipos. Este capítulo es el de más larga extensión, dado que fue necesario estudiar los límites normativos de la permisión de legítima defensa, a fin de dilucidar cuando estos son excedidos. En el tercer capítulo se estudia el requisito de falta de provocación suficiente, sus fundamentos, sus distintos tipos. Principalmente se analizan y sistematizan las distintas tesis que existen sobre la suficiencia, como también el aspecto subjetivo de la provocación. Finalmente, en el cuarto capítulo planteamos los requisitos y condiciones que deben concurrir para admitir una defensa sucesiva como conducta plenamente justificada. Dentro de este haremos una revisión crítica de las posturas tradicionales que hasta ahora la han negado, para finalmente formular una solución dogmática a las interrogantes planteadas.

Capítulo I

El problema de la defensa sucesiva en la doctrina y la legislación comparadas.

En el presente capítulo tiene por objetivo abordar ciertas cuestiones previas relativas a nuestro objeto de estudio y que es necesario dilucidar a fin cumplir con el objetivo general de esta investigación. Así, primeramente, definiremos la defensa sucesiva, fijando claramente sus contornos y distinguiéndola de otras figuras. Luego, analizaremos la institución, pero desde el punto de vista de la teoría de normas, a fin de dilucidar el lugar que ocupa dentro de ella y los efectos que genera en cuanto a la antijuridicidad y deberes de tolerancia. A continuación, se abordará el problema del reconocimiento de la defensa sucesiva como justificante plena, en el entendido que, hasta ahora se ha sostenido que el requisito de falta de provocación suficiente de parte de quien se defiende, obstaría a ello. Dado que una de las soluciones propuestas por la dogmática en este caso, es sostener el defensor sucesivo obraría en estado de necesidad exculpante, nos haremos cargo de dicho planteamiento. Finalmente, analizaremos cómo ha sido tratada hasta ahora la defensa sucesiva por la doctrina de los países que siguen la tradición germana (sistema bipartito) al regular los requisitos de la legítima defensa, y como se ha tratado en los países de tradición hispana (sistema tripartito), punto en el cual hay una estrecha relación con el tema del reconocimiento de la legítima defensa en favor del provocador.

1. El problema de la defensa sucesiva en general.

1.1 Concepto y naturaleza dentro de la teoría de las normas.

La defensa sucesiva ha sido definida como la repulsa en contra del exceso en la legítima defensa (De Jesús, 2011: t. I, p. 438). Procede contra el exceso intensivo y también contra el extensivo (Teixeira, 1996: p. 74). Pero respecto del segundo sólo

procede contra el denominado exceso extensivo posterior inmediato. Se le ha denominado sucesiva por cuanto sucede a la defensa en el instante en que deja de ser legítima (Vílchez, 1997: p. 207). En esa hipótesis el agresor inicial contra quien se ejercía la legítima defensa, tiene derecho a defenderse contra el exceso, ya que el agredido, por el exceso, se transforma en agresor injusto (Bitencourt, 2012: p. 262).

De manera más completa, podemos definirla como la repulsa en contra del exceso intensivo o contra el exceso extensivo posterior inmediato en la legítima defensa, la cual deja de ser legítima en el instante en que sobrepasa el límite de la necesidad racional del medio defensivo o cuando se extiende más allá del cese de la agresión, siendo dichos excesos antijurídicos.

La denominación de sucesiva proviene de los penalistas brasileños, quienes coinciden en la utilización de tal concepto (Busato, 2015: p. 498/ De Jesús, 2011: t. I, p. 438/ Greco, 2015: t. I, p. 420/ Regis Prado, Mendes de Carvalho, 2014: p. 332/ Capez, 2011: t. I, p. 314/ De Souza Nucci, 2014: p. 221/ Mirabete y Fabbrini, 2002: p. 186/ Salim y De Azevedo, 2017: p. 289). Aunque entre los mismos también se le ha denominado defensa pendular (Greco, 2015: t. I, p. 420). En la doctrina alemana, encontramos la denominación de contra-defensa (Eser y Burkhardt, 1995: p. 220). En tanto que en la escasa doctrina hispana que se ocupa de ella, simplemente se le denomina defensa contra el exceso (Jiménez Díaz, 2007: p. 214/ Iglesias, 1999a: p. 443).

Por lo tanto, la defensa sucesiva tiene lugar cuando quien obra en legítima defensa se excede intensivamente en el uso de los medios defensivos, sobrepasando lo que es racionalmente necesario para repeler la agresión ilegítima en la situación concreta. Igualmente, tendrá lugar cuando el agredido continúa con su reacción defensiva después que la agresión ilegítima ha cesado. Tales excesos son antijurídicos, ya que sobrepasan los límites de la justificación de la defensa legítima. Bajo tal supuesto el agresor inicial, contra quien se ejercía la defensa que luego se torna excesiva, puede defenderse en contra de ese exceso en la defensa, ya que no está obligado a tolerarlo.

De esta manera, la posibilidad de ejercer la defensa sucesiva surge cuando el inicial defensor ha excedido los límites de lo racionalmente necesario para salvaguardar los bienes jurídicos afectados por la agresión inicial. Igualmente, surgirá si la repulsa contra la agresión continúa luego que esta ha cesado. Ello es así por cuanto la legítima defensa, como norma que permite excepcionalmente el uso de la violencia en contra de otro, no constituye una patente de corso y se encuentra limitada en su ejercicio.

Son principalmente dos los límites que se imponen a su ejercicio; la actualidad o inminencia de la agresión y la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. De ellos se extraen dos límites, el temporal o extensivo y el intensivo.

El primero de ellos dicta que la defensa sólo debe ejercerse cuando la agresión tiene lugar o es inminente, y mientras ella dura. Se entiende que la agresión perdura hasta que se excluya totalmente el peligro que amenaza al bien jurídico -bien haya concluido o fracasado la agresión- o, contrariamente, el bien agredido se haya perdido por completo (Eser y Burkhardt, 1995: p. 219). Según Berner, el término natural de la situación de defensa es la victoria, siendo indiferente quien resulto victorioso. Lo será el agresor cuando consuma su agresión. Por ejemplo, el ladrón cuando ha separado la cosa del poder de disposición del dueño. Será victorioso el agredido cuando ha vencido al agresor. Por ejemplo, ha reducido al ladrón y retenido la cosa robada (2020: p. 31).

Quien obra fuera del límite temporal incurre en exceso extensivo o impropio, no obra amparado por la legítima defensa, pues la actualidad o inminencia de la agresión ilegítima es el requisito constitutivo o esencial para que opere la justificante. Ello se debe a que el derecho sólo permite su ejercicio en tanto exista una situación de peligro inminente o actual lesión de bienes jurídicos que pone al titular en la necesidad de salvaguardarlos. No existiendo tal situación el derecho de defensa no existe. Cesada la misma, dicho derecho se extingue. De esta manera, una vez que tiene lugar la victoria, sea quien fuese que la obtenga, la prosecución de la violencia privada por parte del agredido constituye venganza punible. La victoria constituye la línea divisoria que separa el *moderamen* del exceso (Berner, 2020: p. 31).

La doctrina es conteste en señalar que los casos de exceso temporal o extensivo, dentro del cual se encuentra la fuerza prematura y la fuerza tardía, no existe el requisito de necesidad de defensa, dado que no existe o ya dejó de existir la agresión ilegítima. Faltando este requisito esencial de la justificante la defensa ya no puede ser apreciada ni como completa ni como incompleta (Quintero, 2002: p. 511/ Luzón, 1999: p. 609). Ello se debe a que la condición esencial para que exista exceso es la preexistencia de una situación objetiva de justificación y que se obre dentro de ella, de manera que el exceso se presente durante la situación de necesidad (Berner, 2020: p. 31/ Soler, 1992: p. 475/ Iglesias, 1999a: p. 172/ Gómez, 1991: p. 314). De esta manera, sólo se considera exceso, propiamente tal, al exceso intensivo, es decir, al empleo de mayor fuerza de la necesaria mientras dura una situación de defensa bien fundada y justificada, siendo la fuerza prematura y la fuerza tardía otros casos distintos de extralimitación en la defensa (Berner, 2020: p. 31). Es por estas razones que al exceso extensivo o temporal se le denomina impropio.

Sin embargo, en el exceso extensivo posterior o tardío se distinguen dos tipos: exceso extensivo posterior *longi temporis* (Iglesias, 1999b: p. 113)[6] y el exceso extensivo posterior con estrecha conexión temporal con la defensa legítima, también llamada defensa prolongada (Requejo, 1999: p. 150) o violencia postrema (Guzmán, 2020: p. 26). La primera tiene lugar cuando entre el cese de la agresión y la violencia que despliega el agredido, media un estado pacífico o intervalo de tiempo en el cual no se ejerce violencia de parte de ninguno de los trabados en conflicto. Por ejemplo, luego de media hora de terminada la agresión el agredido concurre a la casa del agresor a golpearlo; el agredido logra vencer al agresor con un certero golpe en el rostro lanzándolo al suelo, luego de lo cual se retira del lugar y a la distancia observa que el agresor trata de levantarse, ante lo cual se devuelve y sigue golpeándolo. En estos casos, quien sufre el segundo ataque puede ejercer legítima defensa plena, pues es víctima de una agresión completamente ilegítima.

[6] El autor atribuye la denominación al comentarista Carpzovio quien la planteó bajo la fórmula latina *"quando post defensionen et concertationen intervalo longi temporis"*, la que para efectos de nuestro estudio hemos abreviado en los dos últimos latinismos por ser suficientes para designar ese tipo de exceso.

Técnicamente no ejerce una defensa sucesiva, pues no sucede de manera inmediata a una defensa legítima. En cambio, el segundo tipo de exceso posterior tiene lugar cuando el agredido comienza ejerciendo una legítima defensa, pero esta se prolonga más allá del tiempo necesario, sin solución de continuidad temporal entre la acción necesaria para repeler el ataque y aquella que deja de serlo. En otras palabras, defensor sigue ejerciendo de manera ininterrumpida violencia en contra del agresor después que ha cesado la agresión o ha ocurrido la victoria de uno u otro. Existe una unidad sucesiva de acción que congloba la reacción defensiva justificada y su extensión injustificada. No media entre ambas ningún estado pacífico que convierta el excedente en una nueva y autónoma agresión o contraataque (Requejo, 1999: p. 151). Por ejemplo, el defensor propina tres golpes al atacante, aturdiéndolo, pese a ello sigue golpeándolo. Igualmente, se exige que se trate de la misma conducta que continúa y no de otra diferente, como sucedería si luego de derribar a golpes al agresor se saca un arma de fuego y se le dispara (Zaffaroni, 1981: p. 643).

Dada la estrecha y continua conexión temporal que tiene este segundo tipo de exceso extensivo posterior con una situación real de legítima defensa, se asimila objetiva y valorativamente al exceso intensivo (Iglesias, 1999a: p. 176/ Roxin, 2006: p. 935). De modo similar al exceso intensivo, la acción comienza siendo justificada al existir una situación real y objetiva de legítima defensa, pero al extenderse temporalmente la repulsa más allá del cese de la agresión deviene en ilegítima. Bien define esta situación Magalhaes señalando que "después de la reacción justa -medio y moderación- por imprudencia o conscientemente continua innecesariamente la acción" (2009: t. I, p. 209). Es por ello que se sostiene que también frente a este tipo de exceso debe reconocerse el derecho de defensa legítima sucesiva en favor del agresor vencido, precisado de precaverse del agredido que pasó al ataque (Guzmán, 2020: p. 26).

La defensa sucesiva frente al exceso extensivo posterior inmediato ha sido reconocida desde antiguo por la doctrina. En el siglo diecinueve Berner reconoce el derecho de defensa propia en favor del agresor vencido frente al agredido triunfante que

prosiga su ataque, pues dicho exceso es venganza punible (2020: pp. 10 y 31). En el mismo sentido se pronuncia en Italia Bernardino Alimena, señalando que una vez cesado el ataque, el primeramente agredido que ahora ataca, comienza desde ese momento su venganza y se convierte en agresor y, por lo tanto, comienza el derecho de defensa en el antiguo agresor que se transforma ahora en agredido (1896: t. III, pp. 56-57). Adhiere a esta postura Jiménez de Asúa, pero exigiendo que ambos momentos -defensa y exceso- aparezcan perfectamente claros y que el proceso no se presente como una unidad de conducta bajo el signo del peligro que el primer atacado pudiera seguir corriendo (1982: t. IV, pp. 190-191). Por lo tanto, el maestro español adiciona dos requisitos para la procedencia de la defensa sucesiva en este caso. El primero, apunta a que sea ostensible el cese de la agresión de manera que pueda distinguirse entre el acto de defensa justificado y el exceso. En tanto que el segundo, apunta a que la agresión ilegítima se encuentre completamente extinguida y no exista peligro de reviviscencia inmediata de ésta.

En Argentina, la doctrina equipara el exceso extensivo posterior inmediato con el exceso intensivo, comprendiendo a aquél dentro de las hipótesis del art. 35 del Código penal argentino que establece una pena rebajada para quien incurre en exceso en las causas de justificación. Sostiene que el fundamento radica en que el defensor que comienza su accionar dentro de la justificación y luego incurre en exceso obraría con menor grado de antijuridicidad, lo que también ocurre cuando el atacado persiste en la acción de defensa a pesar que el peligro ya ha pasado (Zaffaroni, 1981: pp. 642-643/ Fontán Balestra, 1998: p. 306/ Donna, 1985: p. 111/ Righi, 2002: p. 132/ Cortés de Arabia, 2005: p. 469). Contrariamente, en Alemania la mayoría de los autores excluye al exceso extensivo posterior de las hipótesis de exceso defensivo impunes establecidas en el § 33 del Código penal (exceso por perturbación, terror, miedo), sosteniendo que dicha norma sólo se aplica al exceso intensivo. Se fundan en que el exceso supone la existencia de una situación real de legítima defensa y no se aplica a estados emocionales esténicos como la ira o venganza (Mezger, 1958: p. 271/ Maurach y Zipf, 1994: p. 578/ Wessels, 1980: p. 124/ Eser y Burkhardt, 1995: p. 246/ Jescheck y Weingend, 2002: p. 530/ Frister, 2011: p. 340/ Stratenwerth, 2016: p. 243/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 141). La postura minoritaria

sostiene que no hay diferencia valorativa entre el exceso intensivo y el extensivo posterior con conexión temporal inmediata. Político-criminalmente es indiferente si se golpea con demasiada fuerza al atacante o si se da un golpe de más. Agrega que frente a ambos excesos no hay necesidad preventiva de punición, por lo que no hay fundamentos para excluir ese exceso extensivo del § 33 (Roxin, 2006: t. I, pp. 935-936). En tanto que los autores brasileños admiten el exceso extensivo posterior como uno de los que pueden tener lugar en la legítima defensa (Tavares, 2018: pp. 338 y 346/ Magalhaes, 2009: t. I, p. 209/ Vílchez, 1997: p. 207).

El segundo límite de la legítima defensa es el de intensidad, según el cual el medio defensivo sólo debe emplearse con la medida de intensidad que es necesaria para repeler la agresión ilegítima. En otras palabras, la reacción de defensa debe afectar los bienes jurídicos del agresor sólo en la medida de lo necesario para rechazar o hacer cesar la agresión que éste ejercer contra el agredido. Todo aquello que rebasa el límite de intensidad de la reacción defensiva que autoriza la justificante se denomina exceso intensivo o propio, y es antijurídico, pudiendo el inicial agresor que sufre éste exceso oponer defensa en su contra.

De esta manera, el exceso intensivo o propio tendrá lugar cuando siendo necesaria la acción de defensa, esta podía y debía haber adoptado una intensidad menor. La doctrina ha distinguido dos tipos de exceso intensivo; el exceso en la elección y el exceso en la utilización del medio defensivo (Jiménez Díaz, 2007: p. 65). El primero de ellos tiene lugar cuando, entre los distintos medios defensivos a disposición, el agredido elige utilizar aquel que lesiona o daña al agresor más allá de lo que es necesario para repeler la agresión. Por ejemplo, cuando siendo suficiente una defensa con golpes de puño, se dispara con un arma de fuego contra el agresor. El segundo tendrá lugar cuando el medio de defensa se utiliza con una intensidad que rebasa de lo necesario para la defensa. Por ejemplo, cuando siendo suficiente solo dar un puñetazo en la cara se profieren múltiples golpes. En síntesis, en el primero se emplea un medio innecesario, en tanto que en el segundo se usa inmoderadamente un medio necesario (Magalhaes, 2009: t. I, p. 209). Ambos tipos de

exceso intensivo no son excluyentes, pudiendo concurrir ambos en un solo acto (Jiménez Díaz, 2007: p. 65).

De lo anteriormente indicado se desprende que el exceso intensivo excluye o hace cesar la concurrencia del requisito de necesidad racional del medio defensivo, autorizando la defensa sucesiva contra lo que excede de tal baremo. Sin embargo, una parte no menor de la doctrina hispana y germana –según veremos- sostiene que en casos de extrema o manifiesta desproporción entre agresión ilegítima y medio defensivo, el defensor obra fuera de los márgenes de la justificante de la defensa legítima, no estando amparado por ella, ni siquiera de manera incompleta. Ello se debe a que en estos casos no existe una necesidad de abstracta defensa o *necessitas inevitabilis defensionis*, la cual constituye un requisito esencial de la justificante (Luzón, 2002: p. 544). Su concurrencia está determinada por la relevancia de la agresión en relación al bien jurídico amenazado, en el sentido que debe tratarse de una agresión relevante que origine una necesidad calificada que autorice una reacción con privilegios superiores al estado de necesidad (Iglesias, 1999a: p. 185). Ello se determina en base a un juicio valorativo en cada caso concreto. Por lo tanto, existirá necesidad de defensa cuando se está frente a agresiones relevantes aun bien jurídico valioso.

Frente a agresiones antijurídicas muy poco importantes, nimias o insignificantes, que no superan el umbral de lo penalmente típico, la doctrina mayoritaria rechaza la procedencia de la legítima defensa, pero con distintos argumentos. Por una parte, se ha sostenido que no hay necesidad de auténtica legítima defensa, pues decae o carece de sentido el aspecto supraindividual de la justificante, esto es, la afirmación o prevalecimiento del Derecho, y sólo cabría el estado de necesidad (Luzón, 2002: p. 545). El principio de significancia, en cuanto criterio axiológico del Derecho penal, impide valorar como agresión las simples insignificancias, igualmente excluye en estos casos una verdadera necesidad abstracta de defensa o *necessitas defensionis* (Iglesias, 1999: p. 111). Por otra parte, se sostiene que la agresión insignificante, por mucho que presente una contrariedad formal con la norma, no cumple con la exigencia de ofensa al bien jurídico,

concretamente antijuridicidad material, no siendo un problema de necesidad, sino de restricción ético-social (Zilio, 2012: pp. 296-297). Desde otro punto de vista, se sostiene que al agresor de bagatela se le concede un premio por su comportamiento pasado de fidelidad al Derecho y un anticipo por igual fidelidad que se espera de él a futuro (Pawlik, 2013a: pp. 18 y 19). Ejemplos de este tipo de agresiones de insignificantes son las molestias a la libertad de tráfico, los ruidos molestos, las bromas de mal gusto. Por lo tanto, el fundamento supraindividual de la legítima defensa desaparece en los casos de agresiones insignificantes, dado que por su naturaleza no justifican una respuesta que conmocione la paz social.

La falta de necesidad abstracta de defensa excluye *ab initio* la procedencia de la legítima defensa, constituyendo toda acción violenta que afecte bienes jurídicos del agresor insignificante una verdadera agresión ilegítima que autoriza oponer legítima defensa. En ese caso no hay defensa sucesiva, pues no se sucede a una defensa legítima que ha dejado de ser tal.

Además de la necesidad abstracta de defensa, se exige que también concurra la necesidad concreta de defensa, que constituye un requisito empírico o circunstancial de la necesidad racional del medio empleado (Iglesias, 1999a: p. 189), exigencia que es graduable y relativa, pues debe apreciarse en cada caso concreto. Determinando el alcance de este requisito, se sostiene que necesidad significa inevitabilidad de la reacción defensiva, en el sentido que es inevitable cuando no puede sustituirse por otra menos dañosa, aunque igualmente idónea para asegurar la tutela del agredido, criterio que es dominante en España, Iberoamérica, Italia y Alemania (Guzmán, 2010: pp. 103-104). Sin embargo, es por medio de este requisito que se introduce el requisito de proporción entre ataque y agresión o entre los bienes jurídicos en juego, requisito que se establece expresamente en algunos Códigos (italiano 1930, colombiano 1980, mejicano 1931). En España e Iberoamérica, la proporción se introduce por medio de la interpretación del vocablo “racional” utilizado en todos los Códigos que siguieron el modelo español de 1870, como el caso de Chile y Argentina. No obstante, la doctrina se muestra dividida en

cuanto a la admisión de la proporción, ya que no es un requisito expresamente exigido en la ley, y conduce a una confusión entre legítima defensa y estado de necesidad justificante (Guzmán, 2010: p. 108). En conclusión, la racionalidad significa que el defensor debe escoger entre los medios defensivos a su disposición, el menos lesivo para el agresor (Guzmán, 2010: p. 110).

Distinta es la situación en la doctrina alemana, en donde la mayoría de los autores rechaza el requisito de proporción entre bienes jurídicos implicados por el ataque y la defensa, al no ser exigido por § 32 del Código penal alemán, admitiendo dar muerte al agresor incluso para defender derechos reales si la intensidad del ataque así lo requiere (Roxin, 2006: t. I, p. 632/ Jescheck y Weingend, 2002: p. 368/ Maurach y Zipf, 1994: p. 451/ Baumann, 1973: p. 194/ Jakobs, 1995: p. 472/ Wessels, 1980: p. 95/ Pawlik, 2013a: p. 16/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 96). Esta postura se basa en la máxima hegeliana según la cual "el Derecho no necesita ceder ante los injusto", lo cual conduce a la idea que la necesidad de defensa se determina en base a la clase e intensidad de la agresión (Henkel, 2008: p. 79). Al contrario, un sector minoritario sostiene que se debe recurrir a una ponderación de bienes jurídicos en juego para determinar la concurrencia del requisito de necesidad (Stratenwerth, 2016: p. 238/ Eser y Burkhardt, 1995: p. 227). Sin embargo, son unánimes en rechazar la legítima defensa cuando existe una desproporción intolerable, crasa o extraordinaria entre el daño que se pretende evitar y el daño causado con la defensa, sosteniendo los contrarios a la proporcionalidad que en este caso se está ante una limitación ético-social en la cual la defensa no está indicada.

La exigencia de racionalidad del medio defensivo emana del principio de menor lesividad que informa el instituto de la legítima defensa y que se expresa en su antigua denominación romano-canónica *moderamen inculpae tutelae*. Tal principio impone al defensor deber de elegir entre varias clases de defensa posibles aquella que causa el mínimo daño al agresor, pero siempre que esta sea eficaz, es decir, asegure la eliminación inmediata y definitiva del peligro (Roxin, 2006: t. I, pp. 628- 629 /Jescheck y Wingend, 2002: p. 368/ Maurach y Zipf, 1994: p. 451/ Frister, 2011: p. 330). Sin embargo, si existe

un único medio defensivo que origina riesgos absolutamente desproporcionados para los intereses del agresor, no podrá considerarse racionalmente necesario, pues ello implica que los intereses a salvaguardar no poseen naturaleza existencial, infringiéndose entonces el principio de solidaridad mínima (Baldó, 2016: pp. 456-457). Igualmente se sostiene que una defensa mortal desarrollada para salvar intereses insignificantes sería contraria los principios de dignidad y humanidad (Guzmán, 2010: p. 132). Lo anterior refleja la consideración que la legítima defensa tiene por la persona del agresor, pues autoriza sólo una defensa que implique la menor afectación posible de sus bienes jurídicos. La afectación que rebasa de lo necesario infringe el principio de menor lesividad o *moderamen*, es contrario a derecho y autoriza repulsa mediante defensa sucesiva.

Conforme hemos señalado, la defensa sucesiva es aquella que ejerce el inicial agresor contra del defensor que ejerce una defensa excesiva en intensidad o extensión. De esta manera, el inicial agresor será el sujeto activo y el defensor excedido el sujeto pasivo. La defensa sucesiva también puede ser desplegada por un tercero que obre en favor de quien es víctima del exceso. En consecuencia, no obra en defensa sucesiva el tercero inocente que es afectado en sus bienes jurídicos por la legítima defensa y reacciona en contra de ella. Si bien también se le considera un caso de exceso, al afectar la reacción defensiva a un sujeto distinto del agresor, su repulsa no constituye defensa sucesiva. En este caso Jiménez de Asúa ha distinguido diversas hipótesis en que la acción defensiva puede lesionar bienes de terceros inocentes, a saber: a) cuando la lesión se causa en bienes de un tercero neutral que el agresor utilizó como medio de ataque, la destrucción de ese medio de ataque queda justificada por la legítima defensa; b) cuando la lesión se causa en los bienes de un tercero neutral que se utiliza como medio de defensa, la destrucción de ese bien queda cubierto por el estado de necesidad justificante; c) cuando la lesión se causa en un tercero que fatalmente ha de ser herido a consecuencia de la acción defensiva, la muerte o heridas que se causan quedan justificadas por estado de necesidad; d) cuando la lesión a tercero resulta imprevisible se juzgará como caso fortuito; e) cuando la lesión a terceros es consecuencia de *aberratio ictus* se trata de un delito culposo (1982: t. IV, pp. 266 -267). De estas hipótesis la tercera es la más problemática, dado que se trata de un

caso de colisión entre el derecho del atacado a preservar sus bienes afectados por el ataque y los derechos del tercero inocente que no tiene por qué soportar su afectación. Gómez, avalando la solución del maestro madrileño, sostiene que si la lesión de bienes de un tercero inocente era necesaria para la defensa, dicha lesión quedaría cubierta por el estado de necesidad justificante (1991: p. 228). A su turno, se ha postulado que el tercero inocente tiene derecho a preservar sus bienes primarios cuya afectación sería irreparable, repeliendo la acción de quien defendiéndose en contra de otro los afecta, y que tal obrar quedaría cubierto por el estado de necesidad justificante (Nino, 2002: p. 154). De lo anterior, se observa la incongruencia de la solución propuesta por Jiménez de Asúa, pues da lugar a que se enfrenten dos conductas recíprocamente justificadas, problema que advirtió Santiago Nino, pero sin dar una solución clara (2002: p. 158). Considero que la solución correcta para este caso es estimar que tanto el atacado como el tercero inocente obran bajo estado de necesidad exculpante, solución que también comparten algunos autores (Fontana, 1970: p. 105/ Zaffaroni, 1981: t. III, p. 603).

En cuanto a la extensión de la defensa sucesiva, la repulsa sólo puede dirigirse en contra del actuar del inicial defensor que constituye exceso intensivo o extensivo inmediato, ya que sólo éste es antijurídico. Al efecto, se ha sostenido por Jiménez Díaz que la defensa contra el exceso nace limitada a la parte del comportamiento que es ilícita, pero no a la conducta de defensa en su conjunto. Agrega la autora que lo anterior debe presidir la interpretación de la concurrencia del requisito de necesidad racional, pues para valorarla no es factible tomar en consideración el comportamiento global del nuevo agresor, sino sólo aquella parte que supera lo permitido (2007: p. 213). Lo anterior no deja de llamar la atención, ya que frente a una situación concreta puede perfectamente ocurrir que el ejercicio de la defensa sucesiva no permita hacer tal distingo, y que simplemente para su ejercicio eficaz sea necesario dar muerte al defensor excedido. Por ejemplo, frente a un ataque de menor importancia contra la propiedad (rayado de un muro exterior), el atacado se defiende disparando con un revolver contra el atacante. En este caso la defensa excedida no admite parcelación, es un acto único e indivisible, en el cual concurre el exceso en la elección del medio defensivo y en su utilización.

Hasta aquí hemos fijado el concepto de la defensa sucesiva, delimitándolo lo más posible en sus contornos, fijando sus elementos esenciales y distinguiéndolo de otras figuras. Sin embargo, para una comprensión más acabada debemos abordar el concepto desde la óptica de la teoría de las normas y de la ontología formal del Derecho, entendida esta última como un conjunto sistemático de principios apriorísticos, validos universalmente que expresan una serie de conexiones esenciales entre las grandes formas de manifestación de la conducta jurídicamente regulada: lo prohibido, lo ordenado, lo permitido y lo potestativo (García Máynez, 2010: p. 9). Para ello iremos de lo general a lo particular en las siguientes líneas.

Siguiendo a Kelsen, entendemos por norma todo mandamiento, reglamento, orden o prescripciones referentes al comportamiento mutuo entre los hombres, significando un comportamiento humano que debe ser o suceder (1994: pp. 19-20), siendo la coercibilidad el rasgo distintivo de la norma jurídica. Kelsen atribuyó cuatro funciones específicas a las normas: prescribir, autorizar, derogar y permitir. Para efectos de nuestro estudio, nos interesa enfocarnos en la primera y la última.

En su función prescriptiva la norma prescribe o manda la realización de cierta conducta, expresando un deber ser. La prescripción puede recaer sobre una acción o sobre una omisión. Si se manda a realizar una conducta positiva o acción, se dice que la norma decreta o prescribe. Si dispone la abstención o no realización de determinada conducta, se dice que la norma prohíbe. Cada prohibición de una conducta determinada es la prescripción de la abstención de la misma; cada prescripción de una conducta determinada es la prohibición de la abstención misma (Kelsen, 1994: p. 106).

En su función permisiva, el insigne jurista austríaco distingue dos tipos: negativa o positiva. Permisión en sentido negativo significa que no existe ninguna norma vigente que decrete esa conducta, la prohíba o la permita en sentido positivo, o la autorice. Según Kelsen, este tipo de permisión no es objeto ni función de ninguna norma, pues se trata de conductas libres, tales como respirar o pensar. A su turno, indica que permisión en sentido positivo significa que existe una norma que prohíbe cierta conducta cuya vigencia es

cancelada por medio de una norma derogatoria, de modo que esa conducta ya no es prohibida, sino que permitida. Anteriormente, Bierling denominó a estas categorías kelsenianas permisión en sentido débil y fuerte, respectivamente (Mañalich, 2014: pp. 475-476). En síntesis, permitir en sentido positivo (o fuerte) es reductible a la función de la derogación o cancelación de la vigencia de una norma que prohíbe determinada conducta (Kelsen, 1994: p. 108). Si una conducta es permitida, se puede o no hacer uso del permiso. Aquel a quien se le permite algo se dice que tiene un derecho (Kelsen, 1994: p. 107).

De lo antes expuesto, se observa que las normas prohibitivas y normas permisivas son categorías deónticas opuestas, aquello que es permitido no es prohibido. La permisión deroga o deja sin efecto una norma prohibitiva. Las proposiciones jurídicas permisivas en sentido fuerte no son más que una especie de proposición jurídica negadora, se dirigen en contra de una prohibición, declarando que no debe estar asociada a un determinado hecho o bien que debe caducar con la verificación de un determinado hecho (Mañalich, 2014: p. 475). Sin embargo, dicho efecto negador de la norma permisiva es sólo parcial, dado que ésta sólo opera como una modificación de la norma prohibitiva, negando su aplicación sólo frente a determinados casos, sin afectar la validez formal de ésta, y sin modificar el contenido semántico de la prohibición (Mañalich, 2014: p. 479). Por lo tanto, el enunciado normativo de una norma permisiva dirá que: frente a determinados casos y bajo ciertos presupuestos la prohibición X no tendrá validez.

Las normas prohibitivas, de mandato y permisivas conforman un primer sistema de reglas denominadas “normas de comportamiento”, definidas como aquellas que le indican al sujeto lo que debe hacer o dejar de hacer, lo que está permitido hacer o dejar de hacer (Hruschka, 1994: p. 344). De esta manera, determinan el estatus deóntico de la acción que puede llegar a ser objeto de imputación jurídico penal (Mañalich, 2013: p. 716). Se sostiene que las normas de comportamiento tienen una doble función: prospectiva y retrospectiva. En su función prospectiva o de configuración, su cometido es influir y conformar la vida futura. En su función retrospectiva, constituyen un baremo de medición,

ya no son mandatos, prohibiciones o permisiones, sino tipos delictivos o de justificación que llevan aparejada una valoración de la que resulta la juricidad o antijuridicidad de la conducta. Como baremos están dirigidas al juez quien valora *ex post facto* la medida dada por ellas. Por ejemplo, no actúa antijurídicamente quien mata al agresor en caso de que ello sea necesario para rechazar la agresión ilegítima (Hruschka: 1994: pp. 344 - 345). Ellas se distinguen de un segundo sistema de reglas llamado "normas de imputación", que son aquellas que fijan las condiciones para determinar cuándo una infracción a las normas de comportamiento puede imputarse a un sujeto como injusto culpable (Mañalich, 2013: p. 716). Tienen sólo una función retrospectiva, fijando un baremo de medición dirigido al juez.

Según Hruschka, las reglas de imputación operan en dos niveles. Las reglas de imputación de primer nivel sirven para determinar cuándo un proceso es la ejecución de una acción u omisión por parte de un sujeto. En virtud de ella se declara que el sujeto en cuestión es *causa moralis* del hecho comisivo u omisivo (1994: p. 346). La imputación de primer nivel quedará excluida: cuando la ejecución de la acción mandada es físicamente imposible; cuando el autor se encontraba imposibilitado físicamente para realizar el hecho (*vis* absoluta); y cuando el autor no tuvo conocimiento de las alternativas o de las circunstancias fácticas esenciales. En estos casos el autor queda exculpado. Por su parte, las reglas de imputación de segundo nivel determinan un juicio sobre el merecimiento del hecho o juicio de culpabilidad del autor, se determina si su voluntad fue libre al momento de actuar. Queda excluida esta imputación si el sujeto no tuvo conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, si tuvo algún motivo para omitir la acción mandada o realizar la acción prohibida, o si tuvo algún contramotivo comprensible que le impidiera cumplir con su deber (1994: pp. 350-351). En esos casos el autor queda disculpado al quedar restringido su margen de libertad para actuar en uno u otro sentido.

Fijado el alcance de estas categorías deónticas de normas prohibitivas y permisivas, veamos ahora cómo operan en relación a la legítima defensa y la defensa sucesiva.

Las leyes penales tipifican y sancionan las distintas conductas constitutivas de ataques a bienes jurídicos, muchas de ellas consisten en el uso de la violencia en contra de otros (homicidio, lesiones, daños, etc.). Siguiendo la teoría de normas de Binding, podemos sostener que tales leyes penales tienen su fundamento en una norma anterior de Derecho público, que prohíbe la violencia o uso de la fuerza para dañar a otros, norma que es complementada por la ley penal que sólo establece la autorización para castigar en caso de contravención a dicha prohibición (García Pablos, 2006: p. 399).

Esta norma que prohíbe a los sujetos el uso de la fuerza para dañar a otros, es la base sobre la cual se funda el Estado y se mantiene el orden social conforme a la teoría contractualista de Hobbes. Su contenido impone un deber negativo entre los sujetos, de no hacer o abstención: no dañar a otras personas. En Kant tal idea se encontraba implícita en su definición de Derecho al entenderlo como la encarnación de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad. Ciertamente, el dañar a otro implica una colisión entre arbitrios, en el cual uno impide el libre desenvolvimiento de otro. A su turno, en Hegel ella se encontraba contenida en su célebre máxima del derecho abstracto "sé una persona y respeta a los demás como personas". Más recientemente, esta idea ha sido desarrollada por Jakobs en su teoría de la injerencia. Según el profesor alemán, frente a cualquier persona existe la expectativa de organizarse de tal manera que su propio círculo de organización no produzca daños para los círculos de organización de otras personas. Cada persona constituye un círculo separado y toda persona tiene la expectativa de que los círculos no se perturbarán entre sí. De ello emana el deber negativo de no lesionar a otro. Todo delito de acción u omisión defrauda esta expectativa (Jakobs, 1999: pp. 18-19).

Por lo tanto, los tipos penales tienen como trasfondo una norma prohibitiva, es decir, un enunciado normativo que prescribe la abstención de determinadas conductas, en ese caso, el uso de la violencia en contra de los bienes jurídicos de otros. Así el homicidio y las lesiones, son conductas contrarias a dicha norma, cuyo enunciado normativo prescribe: no mataras, no lesionaras a otro. Como tal están prohibidas, son antijurídicas y

su comisión se encuentra sancionada con una pena. Aquí entendemos por antijuridicidad la contradicción entre la realización de un tipo (conducta) con el ordenamiento jurídico en su conjunto (Welzel, 2004: p. 75).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico dispone que bajo determinados supuestos la prohibición del uso de la violencia quede sin efecto, siendo permitido a quien se encuentre en situación de riesgo ejercer la violencia para impedir la destrucción o menoscabo de sus bienes jurídicos. De manera que en estos casos estamos frente a normas permisivas, en que la conducta permitida se considera no prohibida o lícita. Tales normas permisivas en materia penal constituyen las denominadas causas de justificación, entendidas como aquellas que excluyen la antijuridicidad o ilicitud del tipo penal. Es por ello que también se les denomina "tipos permisivos". Así, Zaffaroni sostiene que una causa de justificación es un permiso que otorga el orden jurídico para realizar una conducta antinormativa (1985: p. 388). La conducta justificada, no obstante consistir en la realización de una conducta típica, no es antijurídica, ya que el Derecho no la considera disvaliosa, como tampoco el resultado que ella persigue (salvaguarda de un bien jurídico preponderante).

En consecuencia, la regulación legal de la legítima defensa constituye una norma permisiva, pues deja sin efecto o deroga la prohibición de uso de la violencia, permitiendo su ejercicio para repeler una agresión ilegítima. Tal permiso sólo opera cuando se dan determinados presupuestos que la propia permisión determina (agresión ilegítima, necesidad abstracta de defensa) y dentro de los límites que la misma norma fija (temporal, racional e intensivo), siendo lícita o justificada la conducta desplegada dentro de dichos márgenes. Quien obra en legítima defensa, deberá ejercer este derecho dentro de los márgenes que fija la permisión, todo lo que exceda de ella es ilícito, ya que a su respecto rige la prohibición del uso de la violencia.

Siendo una norma permisiva, el instituto de la legítima defensa otorga al agredido un derecho y no una obligación de defenderse. Esto significa que el agredido tiene la facultad de ejercer o no la repulsa de la agresión, huir o inclusive consentir en dicha

agresión, con lo cual esta perdería su carácter de antijurídica, salvo que el bien atacado no sea disponible. Si el atacado opta por ejercer el derecho de defensa, este dará lugar como lógico correlato, al deber de terceros de tolerar su realización (Silva Sánchez, 2007: p. 27) y del agresor de tolerar la afectación de sus bienes jurídicos que sea necesaria para la defensa.

Por lo tanto, además de permitir en ciertos casos la conducta prohibida, las normas permisivas tienen como correlato los denominados deberes de tolerancia o de sacrificio, los cuales consisten en que siendo lícita la conducta permitida, todos los demás sujetos tienen el deber de tolerarla, no pudiendo impedir su realización. En consecuencia, el deber de tolerancia constituye un deber *erga omnes* de omitir una determinada conducta que se opone o impide a la realización de la conducta permitida. Tal deber recae incluso sobre el Estado, quien no podrá impedir la realización de la conducta permitida, ni tampoco castigarla con una pena (Silva Sánchez, 2007: p. 26). En definitiva, se trata de un deber de abstención (Mañalich, 2014: p. 504). Sin la existencia de los deberes de tolerancia, la norma permisiva sería ilusoria, pues cualquiera podría oponerse a la realización de la conducta permitida, al no existir el deber de soportarla, no pudiendo reclamar auxilio estatal para neutralizar la resistencia del afectado o terceros.

Desde la óptica de las causas de justificación, se sostiene que tal permisión implica una autorización al titular para interferir en la esfera de los bienes jurídicos de un tercero, afectándolos (autorización de intervención). Tal intervención sólo se permite sobre los bienes jurídicos a cuyos titulares se refiere la proposición permisiva (por ejemplo, en la legítima defensa los bienes jurídicos del agresor). La intervención en bienes jurídicos de terceros protegidos es antijurídica aun cuando sean consecuencia de un desvío de la acción permitida (Jescheck y Weingend, 2002: p. 357). A ella resulta correlativo el deber de tolerancia, que implica que el titular de la esfera de derechos afectada no tiene el derecho subjetivo de exclusión de terceros de dicha esfera (Silva Sánchez, 2007: p. 29). El afectado queda obligado a soportar -como un auténtico deber- en sus bienes jurídicos los resultados o consecuencias de la acción justificada, precisamente por ser él el

desencadenante de la situación jurídica producida (Márquez, 2003: p. 45). En consecuencia, el afectado no podrá rechazar el actuar de otro que amparado por una causa de justificación realiza una conducta que menoscaba o afecta sus bienes jurídicos. Todo acto de exclusión fáctica de terceros constituye una vía de hecho que no está amparada por el derecho (Silva Sánchez, 2007: p. 29). Ello es así, ya que la oposición a la conducta permitida o justificada constituye acto ilícito o antijurídico, pues infringe un deber de abstención.

Enfocándonos más aún en las causas de justificación de estado de necesidad justificante y legítima defensa, los deberes de tolerancia correlativos a dichas permisiones se traducen en el deber de omitir toda conducta que obstaculice o impida la realización de una acción de preservación o salvaguarda de bienes jurídicos. La infracción del deber de tolerancia consistirá en estos casos en la ejecución de una acción que implique la interrupción de un curso causal salvador (Mañalich, 2014: p. 504).

En la legítima defensa el deber de tolerancia se traduce en el deber del agresor o de cualquier tercero de no impedir la ejecución de la acción desplegada en defensa de los bienes jurídicos agredidos. En otras palabras, la legítima defensa impone al agresor y a cualquier otro sujeto el deber de tolerar la acción defensiva desplegada por el agredido o por un tercero auxiliante. El agresor tendrá que soportar, durante el lapso que se extienda su comportamiento antijurídico, cualquier menoscabo de sus bienes que sea necesario a modo de defensa (Kindhäuser, 2013: p. 95). Este deber de tolerar la acción defensiva encuentra su fundamento en las mismas normas que prohíben el ejercicio de la violencia (y que no esté excluida por norma permisiva alguna) (Mañalich, 2014: p. 508). Según Baldó Lavilla, en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo, el deber de tolerancia se funda en el principio de responsabilidad por la creación de la fuente de peligro, en tanto que en el estado de necesidad agresivo, se funda en el principio de solidaridad intersubjetiva (2016: pp. 75 y 76).

De lo dicho se desprende que en la legítima defensa el deber de tolerancia se traduce en un deber de abstención (Mañalich, 2014: p. 512), es decir, de no realización de

una conducta lesiva que impida u obstaculice la reacción defensiva. En consecuencia, tal deber se infringe por medio de una conducta activa o positiva del agresor o un tercero que impida u obstaculice la defensa (Baldó, 2016: p. 488), pero siempre que esa conducta lesione al defensor, toda vez que el agresor puede lícitamente esquivar, huir o cubrirse de los golpes. Lo que no puede hacer el agresor es actuar lesivamente contra quien se defiende legítimamente. Es por ello que se afirma que la infracción de deberes de tolerancia dará lugar a delitos de comisión (Silva Sánchez, 2007: p. 40).

Sin embargo, se plantea el problema de si dicho deber de tolerancia puede infringirse mediante una conducta omisiva. En otras palabras, el problema se traduce en determinar si se puede impedir u obstaculizar la acción defensiva mediante una omisión. Nos inclinamos por la afirmativa, toda vez que la doctrina admite que una omisión pueda constituir agresión ilegítima, siempre que exista un deber jurídico de actuar, cuya omisión se equipare a una acción positiva (Mezger, 1958: p. 169/ Wessels, 1980: p. 94/ Eser y Burkhardt, 1995: p. 215/ Jakobs, 1995: p. 467/ Stratenwerth, 2016: p. 229/ Fiandaca y Musco, 2006: p. 288/ Nino, 2002: p. 103). Más ampliamente, se ha sostenido que la legítima defensa se fundamenta en la infracción del deber negativo de no dañar a otro y que tal deber puede quebrantarse indistintamente mediante acción u omisión (Palermo, 2007: pp. 311-312). La postura más restringida admite la agresión por omisión cuando esta signifique la infracción a un deber especial de garante de aseguramiento de una fuente de peligro propia. Por ejemplo, todo aquel cuya función es controlar una maquinaria, equipo o industria peligrosos. Pero no admite legítima defensa frente a la omisión del deber especial de garante derivado de un riesgo de fuente ajena (Baldó, 2016: p. 399). Por ejemplo, el padre que no actúa cuando el hijo se ahoga, el médico que no atiende al herido grave, la madre que no alimenta al hijo, casos en los cuales sólo será procedente ejercer en su contra violencia o intimidación dentro de los límites del estado de necesidad (Palermo, 2007: p. 313).

Los deberes de tolerancia en materia de legítima defensa producen diversos efectos. En primer lugar, contra la legítima defensa no cabe oponer legítima defensa ni

estado de necesidad agresivo ni defensivo (Baldó, 2016: p. 483). En otras palabras, no existe la legítima defensa recíproca. Esto se debe a las posiciones contrapuestas que ocupan quien se defiende legítimamente (obra jurídicamente) y el agresor ilegítimo (obra antijurídicamente), pues es imposible afirmar y negar del mismo sujeto, en el mismo tiempo y situación, dos predicados antagónicos. Los que ocupan una posición en una relación jurídica pueden solamente operar jurídica o antijurídicamente, y quien se encuentra en uno de los polos de la relación ocupara la atribución opuesta a la asignada al primero. Por lo tanto, no puede haber reacción legítima contra quien actúa justificado (Guzmán, 2015: p. 120). Lo anterior, no es sino manifestación del principio lógico de no contradicción, según el cual dos juicios enunciativos contradictorios entre sí no pueden ser ambos verdaderos (García Máynez, 2010: p. 21), si uno es verdadero el otro necesariamente será falso.

En segundo lugar, el deber de tolerancia cierra la posibilidad de que terceros intervengan en favor del agresor ilegítimo interrumpiendo la acción defensiva del agredido o de un tercero que obra en su auxilio. Esto emana del efecto *erga omnes* de los deberes de tolerancia, pero también del carácter objetivo de la antijuridicidad de la agresión ilegítima, pues aquello que es antijurídico lo es para todos. Según la teoría objetiva, la calificación de un acto como lícito o ilícito no depende de la cognición o intención de quien lo realiza, sino únicamente de la comparación entre aquello que se ha exteriorizado y lo que establece el Derecho para salvaguardar un bien jurídico. El juicio de antijuridicidad es objetivo e impersonal (Welzel, 2004: p. 76/ Guzmán, 2015: p. 120). El tercero que infringe el deber de tolerancia, interrumpiendo la acción defensiva, deberá responder penalmente ya sea como coautor o partícipe –según el caso- de la agresión ilegítima (Baldó, 2016: p. 488). La infracción de este deber de no intervención del curso salvador, podrá desplegarla el tercero, ya sea impidiendo directamente la acción defensiva desplegada por el propio agredido o por un tercero defensor, o bien auxiliando al agresor ilegítimo para evitar la defensa legítima.

En tercer lugar, quien se defiende legítimamente queda exento de responsabilidad por los daños o riesgos originados al agresor a consecuencia de la acción defensiva, ya que si bien ha originado el peligro que se cierne sobre los bienes jurídicos de éste, no es competente por el mismo. Este resultado lesivo y los riesgos subsecuentes se imputan al propio agresor en virtud del principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador. Conforme a este principio, el riesgo proviene de la propia esfera organizativa del agresor y por ello se le considera competente por la fuente de peligro amenazante (Baldó, 2016: pp. 86-87).

No obstante lo anterior, subsiste para el defensor el deber general de amparo activo respecto del agresor que quede en peligro y desamparado a consecuencia de la acción defensiva. Este deber se fundamenta en el principio de solidaridad general intersubjetiva, que obliga tanto al defensor como a cualquier otro ciudadano que nada tenga que ver con los hechos a socorrer al agresor que se encuentre en peligro como consecuencia de la acción defensiva. Tal deber es exigible para el defensor siempre que no exista un riesgo para él o riesgo objetivo de reviviscencia de la agresión ilegítima (Baldó, 2016: pp. 436 y 437). En caso de existir tal riesgo, el defensor no estará obligado a prestar tal auxilio. La infracción de este deber de amparo activo se encuentra sancionado en nuestro derecho en el art. 494 N° 14 del CP, que tipifica la falta de omisión de socorro.

Ahora bien, estos deberes de tolerancia cesan si el sujeto que obra al amparo de una causa de justificación excede los límites de dicha permisión. En la legítima defensa ello tendrá lugar cuando el defensor incurre en exceso intensivo en la utilización de los medios defensivos o cuando incurre en un exceso extensivo posterior inmediato. En estos casos, la acción defensiva, al exceder los límites de la permisión –lo racionalmente necesario y la actualidad de la agresión-, pasará a ser antijurídica, quedando nuevamente afecta a la norma de prohibición de la violencia física. Al no ser ya permitida la acción de defensa excedida, cesa el deber de tolerancia, quedando sin efecto el deber de no oponerse a la acción defensiva desplegada por el agredido o un tercero auxiliador. El cese del deber

de tolerancia hará surgir para el inicial agresor o un tercero la facultad de ejercer defensa sucesiva en contra del exceso.

En consecuencia, al incurrir el inicial defensor en exceso intensivo o extensivo posterior inmediato produce como efecto la inversión de las posiciones jurídicas que defensor y agresor ocupan dentro de la relación jurídica configurada inicialmente. Así, el inicial defensor que se excede pasa a obrar antijurídicamente, en tanto que el inicial agresor que ejercer defensa sucesiva obra jurídicamente o conforme a Derecho. A su vez, el deber de tolerancia cesa para el inicial agresor y pasa ahora al defensor excedido, quien deberá tolerar la defensa sucesiva, con los efectos que ello implica, ya descritos.

De lo expuesto se observa entonces que el carácter axiológico jurídico-antijurídico del actuar del defensor y atacante, respectivamente, puede variar durante el desarrollo de la defensa si media exceso por parte del primero. Justamente en base a ello se ha afirmado que:

> "El carácter antijurídico de la agresión puede aparecer y desaparecer en cualquier momento de la unidad de la acción lesiva del agresor. Una agresión ilegítima puede convertirse posteriormente en lícita, y a la inversa, una acción justificada puede convertirse en ilícita. Así la legítima defensa ejercida frente a una agresión antijurídica puede comenzar a ser ilícita cuando adquiere el carácter de excesiva. Si frente a esta agresión ilícita, que representa este plus de antijuridicidad, ejerce el primitivo agresor una defensa, este reviste ahora el carácter de legítima" (Requejo, 1999: p. 78).

De mediar exceso se producirá siempre una inversión de las categorías del binomio jurídico- antijurídico, que detentan el agredido y agresor, respectivamente, ya que no existen categorías intermedias o una tercera categoría a este respecto. A esto se le denomina principio ontológico jurídico de exclusión del medio, pues entre lo jurídicamente prohibido (ilícito) y lo jurídicamente permitido (lícito) no hay un tercer término (García Máynez, 2010: p. 12). En efecto, dentro de la conducta regulada por el Derecho no existe una tercera categoría del obrar humano que resulte indiferente o libre de valoración jurídica. Todo lo que entra en su campo de acción, que es el actuar exterior e intersubjetivo, será lícito o ilícito (Guzmán, 2015: pp. 118-119).

No obstante lo anterior, en base a la aceptación de la tesis que sostiene la posibilidad de graduar la antijuridicidad en tanto concepto axiológico o valorativo, se ha sostenido que quien se excede intensivamente en la defensa obra con un grado de antijuridicidad que es menor al de quien obra sin encontrarse en esa situación de necesidad. Tal disminución de la antijuridicidad se funda en la circunstancia que el sujeto que se excede obra en principio autorizado al amparo de una causa de justificación, respecto de la cual concurren sus elementos esenciales (agresión y necesidad abstracta de defensa), y lo único que se torna antijurídico es aquello que excede de lo racionalmente necesario para repeler la agresión, lo cual debe reflejarse en una menor pena (Jiménez Díaz, 2007: p. 78). Para otros el fundamento de tal disminución obedece a que la conducta del defensor excedido buscó, en principio, prevenir un mal (Nino, 2002: p. 168). Misma disminución de la antijuridicidad se predica respecto del exceso extensivo posterior inmediato, el cual es asimilado valorativamente al exceso intensivo, ya que en aquél el sujeto también principia su actuar de manera justificada dejando de serlo cuando continúa la repulsa pese al cese de la agresión (Donna, 1985: p. 111/ Zaffaroni, 1981: t. III, pp. 642-643). En nuestro derecho, ello se traduce en el reconocimiento en favor del defensor excedido de la atenuante de eximente incompleta del art. 11 N° 1 del CP.

Distinta es la cuestión para quienes sostienen que la antijuridicidad no es graduable. Al efecto, Welzel distinguió entre injusto (acción antijurídica) y antijuridicidad (contrariedad de la conducta con el orden jurídico). El primero es un concepto sustantivo, en tanto que el segundo es una mera cualidad que significa una relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico (2004: p. 77). Solo el injusto admite graduación, así el injusto penal es mayor que el injusto civil, y dentro de los injustos penales el injusto del homicidio será mayor que el de las lesiones corporales. En cambio, la antijuridicidad no es graduable, no existe un aumento de lo antijurídico o de lo conforme a Derecho, la antijuridicidad es una cualidad que simplemente corresponde o no a una conducta determinada (Baumann, 1973: pp. 166-167/ Wessels, 1980: p. 85). Bajo tal prisma, el exceso en la defensa y la agresión antijurídica tienen la misma antijuridicidad, ambas son por igual contrarias a Derecho, aunque el grado de injusto podría ser menor en

el primero dado que el sujeto inicia su obrar al amparo de una causa de justificación cuyos límites luego sobrepasa. Sigue esta postura Iglesias Río al considerar que quien se excede en la defensa obra con un menor grado de injusto (1999a: pp. 441, 442).

Por otro lado, también se ha sostenido que es posible que quien ejerce una defensa sucesiva incurra a su vez en exceso, con lo cual nuevamente se invertirían las categorías ontológicas jurídico-antijurídico, recobrando nuevamente defensor y agresor sus calidades iniciales. Se sostiene que este nuevo derecho de defensa surgiría restringido únicamente a aquella conducta que constituye el nuevo exceso (Jiménez Díaz, 2007: p. 214). En definitiva, ello se traduce en la posibilidad, al menos teórica, de que pueda existir una cadena de defensas, pero que es muy improbable que se presente en la práctica.

Siendo la regulación de la legítima defensa una norma permisiva que autoriza el ejercicio de la fuerza en determinadas hipótesis y dentro del límite de lo racionalmente necesario, imponiendo deberes de tolerancia al agresor y terceros, podemos sostener entonces que la defensa sucesiva constituye una contrapermisión en favor del agresor que sufre una reacción defensiva excedida. Esto significa que se permite ejercer una legítima defensa en contra del agredido cuando los límites de su defensa son excedidos. La permisión y el correlativo deber de tolerancia cesan, y ahora se concede al inicial agresor el derecho de ejercer defensa sucesiva en contra del inicial defensor que obra con exceso intensivo o extensivo.

La defensa sucesiva para ser legítima requerirá entonces de: la existencia de un exceso intensivo o extensivo posterior inmediato en la defensa, el cual viene a constituir agresión ilegítima como requisito esencial; y ejercerse contra aquella parte de la conducta defensiva que resulte excesiva en intensidad o extensión, dentro de los márgenes de lo racionalmente necesario, conforme a las reglas generales.

Habiendo definido nuestro objeto de estudio, en cuanto a su naturaleza jurídica, pasemos ahora a explicar la problemática de su reconocimiento como causa de justificación plena.

1.2. La falta de provocación suficiente como obstáculo a su reconocimiento pleno.

Como es sabido, son dos los requisitos esenciales que deben concurrir para justificar una conducta a título de legítima defensa: la existencia de una agresión ilegítima actual o inminente y la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Hay Códigos como el alemán, italiano, brasileño y colombiano que sólo exigen la concurrencia de estos dos requisitos esenciales para configurar dicha justificante (sistema bipartito).

Sin embargo, en el Código penal español y en la mayoría de los Códigos hispanoamericanos, se exige la concurrencia de un tercer requisito (sistema tripartito) para admitir la legítima defensa. Este consiste en que no haya existido provocación suficiente de parte de quien se defiende. En el caso la legítima defensa de terceros o auxilio necesario, se requiere que el defensor no haya tomado parte en la provocación. Este requisito alude a que no debe ser el defensor quien crea la situación de conflicto de la cual surge la necesidad de defenderse, mediante conductas que puedan excitar el ánimo del agresor al punto de hacerlo reaccionar violentamente en su contra.

Provocación ha sido definida como irritar, estimular a uno con palabras o actos para que se enoje (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 236). Sin embargo, en la doctrina hispana no existe consenso sobre cuándo la provocación es suficiente, siendo un concepto del todo indeterminado en su *quantum*. Para algunos será suficiente una conducta que produzca en el atacante una alteración anímica relevante o excitación del ánimo (irritación o enojo). Para otros, será suficiente aquella provocación que produzca en el atacante un estado de inimputabilidad o exculpación. Otros, más restringidamente, sostienen que sólo puede ser provocación suficiente una agresión ilegítima. Otro criterio, sostiene que la suficiencia debe medirse en base a un criterio empírico-cultural (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 236). En Argentina, Zaffaroni sostiene que ello debe determinarse en base a la previsibilidad de la conducta para motivar una agresión, sin tomar en cuenta las características personales antisociales del agresor (1985: p. 493).

En Chile la cuestión tampoco es pacífica, siendo completamente dispares las posturas de los distintos autores. Así, Novoa evaluaba la suficiencia en base a un criterio casuístico al sostener que es provocación suficiente la que baste para explicar humanamente el ataque, sin llegar a justificarlo, sino solamente hacerlo en parte excusable (2005: t. I, p. 347). Adhiere a este criterio Etcheberry, señalando que es suficiente cuando sea bastante para explicar, dentro del modo habitual de reaccionar de los seres humanos, la agresión del provocado (2004: t. I, p. 257). En cambio, Cousiño plantea un criterio objetivo, señalando que la suficiencia debe juzgase objetivamente como la que, generalmente produce enojo, excitación o irritación y no frente al caso excepcional de un sujeto patológicamente iracundo o colérico (1979: t. II, p. 291). En tanto que Politoff, Mattus y Ramírez señalan que debe renunciarse a cualquier esfuerzo por definir cuantitativamente o cualitativamente lo que debe entenderse por suficiente, lo cual queda entregado a criterio del juez en cada caso concreto (2003: t. I, p. 222).

Dado la indeterminación de este requisito, algunos abogan *de lege ferenda* por su eliminación (Bacigalupo, 1998: p. 126/ Nino, 2002: p. 185). Como sea, se trata de un requisito no esencial o accidental, ya que si falta de todas maneras puede reconocerse en favor del provocador que se defiende la atenuante de eximente incompleta, pues vería reducido el grado de justificación de su conducta (Quintero, 2000: p. 515). Es por ello que también se le denomina defensa degradada por exceso en la causa (Politoff, Mattus, 2002: t. I, p. 132).

Es en estos ordenamientos de tipo tripartito donde el reconocimiento de la defensa sucesiva como causa de justificación plena resulta cuestionado. Si bien se acepta en contra del exceso extensivo posterior (Jiménez de Asúa: 1982: t. IV, p. 191), es negada respecto del exceso intensivo, pues se estima que la agresión ilegítima provoca la reacción defensiva y su exceso intensivo, idea sostenida desde mediados del siglo pasado por Jiménez de Asúa (1982: t. IV, p. 190 y t. VI, p. 926) y Jiménez Huerta (1952: p. 299).

Por lo tanto, no concurriría el requisito de falta de provocación suficiente respecto del inicial agresor que pretenda obrar en defensa sucesiva contra el exceso intensivo. El

agresor ilegítimo es quien causa la reacción defensiva y su exceso intensivo, es responsable por la creación de la situación de necesidad que motiva la defensa. De manera que no se encuentra legitimado para obrar en defensa del orden jurídico, no concurre en el defensor sucesivo el fundamento supraindividual de la legítima defensa dentro del esquema del doble fundamento.

Según la teoría del doble fundamento, quien obra en legítima defensa actúa para proteger bienes jurídicos individuales propios o de un tercero (fundamento individual) y también en el interés o necesidad de prevalecimiento del Derecho, es decir, en defensa de la validez o vigencia empírica del orden jurídico frente al injusto (fundamento supraindividual) (Luzón, 2002: p. 50). El provocador obraría con injusticia en la causa, pues contribuye *ab initio* al quebrantamiento del orden jurídico al originar mediante su actuar la reacción violenta del agresor, creando de esta manera la situación de necesidad de defensa. En consecuencia, no podría obrar en defensa del orden jurídico cuyo quebrantamiento el mismo ha contribuido a generar, quedando deslegitimado para ello.

En vista de lo anterior, sólo puede reconocerse en favor de quien obra en defensa sucesiva una atenuante de eximente incompleta, si es que el ordenamiento contempla dicha posibilidad (caso de los Códigos chileno art. 11 N° 1 del CP y español art. 21. 1), o bien, una causa de exculpación a título de no exigibilidad de otra conducta si repele un grave riesgo para su vida o integridad física, pues no se puede exigir que tras provocar soporte un impávido un ataque de tal entidad, no siendo equitativo, en circunstancias extremas aplicarle una pena, aunque fuera atenuada, por su homicidio voluntario (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, pp. 190 y 246; t. VI, pp. 926 y 987/ Politoff, Mattus y Ramírez 2003: t. I, p. 132). Ambas soluciones son las que se ha propuesto, en general, para la defensa del provocador.

Sin embargo, la solución que propone que quien ejerce la defensa sucesiva actuaría inculpablemente por no exigibilidad de otra conducta, no la consideramos correcta por las razones que se pasarán a exponer.

En primer lugar, la no exigibilidad es un principio de carácter general que constituye la *ratio legis* de las causas de exculpación o disculpa. En base a este principio, se exculpa al sujeto, cuando, no obstante conocer la norma jurídico-penal, no es capaz de motivarse conforme al deber que ella impone, apartándose de la regla de conducta que le era exigible, debido a la anormalidad de las circunstancias concomitantes al momento en que debe decidirse a obrar. De esta manera, la motivación del sujeto es anormal, anulándose el deber de respeto a la norma o fidelidad al Derecho. En estos casos, la representación del resultado típico y su nocividad social no operan como contramotivos que induzcan al sujeto a obrar conforme a Derecho (Henkel, 2008: p. 54). Por lo tanto, la conducta del sujeto contraria a la norma, no le puede ser reprochada, pues no era exigible que actuara de otra manera a como lo hizo. El legislador ha reconocido como causas de exculpación fundadas en este principio el estado de necesidad exculpante, la fuerza moral irresistible –*vis compulsiva*-, el miedo insuperable y el encubrimiento de próximos parientes. En estos casos se reconoce la existencia de elementos facticos que alteran la normalidad de las circunstancias concomitantes del hecho, que son de tal magnitud que pueden alterar en la generalidad de los sujetos la motivación de obrar conforme a la norma, no siendo exigible una motivación normal o dominante de fidelidad al Derecho.

En el caso del estado de necesidad exculpante, el sujeto obra movido por una situación de peligro inminente para sus bienes jurídicos más fundamentales, por lo cual decide sacrificar los bienes jurídicos de un tercero inocente para la salvaguarda de éstos, cuando no le queda otra alternativa menos perjudicial. La exigibilidad o motivación normal del sujeto activo conforme la norma penal constituye la base psíquica de la reprochabilidad (Goldschmidt, 2002: p. 88). Este elemento psíquico debe concurrir en el sujeto para que la conducta típica y antijurídica pueda serle reprochada. Esta normal motivación no existe cuando las circunstancias concomitantes del momento crítico son anormales (Frank, 2002: p. 41), como cuando existe un peligro inminente, caso en que el sujeto obra exculpado. Todas las causales de exculpación son personales y no excluyen la antijuridicidad de la conducta disculpada.

Siendo los excesos intensivo y extensivo en la legítima defensa antijurídicos, no puede sostenerse que quien se defiende en su contra obre bajo no exigibilidad de otra conducta (exculpado), ya que el juicio sobre la antijuridicidad es objetivo e impersonal y precede al juicio sobre la culpabilidad. La aprobación del acto por el Derecho se encuentra antes que la exclusión del reproche personal del autor. La afirmación de la antijuridicidad precede a la de la culpabilidad cuando en un mismo hecho concurren los presupuestos de una causa de justificación y de exculpación, prevaleciendo aquella por sobre ésta. De manera que cuando un sujeto repele una agresión ilegítima obra justificado por la legítima defensa, aun cuando hubiere actuado presa del terror (Cury, 1994: t. II, p. 81).

En base a lo anterior, no puede sostenerse que quien obra en defensa sucesiva en realidad lo haga bajo estado de necesidad exculpante previsto en el art. 10 N° 11 del CP. Siendo el exceso intensivo antijurídico, la conducta que se le opone necesariamente tendrá que ser conforme a Derecho o justificada, siendo el interés defendido preponderante en relación al bien sacrificado por la acción de defensa. En efecto, el principio de interés preponderante es el que informa la causa de justificación de legítima defensa. Conforme a este principio el interés del agredido prepondera por sobre los del ilegítimo agresor, prevaleciendo y salvaguardándose el primero mediante el necesario sacrificio del segundo (Rivacoba; 1995: p. 111). Los bienes jurídicos del agresor, por el sólo hecho de la agresión, quedan en una posición inferior frente a los bienes del agredido, permitiendo al Derecho el sacrificio de aquellos. En cambio, en el estado de necesidad exculpante, ninguno de los bienes jurídicos en juego –el que está en peligro y el sacrificado- prepondera o tiene preferencia por sobre el otro, ambos son igualmente valiosos para el Derecho, y merecen igual protección. Lo que ocurre es que se produce una colisión de dos intereses legítimos, en que el Derecho no prefiere a ninguno, limitándose sólo a respetar a aquél que logre subsistir tras la colisión. En el estado de necesidad exculpante, al necesitado no se reprocha por el sacrificio del bien jurídico de un tercero, ya que obra bajo no exigibilidad al no poderse motivar conforme a Derecho por la situación de peligro inminente que amenaza su persona. El ordenamiento jurídico no puede exigir al necesitado que se sacrifique o que obre de manera heroica. La acción salvadora realizada en virtud

del estado de necesidad exculpante, es antijurídica, pero es inculpable dada la imposibilidad de exigirle al necesitado que obre de otro modo. En cambio, en la legítima defensa –de la cual la defensa sucesiva es una especie-, la conducta defensiva no es antijurídica, ya que el sujeto obra para preservar un bien jurídico que el Derecho considera preponderante por encima del bien jurídico del agresor que resulta sacrificado.

Por lo demás, considerar la defensa sucesiva como un caso de estado de necesidad exculpante, implica aceptar la vetusta teoría sustentada por Pufendorf que funda la legítima defensa en la perturbación del ánimo, ya superada por la moderna ciencia penal. Ella sostiene que el agredido obra de manera no culpable al encontrarse en una situación de necesidad de defenderse, estando bajo coacción moral o perturbación del ánimo (*propter perturbationen animi*) ante el peligro que le amenaza y contra el instinto de conservación que le impone reaccionar. Según esta teoría, el instinto de conservación propia es un sentimiento irresistible, es propio de la naturaleza humana ceder ante dicho impulso y legislador debe tenerlo en cuenta por indulgencia. Esta teoría resulta incorrecta, ya que no puede explicar el caso del defensor que obra con frialdad de ánimo, como tampoco la legítima defensa de extraños (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, pp. 59, 325).

En segundo lugar, el sujeto que actúa bajo alguna causa de exculpación fundada en la no exigibilidad de otra conducta, en realidad obra antijurídicamente, pues el juicio sobre la culpabilidad no altera la ilicitud de la conducta. De esta manera, quien obra bajo estado de necesidad exculpante del art. 10 N° 11 del CP, en realidad obra antijurídicamente al sacrificar bienes jurídicos de un tercero inocente, pero exculpado por no exigibilidad. Esto significa que en contra la acción de salvaguarda de quien actúa al amparo de tal figura puede oponerse legítima defensa en favor del bien jurídico expuesto a ser sacrificado (Mañalich, 2013: p. 733/ Baldó, 2016: p. 172/ Nino, 2002: p. 46). Ello es así, por cuanto sólo las causas de justificación, en tanto normas permisivas que excluyen la antijuridicidad de la acción de salvadora, generan deberes de tolerancia o sacrificio para el sujeto afectado por la acción de salvaguarda. En consecuencia, esto impide considerar la defensa sucesiva como un caso de estado de necesidad exculpante, pues de considerarse

tal, el defensor original que se ha excedido intensivamente, podría nuevamente repeler en legítima defensa al necesitado obre en repulsa de tal exceso. Con ello sería jurídicamente imposible oponerse al exceso, pues el excedido podría insistir en él -al infinito- al amparo de legítima defensa. Además, se desconoce el carácter antijurídico del exceso, que produce como lógica consecuencia que toda conducta de repulsa en contra de éste sea lícita o conforme a Derecho. Esto se funda, por un lado, en el carácter objetivamente antijurídico del exceso, y por otro en que el juicio sobre la antijuridicidad precede al juicio de imputación o culpabilidad. En efecto, la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho (Welzel, 2004: p. 69). No compartimos la tesis de Hruschka, quien afirma que el juicio de imputación primario antecede al juicio sobre la antijuridicidad de la conducta, dado que ello implicaría aceptar que la conducta del inimputable no podría ser catalogada como jurídica o antijurídica, quedando como neutra o al margen del Derecho. Lo anterior choca con el principio que para el Derecho no hay conductas neutras o espacios libres de valoración, pues toda conducta humana puede ser valorada bajo el binomio jurídico-antijurídico. Aceptar la existencia de zonas neutras o libres de valoración jurídica representa un peligro extremadamente serio para las personas y la autoridad del ordenamiento jurídico, pues en una situación de conflicto primará la voz del más fuerte (Guzmán, 2015: p. 119).

Lo antes sostenido no cambia por el hecho que el exceso intensivo o extensivo inmediato se haya originado producto del error, miedo insuperable, perturbación, o infortunio del defensor original, por cuanto la doctrina penal admite la legítima defensa en contra de agresiones inculpables o exculpadas. En efecto, la dogmática penal mayoritaria adhiere a la concepción objetiva de la agresión. Conforme a ella, la legítima defensa sólo exige como requisito que la agresión sea antijurídica, no siendo necesario que además sea culpable (Luzón, 2002: p. 180). En otras palabras, solo se exige un contenido de injusto objetivo o desvalor del resultado.

En Alemania, la concepción objetiva era seguida por Mezger, quien señaló que un inculpable que obra por error o un inimputable pueden atacar, precisando que sólo basta

que la agresión sea antijurídica, es decir, contraria a las normas objetivas de valoración del Derecho. Sin embargo, advierte que en esos casos es deber del agredido advertir que no se continúe con el ataque (1958: pp. 168, 169, 171). En concordancia se pronunció M. E. Mayer, para quien es admisible la defensa frente a incapaces de imputación y exculpados (2007: p. 346). Welzel también la admite respecto de los incapaces de culpa, para el padre del finalismo la agresión no requiere ser culpable (1956: p. 92). Maurach y Zipf igualmente indican que existe acuerdo en cuanto a que la agresión no necesita ser culpable (1994: p. 441). En el mismo sentido Wessels, para quien la culpa del agresor no interesa (1980: p. 94). También Roxin sostiene esta postura apoyado en razón de texto del Código penal alemán (2006: t. I, p. 617). Stratenwerth también admite la defensa contra inculpables, pero sujeta a limitaciones ético-sociales (2016: p. 236). En el mismo sentido Eser y Burhardt (1995: p. 223). Para Jescheck la agresión puede ser completamente inculpable (2002: p. 363). Más recientemente, adhieren a esta posición Hilgendorf y Valerius, indicando que no se requiere una agresión culpable (2017: p. 94). En España, se pronunciaron a favor de esta postura insignes penalistas como Antón Oneca (1986: p. 274), Jiménez de Asúa (1982: t. IV, pp. 104 y 108) y Francisco Blasco (1976: p. 162). Bacigalupo reconoce como problemático el punto sobre si puede catalogarse como agresión la acción inimputable, o del que obra por error. Sin embargo, señala que la doctrina española considera suficiente la antijuridicidad formal y puramente objetiva (1998: p. 124). Comparten esta postura Cobo del Rosal y Vives Antón, para quienes solo se requiere una agresión antijurídica (1999: pp. 509 y 510). En el mismo sentido Quintero (2002: pp. 504-503) y Cerezo Mir, para quien cabe legítima defensa en contra de inimputables y personas amparadas por causal de inculpabilidad (1997: t. II, pp. 205-206). Luzón Peña considera acertado *de lege ferenda* exigir que la agresión deba ser culpable. Pero *de lege lata* considera que solo basta con que sea antijurídica, dado que el Código español utiliza la palabra "ilegítima" la cual es sinónima de antijurídica (2002: pp. 209, 531). Más recientemente, se suma a esta postura entre los ibéricos Iglesias Río (1999a: p. 87). En la doctrina italiana se inclinan por la tesis objetiva Antolisei (1988: p. 209), Fiandaca y Musco (2006: p. 288), Padovani (2006: p. 158), Palazzo (2008: p. 402). En

Argentina, adhieren a esta postura Nino al aceptar que la agresión pueda emanar de un inimputable (2002: p. 100) y Zaffaroni, quien admite la legítima defensa contra conductas de niños e inimputables, aunque estrechando el ámbito de la respuesta defensiva en estos casos (1981: t. III, p. 596).

En contra se encuentra la concepción subjetiva, la cual exige que la agresión, además de antijurídica, sea culpable, es decir, que el atacante debe actuar con dolo o culpa. De esta manera, se exige que la agresión constituya un injusto culpable. Bajo tal óptica, no procede la legítima defensa en contra de ataques inculpables o exculpados. Conforme a ella, solo puede haber agresión a los imperativos jurídicos cuando ésta es dirigida por la voluntad de un sujeto imputable. La antijuridicidad debe provenir de una voluntad que se opone al Derecho. Solo aquellos comportamientos que resulten imputables, serían constitutivos de hechos relevantes; todo comportamiento no imputable no portaría sentido jurídico alguno (Wilenmann, 2015: p. 655). Esta idea encuentra respaldo dentro del pensamiento de Hruschka, ya que según tal autor el juicio de imputación de primer nivel (determinación si el hecho es *causa moralis*) precede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición (valoración de la conducta como jurídica o antijurídica). Solo en la medida que un acontecimiento sea un *factum*, entendido como hecho con *causa moralis*, quedará sometido al derecho positivo, siendo susceptible de ser catalogado como jurídico o antijurídico. Si el destinatario de la norma no puede cumplir el mandato contenido en ella, la norma sería torcida o cínica (1994: pp. 346-349). Excluyéndose la imputación de primer nivel para aquellos que obran sin conocimiento de los mandatos contenidos en las normas de comportamiento, tenemos entonces –bajo tal prisma- que el ataque de los niños, enajenados mentales y privados de razón, no puede ser catalogados como antijurídicos, ya que no constituyen un *factum*, al carecer de *causa moralis*.

En la dogmática alemana adhieren a la concepción subjetiva von Beling (1944: p. 27), Merkel, Janka, Dohna, y Kohler (Luzón, 2002: pp. 193 y 194). Igualmente es sostenida por Scmidhaüser y Jakobs, quien excluye la legítima defensa respecto de niños

y enajenados por falta de responsabilidad por el peligro, al no poderse imputar la conducta a su ámbito interno de organización (1995: pp. 466-467). Más recientemente es seguida por Pawlik, quien a partir de un sistema de imputación fundado sobre el concepto de sujeto como individuo que dirige su vida, sostiene que solo aquel que agrede de manera culpable niega a su víctima el derecho de poder ser sujeto de su propio plan de vida (2013a: p. 18). El profesor de Friburgo funda esta idea en la filosofía Kantiana de la *imputatio facti*, la cual reza que una acción humana solo es un *factum* cuando es elegida a partir de la ley de la libertad con libre albedrío. Por ello sostiene que la consideración o desconsideración por otro sólo puede ser expresada por quien tiene la posibilidad de orientarse fácticamente por dicha ley. La legítima defensa se reduce a los ataques subjetivamente imputables en forma plena al agresor, pues constituyen formas de desconsideración hacia otros (2013b: pp. 28 y 29). También es secuaz de esta posición Kindhäuser, para quien sólo cabe hablar de agresión antijurídica si quien agrede a otro es visto como capaz de omitir la agresión, evitabilidad que presupone capacidad de motivación y autocontrol sobre su voluntad con arreglo a las normas. Agrega que a ello no se opone el tenor de ley al exigir agresión antijurídica, pues nada dice sobre la cualidad de la agresión (2013: p. 97). En España, adhiere esta Toledo y Huerta, para quienes la agresión exige presencia conjunta de desvalor de acción y desvalor de resultado, lo primero exige dolo o imprudencia (1986: p. 217). Más recientemente, se inclina por esta postura Baldó Lavilla, para quien la agresión debe ser típicamente relevante objetiva y subjetivamente, precisando que las agresiones originadas por error o imprudencia no dan lugar a legítima defensa, sino al estado de necesidad defensivo (2016: pp. 179, 406). Para esta posición, quien repele el ataque de un inculpable obraría bajo estado de necesidad defensivo.

El derecho chileno sigue la concepción objetiva, toda vez que al igual que el Código penal español, el nuestro en su artículo 10 N° 4 circunstancia primera, emplea la palabra agresión ilegítima, la cual es sinónima de antijurídica. La amplia mayoría de nuestros tratadistas, adhieren plenamente a ella. Así, para Cousiño la agresión no necesita ser dolosa o culpable (1979: t. II, p. 251). Igualmente, Labatut considera más acertado el criterio objetivo, porque la ley se limita a exigir una agresión injusta, que no requiere ser

culpable (2000: t. I, p. 97). Para Politoff puede haber agresión enteramente inculpable, siempre que sea una amenaza al bien jurídico tutelado (2000: p. 282). En el mismo sentido Cury, para quien cabe defenderse frente a ataques exculpados por cualquier causa (1999: t. I, p. 366). La misma idea desarrolla Novoa, para quien el ataque de un loco, de un menor de edad o del que obra sin dolo o por error esencial puede constituir agresión ilegítima (2009: t. I, p. 339). En términos similares se pronuncia Etcheberry (2004: t. I, p. 253), Náquira (1998: p. 229), Bullemore y Mackinnon (2007: t. II, p. 93). Para Bustos sólo basta que se trate de una conducta humana, incluyéndose también el ataque de un inimputable (2007: t. I, p. 570), lo mismo sostuvo Bunster (1983: p. 49). Sólo es distinta la postura de Garrido, quien exige que la agresión consista en una conducta activa y dolosa (2001: t. I, p. 130).

Por lo tanto, en nuestro derecho es posible obrar en legítima defensa en contra de ataques de inimputables, de personas que obran privadas de razón, bajo miedo insuperable, bajo error, o culpa. Llevado este razonamiento a la defensa sucesiva, es posible oponer ésta a los excesos intensivos o extensivos inmediatos originados debido a perturbación mental, miedo insuperable, error, culpa, ya que todos ellos son objetivamente antijurídicos, siendo ontológicamente la conducta que se le oponga jurídica o conforme a Derecho.

Por otro lado, siguiendo la concepción objetiva puede sostenerse que quien rechaza el exceso producido por culpa, perturbación, miedo insuperable, error, infortunio, obraría bajo estado de necesidad defensivo y no bajo legítima defensa. El estado de necesidad defensivo es una circunstancia justificante conforme a la cual no obra antijurídicamente quien para conjurar un mal actual o inminente proveniente de un comportamiento humano objetivamente imputable, pero no subjetivamente a un sujeto concreto, realiza una acción necesaria de salvaguarda que afecta los bienes jurídicos de dicho sujeto, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el peligro y, que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. En cambio, cuando la acción de salvaguarda recae sobre los bienes jurídicos de un tercero que es completamente inocente

por la generación del peligro, se le denomina estado de necesidad agresivo. Ambas son circunstancias justificantes, ya que, si bien colisionan dos derechos, el ordenamiento jurídico permite salvar aquél que está en peligro de perecer, pero siempre que el mal causado –afectación de bienes jurídicos ajenos- no sea sustancialmente mayor al mal evitado. El bien jurídico de mayor valor prepondera por sobre el de menor valor, cuyo sacrificio o afectación es necesario para preservarlo. Sin embargo, en la ponderación no solo debe tenerse en cuenta el rango del bien jurídico salvado, sino que también deben considerarse la gravedad de la injerencia y la medida del peligro que el mal o la salvaguarda genera en uno u otro bien (Stratenwerth, 2016: pp. 247-248).

Cumplidos los presupuestos la acción de salvaguarda es justificada o conforme a Derecho y el afectado por ella tendrá el respectivo deber de tolerarla. En el estado de necesidad defensivo, al igual que en la legítima defensa, tal deber de tolerancia emana del principio de responsabilidad por la creación de la fuente de peligro (Baldo, 2016: p. 76). Pero dado que al sujeto no le es imputable subjetivamente la creación del mismo, la injerencia en sus bienes jurídicos queda limitada por el principio de solidaridad intersubjetiva, lo cual se traduce en nuestro derecho que el mal que se causa no puede ser sustancialmente superior al evitado. En cambio, en el estado de necesidad agresivo, dado que el tercero afectado es totalmente inocente por la creación del peligro, el deber de tolerar la injerencia en sus bienes jurídicos se funda en principio de solidaridad intersubjetiva (Wessels, 1980: p. 87/ Baldó, 2016: p. 77). Dado que en este caso el sacrificio recae sobre los bienes de un sujeto inocente, teóricamente el nivel de injerencia en éstos es más restringido que en el estado de necesidad defensivo, pues como contrapeso a la solidaridad intersubjetiva se oponen los principios de no asunción de riesgos imputables a terceros (Baldó, 2016: p. 76) y de lesión a la autodeterminación ajena (Stratenwerth, 2016: p. 250), debiendo entonces ser el mal causado no mayor que el evitado. Este es el estándar que fija el estado de necesidad justificante del N° 7 del art 10 y del inciso primero del art. 145 ambos del CP, normas autorizan el daño en la propiedad ajena para evitar un mal mayor y el ingreso a morada ajena para evitar un mal grave, respectivamente. Sin embargo, si consideramos el carácter bifronte del N° 11 del art. 10

del CP, esto es, que regula tanto el estado de necesidad exculpante y justificante -tanto defensivo como agresivo- (Cury, 2013: p. 252), no existiría en nuestro derecho diferencia en los niveles de injerencia que se autorizan uno u otro caso.

El presupuesto conceptual básico del estado de necesidad defensivo es que el mal que amenaza un peligro actual o inminente para bienes jurídicos sea reconducible objetiva pero no subjetivamente (a título doloso) a la esfera organizativa individual de un sujeto. Pero además se requiere que la acción necesaria de salvaguarda recaiga sobre la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de dicho sujeto que es objetivamente competente por la fuente de peligro (Baldó, 2016: pp. 156 y 157). Siendo el mal actual o inminente, antijurídico, la acción para conjurarlo será justificada o conforme a Derecho, siempre que mal ocasionado por la acción de salvaguarda no sea sustancialmente mayor al que se evita.

Según Luzón, puede obrarse en estado de necesidad pese a que la causa del mal sea la acción peligrosa del sujeto cuyos bienes lesiona el necesitado o la acción peligrosa del propio necesitado, siempre que la situación no sea provocada de manera intencional (2002: p. 64). Misma idea sigue Baldó Lavilla, para quien en el estado de necesidad el peligro no sólo puede provenir de fuerzas de la naturaleza, sino que también de un comportamiento humano que no pueda ser imputable a un individuo concreto, o que pueda ser objetivamente imputado a un sujeto concreto, pero no subjetivamente (2016: p. 159). Es en esta última categoría donde cabe situar las agresiones de inculpables y de exculpados. Al inculpable no le es subjetivamente imputable su agresión por carecer el mínimo de capacidad psíquica para comprender los mandatos del Derecho y determinarse conforme a ellos. En tanto que el exculpado se ve enfrentado a una situación apremiante en que intersubjetivamente es esperable que la expectativa de fidelidad al Derecho decaiga o no sea exigible. Según Baldó, en estos casos en que se requiere una oposición defensiva frente al sujeto de cuya esfera parte un peligro que le es imputable objetivamente, se siguen las reglas de estado de necesidad defensivo. Precisa que los hechos cometidos bajo error invencible o agresiones imprudentes no dan lugar a la legítima defensa sino al estado de necesidad defensivo (2016: p. 179). En el mismo sentido se pronunció Luzón Peña

señalando que frente a las acciones imprudentes peligrosas no cabe legítima defensa sino estado de necesidad defensivo. Indica que ello se funda en razones etimológicas de la palabra agresión, que presupone una acción consciente y controlada por la voluntad, una acción dirigida a lesionar, esto es, con dolo (2002: pp. 64, 161, 173, 174). En la doctrina alemana esta posición es sostenida por Pawlik, para quien el agresor inculpable no manifiesta un irrespeto absoluto por la persona del agredido, ni tampoco le niega su derecho a llevar adelante su propio plan de vida, razón por la cual debe ser tratado de manera privilegiada bajo los parámetros del estado de necesidad defensivo del art. 228 del Código civil alemán[7] (2013: pp. 18, 20, 21).

Siguiendo la postura antes expuesta, el sujeto de se excede en la defensa por miedo insuperable, perturbación, error, negligencia, obraría inculpablemente, no le sería imputable el exceso en cuanto acción antijurídica. Por lo tanto, no es procedente la legítima defensa en contra de estos excesos en la defensa, por ser agresiones inculpables. Sólo procedería su respecto el estado de necesidad defensivo. Esto significa que la acción de salvaguarda que afecte los bienes jurídicos del excedido sería subsidiaria, pues sólo se justifica si es necesaria, esto es, si no hay otro medio practicable menos perjudicial para evitar el mal producido por el exceso, cualquiera que sea. Si es posible huir, el sujeto en situación de necesidad deberá proceder a ello en lugar de desplegar una acción de salvaguarda que menoscabe los bienes jurídicos de quien incurre en el exceso defensivo. Si es necesario conjurar el mal mediante el daño a los bienes jurídicos del excedido, no se podrá causar un daño sustancialmente superior al evitado.

En nuestro derecho, algunos han sostenido que el estado de necesidad defensivo se encuentra igualmente regulado en el art. 10 N° 11 de nuestro Código penal[8], que exige

[7] En Alemania, el estado de necesidad defensivo y el agresivo están regulados, respectivamente, en los artículos 228 y 904 del Código Civil. En tanto que el Código penal regula el estado de necesidad justificante en el art. 334 y el exculpante en el art. 335. La doctrina de ese país señala que las disposiciones civiles relativas al estado de necesidad defensivo y agresivo son especiales y tiene prioridad por sobre el art. 34 del Código penal, el cual tiene sólo carácter residual (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 106).

[8] En este sentido se pronuncia Enrique Cury, para quien el art. 10 N° 11 del CP abarca ambos tipos de estado de necesidad, esto es, justificante y exculpante (2013: p. 252). Distinta es la postura de Juan Pablo Castillo, quien, rechazando el carácter bifronte de la norma, sostiene que ella tiene un carácter exclusivamente

como primer requisito para su concurrencia la existencia de un mal actual o inminente que se trata de evitar. Éste ha de entenderse como una situación de peligro grave para un bien jurídico que se busca salvaguardar (Mañalich, 2013: p. 730/ Vargas, 2013a: p. 752). Si bien nuestra doctrina ha señalado que este mal no puede provenir de una agresión ilegítima (Vargas, 2013a: p. 752), tal limitación queda en duda frente a los desarrollos de la dogmática española ya expuestos. En efecto, el mal puede provenir de una acción humana que crea un mal para bienes jurídicos, siempre que no haya sido realizada con la intención de producirlo o dolosamente. La doctrina excluye la aplicación del estado de necesidad justificante cuando la situación de peligro es creada de manera intencional o dolosa por el sujeto necesitado, pues en ese caso deberá soportar el sacrificio de sus bienes (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, pp. 383 y 391/ Politoff, Mattus y Ramírez, 2004: t. I, p. 229/ Vargas, 2013a: p. 758). En nuestro Código tal requisito se extrae de la circunstancia cuarta del art. 10 N° 11 que exige "que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí…". En cuanto al nivel de injerencia permitido en los bienes ajenos, la circunstancia tercera del citado artículo indica que el mal causado no debe ser sustancialmente superior al que se evita. Por lo tanto, el mal causado puede ser menor, igual o superior al evitado, pero en este último caso no puede ser sustancialmente superior. Siguiendo a Pawlik se puede sostener entonces que en este caso la ley insta al necesitado –por razones de solidaridad- a omitir una medida de defensa necesaria cuando ella ocasionaría de manera sustancial más daños que beneficios (2013: p. 15). Desde luego se trata de un criterio valorativo que tendrá que ser determinado por el juez en cada caso concreto tomando en cuenta el rango de los bienes en juego, el peligro para éstos y el nivel de la injerencia en uno u otro.

Por nuestra parte, consideramos que la acción de repulsa del exceso intensivo producido por culpa, error, perturbación, miedo insuperable, o caso fortuito, es constitutiva de defensa sucesiva y no de estado de necesidad defensivo. Ello por cuanto

exculpante (2016: p. 359). Por su parte, van Weezel sostiene que esta norma solo regula los estados de necesidad justificantes defensivo y agresivo, en tanto que el estado de necesidad exculpante se haya reconocido en el art. 10 N° 9 del CP (2015: pp. 353-354).

adherimos a la tesis objetiva, según la cual para la procedencia de la legítima defensa sólo basta con que la agresión sea antijurídica, sin importar el aspecto subjetivo de la conducta agresora. Siendo el exceso objetivamente antijurídico por traspasar los límites de lo permitido a título de justificación, la conducta que se le oponga será lícita o conforme a Derecho.

Considero relevante desarrollar especialmente el caso del exceso intensivo producido por un caso fortuito en las líneas siguientes. El caso fortuito está regulado en nuestro Derecho penal en el art. 10 N° 8 del CP, cuyo tenor señala que "está exento de responsabilidad criminal el que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente". Consideramos que este supuesto también constituye una agresión ilegítima susceptible de ser repelida en legítima defensa. A diferencia de lo que sostienen nuestros penalistas, que la consideran una causa de atipicidad al no existir una relación dolosa o imprudente respecto del resultado o mal producido (Náquira, 2003: pp. 145- 146/ Basualto, 2011: p. 240), estimamos que más bien se trata de una hipótesis de exculpación.

Para ello nos fundamos en la interpretación que hace Rodríguez Mourullo del número 8 del art. 8 del Código penal español de 1944, que establecía la eximente de caso fortuito en términos idénticos al Código penal chileno. El maestro español toma como punto de partida el razonamiento filosófico conforme al cual todo tiene una causa y nada es fruto del azar. Aceptar la existencia de lo fortuito o azaroso sería contrario al principio de causalidad que rige el mundo objetivo. De esta manera, el problema sobre lo fortuito debe reconducirse al mundo subjetivo, al conocimiento humano. Bajo tal óptica, denominamos fortuito a todo aquello que proviene de una causa que, por lo limitado de nuestras facultades cognoscitivas, no podemos percibir o conocer. Si bien la ciencia ha logrado sentar ciertas reglas generales que explican la causalidad, todo aquello que escape de la regla –por cruce de otras cadenas causales- se consideran una excepción a la misma o accidente. Siguiendo a Carrara, el autor hispano indica que el hecho accidental o fortuito es jurídicamente relevante cuando en su producción ha interferido una conducta humana

que coadyuva en su producción. De manera que el caso fortuito tiene una estructura compleja, ya que puede conformarse por la convergencia de un hecho natural desconocido o incalculable más la conducta del hombre, o por la convergencia incalculable de dos conductas humanas. Lo importante es que la conducta humana siempre aparezca como *conditio sine qua non* del resultado imprevisible. De lo anterior se desprende que en el caso fortuito hay un mal causado por una acción humana, existiendo nexo causal entre acción y daño, por lo cual no se trata de una causa de exclusión de la antijuridicidad. Concluye el jurista hispano que el caso fortuito es una circunstancia que excluye la culpabilidad, fundada en la ignorancia del sujeto sobre la causalidad, lo cual lo imposibilita para comportarse de modo diverso (1963: pp. 273-278).

Tomando como base el razonamiento anterior y aplicando la norma del art. 10 N° 8 del CP a nuestro objeto de estudio, tenemos que quien se defiende legítimamente, dentro de lo racional (acto lícito) y por concurrencia de una situación accidental o fortuita (curso causal desconocido) incurre en un exceso intensivo o extensivo inmediato (mal), ese exceso es objetivamente antijurídico. Sin perjuicio que pueda ser exculpado el defensor por ignorar todos los factores que inciden en el curso causal, es posible oponer defensa sucesiva para repelerlo.

El mal producido por caso fortuito cabe dentro del concepto de agresión ilegítima, por cuanto se encuadra dentro de los requisitos que se exigen para ser tal. El mismo se origina por conducta humana que amenaza o pone en peligro bienes jurídicos (Roxin, 2006: t. I, p. 611), que no necesita ser típica o constitutiva de delito para ser tal (Jiménez de Asúa, 1980: t. IV, pp. 164, 188/ Iglesias, 1999a: p. 51/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 253 / Eser y Burkhardt, 1995: p. 218) y no requiere ser dolosa o culposa conforme a la tesis objetiva ya desarrollada. Apoya este razonamiento Jescheck, para quien basta que la conducta genere un injusto resultado para que proceda la legítima defensa. De esta manera, estima que agrede antijurídicamente el conductor que pese a tomar todas las precauciones exigibles, no puede controlar su vehículo en el asfalto helado, subiéndose a la vereda y atropellando a un peatón (2002: p. 303).

En contra de lo que sostenemos, se pronuncia Luzón Peña, quien considera que el caso fortuito no constituye una agresión antijurídica, por lo que no procede en su contra la legítima defensa, pero sí el estado de necesidad (2002: p. 237). Considera el caso fortuito como una causa de justificación que excluye el disvalor de la acción, no obstante haber disvalor de resultado. Indica que el juicio de antijuridicidad debe realizarse *ex ante*, atendiendo a la corrección o incorrección de la conducta, antes de producirse el resultado (2002: pp. 228-230). No compartimos este punto de vista, por dos razones: En primer lugar, desconoce el impecable razonamiento de Rodríguez Mourullo que ya hemos expuesto, quien sitúa el caso fortuito como un caso de exculpación fundado en la ignorancia del sujeto acerca del curso causal, dada la limitación del ser humano para percibir todos los posibles cursos causales que pueden interferir en su conducta. En segundo lugar, si seguimos el propio razonamiento de Luzón, tendríamos que en el caso fortuito subsiste la antijuridicidad material de la conducta, ya que produce un mal que daña bienes jurídicos ajenos, lo cual hace imposible sostener la justicia del acto.

En vista de todo lo expuesto, podemos decir que el problema de la defensa sucesiva se mueve dentro del primer nivel de reglas denominadas normas de conducta o de comportamiento. Siendo el exceso intensivo objetivamente antijurídico, la defensa sucesiva constituye una norma permisiva que autoriza para repeler lícitamente tal exceso. Siendo objetivamente lícita la defensa sucesiva, resulta inoficioso analizarla a la luz del segundo nivel de reglas denominadas normas de imputación, dentro de las cuales se encuentran las reglas de exculpación fundadas en el principio de exigibilidad.

Sin embargo, en los sistemas tripartitos el requisito de falta de provocación suficiente obsta al reconocimiento de la defensa sucesiva como causa de justificación plena, dado que se estima que no concurre uno de los requisitos de la permisión. En los ordenamientos que contemplan la atenuante de eximente incompleta, se le considera una subespecie de defensa degradada o incompleta. Quien obra en defensa sucesiva, solo obra con menor grado de injusto o antijuridicidad –según la postura que se siga- viendo disminuida la penalidad de su conducta. En tanto que en los ordenamientos que no

contemplan dicha atenuante, se estima que puede reconocerse en favor del defensor sucesivo la exculpante de no exigibilidad de otra conducta cuando repele un grave riesgo para su vida o integridad corporal.

2. Tratamiento propuesto por la dogmática de países que siguen la tradición germana.

El Derecho penal alemán, al regular los requisitos de la legítima defensa, ha seguido el sistema bipartito, al exigir como requisitos para su procedencia la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio defensivo[9]. Han adherido a esta tradición que llamaremos germánica (aunque más propiamente tendríamos que llamar romano-canónica), el Derecho penal italiano, brasileño y colombiano. Veamos brevemente como se desarrolló históricamente dicha tradición.

El origen de este sistema bipartito se encuentra en el Derecho romano. Durante la etapa clásica en Roma sólo se exigía la existencia de una agresión ilegítima manifestada en la existencia de un acometimiento físico. Cicerón proclamaba la existencia de un derecho a repeler la fuerza con la fuerza –*vim vi repellere licet*-, el cual emanaba de una ley no escrita ínsita en la naturaleza humana. Según el Digesto, se autorizaba dar muerte al ladrón que a mano armada cometía *furtum diurnus*, siempre que previamente el agredido pidiera auxilio mediante gritos a los vecinos. En las XII Tablas -*Tabula VIII*-, se autorizaba dar muerte en todo caso al ladrón que cometía *furtum nocturnus*, pues la nocturnidad operaba como presunción de necesidad de defensa por encerrar un peligro de muerte para el atacado. Se exigía que la reacción defensiva tuviera lugar durante el ataque según la *Lex De vi et armata.* Posteriormente, y debido al avance del cristianismo, esta concepción ilimitada de defensa, será reemplazada por otra que exigirá proporcionalidad en los medios de defensa, apareciendo entonces el requisito de *moderamen inculpae tutelae* en la Constitución de Diocleciano y Maximiliano (año 290 D.C.). Durante el Bajo

[9] *StGB § 32. Legítima defensa. 1) Quien cometa un hecho que sea imperioso para ejercer una legítima defensa no actúa antijurídicamente. 2) La legítima defensa es la defensa necesaria para repeler una agresión actual antijurídica contra sí mismo o contra un tercero* (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 90).

Imperio se elimina la presunción de peligro para el afectado por el *furtum nocturnus*, limitándose la amplitud defensiva en este caso, según indica Ulpiano en el *Digesto Ad legem Corneliam* (Iglesias, 1999b: pp. 43 a 45). De esta manera, quedaron configurados los dos requisitos básicos de la institución, los que durante la Edad Media serán desarrollados por los glosadores, canonistas y por los prácticos italianos.

Durante la época antigua e inicios de la Edad Media, la legítima defensa fue desconocida en el Derecho germánico, que sólo reconocía el derecho a la venganza privada o de la sangre (*faida o fehde*) y la composición como forma de evitar la primera. Estas prácticas bárbaras fueron eliminadas en tanto se va reforzando la organización estatal (Iglesias, 1999b: pp. 48-49). Es así como los requisitos de la legítima defensa creados por el Derecho romano y desarrollados por los gloradores y prácticos italianos, son recogidos en el Derecho germánico en la Constitutio Criminalis Bambergensis (1507) y posteriormente pasan a la Constitutio Criminalis Carolina (1532) donde la *faida* es reemplazada por la legítima defensa (*Notwehr).* En este cuerpo legislativo se exigían como requisitos para la defensa: la agresión actual, súbita e inesperada, violenta, mediante armas mortales o bien que el agresor posea gran fortaleza física. A todo se agrega que el defensor no pudiera huir cómodamente (*necessitas inevitabilis*), lo cual convertía la legítima defensa en subsidiaria. Verificados los requisitos se podía dar muerte al agresor, pues no se exigía proporcionalidad.

Tal amplitud en la defensa será limitada por el Código de Derecho General Territorial Prusiano de 1794. En su § 517 establece el derecho de repeler una agresión ajena, pero en forma adecuada y en su § 520 establece el principio de proporcionalidad al exigir que el medio para repeler el daño este en proporción con el causado. Sin embargo, el § 523 exigía la obligación de evitar la agresión, con lo cual subsiste el requisito de subsidiaridad. El sistema bipartito se mantendrá en el Códigos bávaro de 1913 y prusiano de 1851. Sin embargo, el Código del Imperio de 1871 en su § 53 solo exigirá la agresión actual, no imponiendo límite alguno a la defensa. Este Código sufrió diversas modificaciones, la más relevante fue el año 1975 donde se reformó la Parte general.

En los Estados que conforman la actual Italia, igualmente se recepcionó la legítima defensa del Derecho romano, el cual fue luego desarrollado por los glosadores y prácticos italianos durante la Edad Media y Edad Moderna. Descatan las obras de Tomás de Aquino (*Summa Teologica* 1274), Prospero Farinaccio (*Praxis et Thericae Criminalis* 1603) y Julio Claro (*Opera omnia sive practica civilis atque criminalis* 1656). De este modo, la escuela italiana divide la cláusula canónica del *moderamen inculpae tutelae* en tres partes: *moderamen en circa causam* (la defensa no debe obedecer a un acto de venganza); *moderamen circa tempus* (la defensa debe ser coetánea a la agresión) y, en tecer lugar, *moderamen circa modum* (proporción en los medios defensivos). Este esquema se mantendrá vigente hasta el siglo XVIII (Iglesias, 1999b: p. 62).

Dentro del primer requisito *moderamen in causa*, el Derecho canónico y la doctrina italiana entienden que incumple este requisito de legitimidad en la causa el *auctor rixae o auctor pugnae.* No se excusa de pena a quien ha condicionado la agresión intencionalmente (*ut offeneratur*), pues queda deslegitimado en la causa, conforme al principio *versari in re illicita.* Se trata de un caso de exceso en la causa. Se cita el ejemplo del adúltero que, sorprendido por el marido *in ipsus rebus veneris*, no tiene más remedio que matarlo para salvar su propia vida. En estos casos no había una respuesta punitiva unánime, algunos castigaban con la misma pena del homicidio, en tanto que otros como Böehmer reconocían una circunstancia atenuante para el *auctor rixae* (Iglesias, 1999b: p. 97/ 1999a: p. 447).

En consecuencia, el esquema tripartito surge como obra del Derecho canónico y prácticos italianos, quienes adicionan al sistema bipartito romano el *moderamen causa*. Sin embargo, este esquema tripartito fue abandonado en los modernos Códigos italianos. Así, el Código Zardanelli de 1889 adopta el sistema bipartito al exigir en sus artículos 49 N° 2 y 50, como requisitos de la legítima defensa, la existencia de una violencia actual e injusta y que su ejercicio no excediera el límite impuesto por la necesidad, sin hacer

referencia alguna a la falta de provocación suficiente[10]. Mismo esquema bipartito se repetirá en el Código Rocco de 1930, vigente hasta la actualidad.

A continuación, veremos el tratamiento que se ha dado a la defensa sucesiva en los países cuya legislación sigue el sistema bipartito.

a). Derecho penal alemán.

En relación a la defensa contra el exceso intensivo es posible distinguir en la doctrina alemana dos periodos: el primero que va desde fines del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, y el segundo que parte desde los años sesenta del siglo pasado hasta la actualidad. En cada uno de ellos la forma de abordar nuestro tema de estudio es distinta, según veremos.

Durante el primer periodo la doctrina alemana se pronunció a favor de la defensa sucesiva sin limitación alguna. Tal posición tiene como trasfondo la no aceptación de la provocación suficiente como elemento que deslegitime al provocador para actuar en defensa del Derecho. El Código de 1871 no hacía mención alguna a tal requisito. De manera que la provocación no eliminaba el carácter de antijurídico a la agresión, siendo procedente obrar en legítima defensa. Salvo cuando la provocación era cometida intencionalmente con el propósito de realizar un ataque bajo pretexto de legítima defensa. Sin perjuicio de ello, la inclusión del requisito de falta de provocación estuvo siempre en discusión en los diversos debates de reforma al Código penal que tuvieron lugar los años 1911, 1936, 1962. Finalmente, se consideró superfluo regularlo expresamente (Iglesias, 1999b: p. 181).

Fueron partidarios de la admisión de la defensa sucesiva Albert Friedrich Berner, Franz von Listz, Adolf Merkel y von Hippel. El primero admite la defensa sucesiva en

[10] *Códice penale Zardinelli 1889: art. 49. Non é punibile colui che commenso il fatto: 2° Por esservi stato costretto dalla necessitá dí respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta.*
Art. 50. Colui che, commentendo un fatto nelle circostanze prevenute nell articolo precedente, ha ecceduto i limiti imposti dalla legge, dall autoritá o dalla necesita, é punito…

frente al exceso intensivo y al extensivo posterior inmediato. Según Berner, el exceso intensivo tendría lugar cuando quien tiene derecho a la defensa excede la medida de la injerencia permitida, siendo su ataque en esa misma medida antijurídico, de suerte que el agredido estaría facultado para protegerse de dicho exceso. Igualmente, admite la defensa contra el exceso intensivo *ab initio*, al señalar que cuando el injuriado procede violentamente contra el ofensor, éste queda habilitado para defenderse. Respecto del exceso extensivo posterior, es claro en indicar que asiste el derecho de defensa propia al agresor vencido, frente al agredido triunfante que prosiga con su ataque. En ese punto precisó que la victoria, sea quien fuere el que la obtenga, es el término natural de la situación de defensa, es el límite entre el *moderamen* y el exceso. La prosecución de la violencia más allá de ese límite sería venganza punible. Todo lo que excede de la defensa, todo aquello que ocurre en venganza del agresor, queda al margen de los límites de la legítima defensa y lo faculta para defenderse a su vez (2020: pp. 10, 11, 31). Para von Listz la legítima defensa no puede exceder los límites de la repulsa absolutamente necesaria y el exceso constituye una acción ilegítima, quedando sujeto a las reglas generales (2006: pp. 231 y 232). En tanto, Merkel sostuvo que puede darse una segunda defensa legítima contra una primera defensa legítima exagerada (1906: pp. 169, 170, 234).

Adhiere a esta tesis, ya durante el siglo XX, Max Ernst Mayer, indicando que a menudo acontece que el agredido exagera su defensa, lo que pasa, por ejemplo, cuando sigue embistiendo al adversario después que éste ha quedado indefenso. Agrega que tal extralimitación de la defensa necesaria es antijurídica y puede, por ende, ser rechazada mediante legítima defensa (2007: p. 351). Posición que luego es compartida por Mezger quien, junto con admitir la legítima defensa en favor de quien provoca el ataque -salvo que lo provoque intencionalmente para agredir bajo pretexto de defensa-, señala que: “la legítima defensa, que no puede darse contra la legítima defensa, se admite, en cambio, frente al exceso en la misma” (1958: pp. 169, 170, 271). Esta misma idea es compartida por Sauer (2016: p. 102).

Por su parte, Hans Welzel no se pronuncia expresamente sobre la defensa contra el exceso, sólo de manera general señala que el derecho de legítima defensa protege también a quien ha provocado la agresión, pero se elimina cuando se provoca intencionalmente para lesionar al agresor bajo apariencia de defensa necesaria. Sin embargo, señala que no hay legítima defensa entre dos sujetos resueltos en pelea, pero que la situación es distinta si uno de ellos sobrepasa la medida de la lucha, extrayendo un cuchillo. Indica que el exceso en la defensa es antijurídico, pero que atenúa la culpa del excedido (1956: pp. 94 y 95).

Posteriormente, ya durante los años cincuenta, Maurach y Zipf se pronuncian también a favor de la defensa sucesiva, señalando que sólo existe legítima defensa cuando la acción defensiva es necesaria para evitar la agresión. Indican que si el agredido transgrede la medida de la defensa necesaria frente al agresor, el exceso en la reacción defensiva que rebase la proporción entre la agresión y defensa es antijurídico, con la consecuencia que, en dicha medida, el agresor original tendrá la posibilidad de ejercer a su vez legítima defensa (1994: pp. 577 y 578).

Sin embargo, esta corriente de pensamiento cambia a partir de la década de los años sesenta, con la adopción por parte de la jurisprudencia alemana de las denominas restricciones ético-sociales a la legítima defensa. Estas surgen debido a que resultaba necesario introducir un regulador ético-social que limitara el alcance de la máxima hegeliana de que "el Derecho no necesita ceder ante lo injusto". Tal máxima se fundaba en las ideas liberales decimonónicas en que la libertad personal y la propiedad primaban por sobre cualquiera consideración de tipo social o comunitaria. En base a ella la necesidad de la defensa sólo se determinaba de acuerdo con la clase e intensidad de la agresión, lo cual desembocada en una severidad insoportable, dominada por una moral homicida, demasiado aguzada y no conciliable con los deberes sociales (Henkel, 2008: pp. 79-80). Ejemplo sobresaliente de la aplicación de tal severidad fue la sentencia del Reichsgericht 55,82 del 20 de septiembre de 1920 que justificó el disparo mortal efectuado por el dueño de un huerto para impedir la huida de un ladrón de frutas.

Este cambio se gestó de manera paulatina en el derecho alemán a contar del siglo XX, comenzando primeramente por la irrupción del neokantismo que permitió interpretar las normas en base a criterios teleológicos-racional valorativos. Igualmente, el desarrollo de la idea de conceptos regulativos, tales como agresión ilegítima, necesidad, permitía realizar una interpretación más amplia de la legítima defensa, abandonando las interpretaciones rígidas del positivismo, permitiendo una mejor resolución del caso concreto. Ello hizo posible considerar para la resolución de los mismos, criterios valorativos, culturales y político-criminales. A todo ello se sumó el cambio del pensamiento en materia de derechos fundamentales que opera con posterioridad a la II Guerra Mundial, a consecuencia de las atrocidades cometidas en ese contexto histórico en Alemania. Surge así la consagración del principio de dignidad humana, reconocido constitucionalmente en el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en virtud del cual el Estado se obliga a proteger y respetar la misma. En consecuencia, la defensa del Derecho como idea absoluta queda limitada por la consideración que se debe tener por la protección del ser humano.

Siguiendo esta nueva línea de pensamiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán establece casos en que la legítima defensa opera sujeta a restricciones ético-sociales, es decir, limitaciones que toman en cuenta a la persona del agresor. Estos casos son los ataques que provienen de personas en evidente estado de inimputabilidad, borrachos, niños, parientes, casos de extrema desproporción entre bien agredido y el que se vería afectado por la defensa, y agresiones provocadas. Respecto de estas últimas, fue relevante el fallo del Tribunal Supremo Federal de fecha 01 de agosto de 1961, que consideró como provocación el hecho que el acusado regresara a su propia casa, lugar donde aún permanecía una persona con quien horas antes había tenido una disputa, porque de ese modo hubiese evitado la pelea que condujo a consecuencias fatales. Esta sentencia fue criticada ya que consideraba como provocación una acción lícita. El criterio fue corregido en la sentencia BGH 24, 356 del 14 de junio de 1972, al resolver que la conducta provocadora debía consistir en una conducta desaprobada y reprochable jurídicamente (Iglesias, 1999b: p. 182).

Frente a todos los casos antes aludidos, la jurisprudencia ha establecido que la defensa está limitada por la denominada teoría de los tres niveles (elusión, protección defensiva y resistencia defensiva) o "*Drei Stufen Theorie*", la cual establece una secuencia escalonada o progresiva del ejercicio de la defensa: en primer lugar el agredido deberá alejarse, eludir el ataque; en segundo lugar, si hay riesgo de lesiones, debe ejercer una defensa protectiva (*Schutzwehr)* empleando medios defensivos no peligrosos, debiendo soportar perjuicios leves; en tercer lugar, si hay riegos de lesiones graves o para la vida, podrá ejercer una defensa activa o contraataque (*Trutzwehr*), en la cual deberá elegir el medio menos lesivo entre los disponibles (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 98/ Iglesias, 1999b: p. 184). Para Roxin el segundo nivel consiste en que el agredido debe buscar auxilio ajeno, ya sea estatal o de un particular (2006: t. I, p. 638). Para Jakobs la defensa protectiva es aquella que lesiona bienes del agresor sólo de manera accesoria. Por ejemplo, cerrar la puerta ante su cometida pillándole los dedos (1995: p. 472). De no respetarse estos tres pasos, la defensa ejercida será calificada como abusiva (Iglesias, 1999b: p. 184), negándose la justificante.

Estas restricciones ético-sociales formuladas por la jurisprudencia, fueron más tarde recogidas por el legislador alemán, que en una reforma del año 1975 introdujo al § 32 del Código penal el elemento que la defensa sea requerida o indicada (*Gebotenheit*). La comisión legislativa a cargo de tal modificación dejó constancia en sus actas que la legítima defensa por razones ético-sociales requiere de una limitación en casos en que no requiere una justificación, tales como ataques de niños o enfermos mentales, o casos en que se puede evitar la agresión mediante fuga, sin que se vea menoscabado el honor. En estos casos la defensa no estaría requerida o indicada (Roxin, 2006: t. I, p. 635). El termino *Gebotenheit*, en cuanto concepto regulativo o jurídicamente indeterminado, viene en constituir una válvula de escape que utilizar frente a casos limite (Iglesias, 1999b: p. 180), permitiendo limitar el derecho a defensa en los casos ya señalados[11].

[11] El profesor brasileño Juárez Tavares adiciona dos casos en que también se aplican las restricciones ético sociales: las agresiones culturalmente motivadas contra el patrimonio y las agresiones en que el agredido se encuentra en una posición de garante respecto del agresor (2018: p. 340).

Diversos fundamentos se han dado para sostener las restricciones ético-sociales. En primer lugar, se indica que el componente preventivo general de mantenimiento de la paz social retrocede notablemente cuando el ataque proviene de inimputables, de provocación, de personas con quien se tiene estrechas relaciones personales, o de ataques de bagatela (Iglesias, 1999a: pp. 262-263/ Zilio, 2012: p. 278). Esto se basa en la idea que la legítima defensa cumple, al igual que la pena, una función preventivo general. De esta manera, la amenaza o conminación de repulsa mediante la fuerza de toda agresión ilegítima no tendría efecto en contra de inimputables, o su efecto sería mucho menor, dada su incapacidad de conocer y determinarse conforme a Derecho. En consecuencia, el fundamento supraindividual de la legítima defensa, esto es, la protección y prevalecimiento del Derecho, es sustancialmente menor en estos casos (Roxin, 2006: t. I, pp. 637-638). Ello exige restringir la defensa en su ejercicio a fin de causar el menor daño posible a este tipo de agresor. En segundo lugar, se indica que la defensa está limitada por el principio de preservación de la vida humana y evitación de daños, que dentro de la sociedad democrática que rige las relaciones entre Estado y ciudadano, como las relaciones entre ciudadanos. El Derecho penal actúa justamente frenando la violencia que surge en esas dos relaciones y no podría actuar agravando la misma (Zilio, 2012: pp. 275 y 278). Respecto de la defensa del provocador, se entrega un fundamento especial. Se indica que en este caso hay culpa del provocador en cuanto a la creación de la situación de peligro. La agresión antijurídica en la cual el atacado no tiene culpa, es aquella que justifica la defensa, ya que aquella afecta el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad. Estos sentimientos no se ven afectados en la agresión provocada, ya que el provocador tiene la posibilidad de evitar la situación de peligro mediante un comportamiento pacífico y adecuado (Roxin, 2006: t. I, p. 642).

Por lo tanto, la provocación previa de parte del agredido aparece como una limitación ético-social a la legítima defensa. Ello significa que frente a la agresión ilegítima el provocador deberá primero tratar de eludirla, si ello no es posible deberá ejercer una defensa protectiva, solo en caso de grave peligro de muerte o lesiones graves

podrá ejercer una defensa activa, pero empleado los medios defensivos menos lesivos que tenga a su disposición.

Pese a este desarrollo jurisprudencial, la situación no es tan clara dentro de la doctrina alemana, por cuanto algunos autores señalan que la limitación ético-social sólo se aplica al provocador no intencional. Respecto del provocador intencional, se niega el derecho a legítima defensa. Sin embargo, aun en este último caso, se sostiene que el provocador intencional no puede ser obligado a soportar impávido un ataque contra su vida.

En efecto, Roxin distingue entre el provocador intencional y el provocador no intencional. Respecto de la provocación intencional, entendida como aquella realizada para poder dañar al provocado bajo la protección de legítima defensa, niega la procedencia de la legítima defensa, siempre esa provocación sea antijurídica, esto es que menoscabe un bien jurídico del provocado. En este caso el provocador intencional no requiere protección del Derecho frente a la autopuesta en peligro dolosa que él mismo ha preparado, pues no obra para hacer prevalecer el Derecho. En cambio, el provocador no intencional, entendido como aquel que lo hace sin intención de agredir bajo el manto protector de la legítima defensa, puede repeler la agresión bajo legítima defensa, pero sujeto a las restricciones ético-sociales. En este caso, el interés del prevalecimiento del Derecho existe, pero es menor. Esta distinción se funda en diversos fallos de tribunales alemanes que han sostenido que cuando el agredido ha tenido culpa en la agresión debe esquivar el ataque, no puede poner en práctica una defensa agresiva en tanto sea suficiente una defensa que contenga al agresor, debiendo soportar daños y lesiones de poca entidad (2006: t. I, pp. 639- 643).

En términos similares, Eser y Burkhardt distinguen entre provocación intencional e inmisión culposa de una situación de riesgo. Para la primera niegan la procedencia de la legítima defensa, salvo que el provocador no pueda eludir la agresión provocada. El fundamento de ello radica en que la provocadora intencional obra con abuso del derecho y, por otro lado, en la teoría del *actio ilícita in causa*. En cambio, para los casos de

agresiones producidas por inmisión culposa de una situación de riesgo, entendida como una situación de legítima defensa ocasionada por un proceder culposo, es procedente la legítima defensa, pero limitada en cuanto a los medios defensivos. Incluso puede exigirse al provocador culposo que evite ejercer la defensa. En este caso, hay un menor interés en la preservación del Derecho, por cuanto el agredido ocasionó la agresión por un comportamiento previo desaprobado (1995: pp. 239 y 240).

El profesor Fritz Loos admite la aplicación de la teoría de los tres niveles para el provocador, señalando que este, en todo caso, deberá tolerar daños menores. Indica que el fundamento de ello radica en que el defensor comparte la responsabilidad por el conflicto desencadenado por la provocación, y su defensa no puede sustentarse en el principio de conservación del Derecho. Sin embargo, el autor advierte que esta jurisprudencia fue criticada por parte de Mitsch, Frister y Renzikowski, quienes objetan la limitación del derecho de defensa del provocador, pues sostienen que el agresor no merece protección, porque con su agresión antijurídica, él mismo se habría puesto en peligro de ser lesionado por una acción de defensa. El agresor tampoco se encuentra en una situación de necesidad luego del comienzo de su agresión, ya que podría proteger la integridad de sus bienes jurídicos abandonando la agresión. Según Loos, esta argumentación se vuelve más plausible si se toma en cuenta la doctrina general de interrupción de la imputación por la conducta de auto-puesta en peligro voluntaria y consciente del lesionado (2009, pp. 257-265).

Para Jescheck y Weigend la provocación intencional constituye un límite ético-social a la legítima defensa que excluye dicha justificante, ya que en este supuesto el defensor no obra en salvaguardia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, agregan que no se puede negar completamente al provocador el derecho a legítima defensa, sino tan solo exigirle que omita la agresión incluso a costa de una lesión corporal leve. Si fuere imposible eludir el ataque, entonces el provocador puede ejercer la legítima defensa, porque el Derecho no puede colocarlo en una situación sin salida, en la que tenga que elegir entre la renuncia a su integridad corporal y su vida o sufrir una pena. La pena sería

aplicable a la acción provocadora siempre que ella sea punible. Para el caso de provocación culposa, señalan que el interés en la afirmación del Derecho se reduce, pero no queda excluido, el provocador debe renunciar a una acción defensiva que sea muy peligrosa y esforzarse por apaciguar la situación. La lesión grave al agresor solo se admite cuando el defensor no pueda evitarlo ni tampoco alcanzar un medio defensivo de menor entidad. Por último, reconocen que la legítima defensa provocada otorga un derecho limitado a la legítima defensa, si el agredido no puede evitarlo, caso en el cual también puede aplicarse el § 33 del Código alemán (2002: p. 531).

Por su parte, Jakobs señala que la provocación suficiente devalúa los bienes que el provocador pone en juego, ya que imputablemente se ha introducido en una situación de conflicto y para solucionarlo debe soportar parte de los perjuicios necesarios. Según este autor, ello se deriva del texto del § 33 del Código penal alemán, que renuncia a la pena en el exceso en la legítima defensa y del § 213.1 del mismo Código, que atenúa la pena del homicidio cuando se comete bajo ira producida por una ofensa de la víctima[12]. Para Jakobs el coste de la solución del conflicto debe soportarlo o compartirlo (en su caso) quien ha creado el peligro. Sin embargo, señala que el derecho de defensa no decae del todo, pues el agresor también es responsable del conflicto, de modo que la solución del conflicto no solo debe soportarla el provocador. Indica que frente a casos de agresiones recíprocas, ofensor y ofendido tienen derecho limitado a la defensa, dado que hay responsabilidad recíproca. Da un ejemplo: así como el ofensor sólo tiene derecho limitado a la defensa si el ofendido reacciona dándole puñetazos, del mismo modo el ofendido solo tiene derecho limitado a la defensa cuando el ofensor, incurriendo en exceso, para repeler los golpes toma un cuchillo. Para Jakobs sólo está justificado aquello que es necesario para la defensa. Agrega que, en estos casos de culpabilidad de ambas partes, la defensa necesaria

[12] *§ 33. Exceso en la legítima defensa. Si el autor excede los límites de la legítima defensa por turbación, temor o susto, no será penado* (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 140).
§ 213. Caso leve de homicidio. Si el homicida sin culpabilidad propia fue excitado a la furia por medio de malos tratos hechos a él o a un pariente o por graves insultos por parte de la persona muerta y con esto incitado de inmediato al hecho o si de lo contrario se presenta un caso de menor gravedad, entonces el castigo es de un año hasta diez años (López, 1999: p. 78).

debe determinarse teniendo en cuenta los criterios del estado de necesidad defensivo, de lo que se deduce que el agredido debe esquivar el ataque en la medida de lo posible y mantenerse dentro de la proporcionalidad de bienes propia del estado de necesidad defensivo. Por último, Jakobs considera provocación sólo el comportamiento que fundamenta la co-responsabilidad por el ataque, tal es el caso de un ataque antijurídico del provocador, que a su vez desencadena un contraataque –excesivo o como defensa necesaria-. En este caso, indica que ambos sujetos configuran y participan de una relación antijurídica, pues ceden conjuntamente a lo agresivo (1995: pp. 484 a 487).

Bockelmann y Volk reconocen el derecho de legítima defensa en favor del provocador en cualquier caso. Argumentan que cuando la provocación no llega al punto de convertirse en una agresión antijurídica, lo que hay es sólo un comportamiento moralmente reprochable, pero no una acción prohibida por la ley. Indican que el provocador, al igual que un policía casualmente presente en el momento de la agresión, podría actuar en contra del agresor (2007: p. 115).

Por su parte, Hilgendorf y Valerius señalan que la posición dominante niega la procedencia de la legítima defensa al provocador intencional, pero estiman que tal solución es desproporcionada pues lo deja sin protección, considerando que hay una agresión de parte de la ulterior víctima que pudo haberse resistido a la provocación. Señalan que, debido a ello, otro sector admite para el provocador intencional la teoría de los tres niveles (2017: p. 100).

Wessels rechaza la procedencia de la legítima defensa respecto de provocaciones intencionales para lesionar bajo pretexto de legítima defensa. Respecto de las otras provocaciones reprochables acepta la limitación ético-social, al señalar que el provocador debe primero evitar la agresión, luego recurrir a acciones defensivas no agresivas. Pero indica que no se puede exigir al provocador que soporte lesiones relevantes, si no le queda otra posibilidad, está permitido usar armas, y en caso extremo matar al agresor (1980: pp. 97 y 98).

Para Stratenwerth la provocación intencional o dolosa constituye un límite ético-social a la legítima defensa, pues quien es responsable de la agresión ya no defiende el Derecho ante lo ilícito. Respecto de la provocación no querida (culposa), señala que se han planteado como posibles soluciones que el provocador primero debe eludir la agresión y agotar las posibilidades de una defensa protectiva antes de pasar a una defensa agresiva, o bien responder a título de culpa por la producción de la situación de defensa. Cabe señalar que este autor considera antijurídico el exceso intensivo en la defensa, señalando que cuando puede repelerse al agresor mediante una lesión, no puede ser muerto (2016: pp. 235, 237 y 238).

Igualmente, Frister distingue entre provocación intencional y provocación culpable. Respecto de la primera señala que se encuentra completamente excluido el derecho de legítima defensa. Respecto de la provocación culpable, señala que el provocador deberá ejercer una defensa de protección en lugar de una de reacción. Indica que ello significa que deberá eludir la agresión o bien utilizar medios de defensa tenues, aun cuando estos no garanticen el término inmediato de la agresión. Solo cuando estos medios sean insuficientes para repeler la agresión, recobrará el derecho a legítima defensa en plenitud. Para este autor quien provoca y luego en defensa lesiona al agresor, ha causado ese resultado típico también por medio de la provocación. Indica que ello se funda en la teoría del *actio ilícita in causa*. Pero admite la legítima defensa del provocador cuando mediante su actuar éste realiza un interés digno de ser protegido. Por ejemplo, un hombre violento amenaza a otro con golpearlo si vuelve a concurrir a una taberna, no obstante, éste vuelve a concurrir al lugar desatando la ira del primero (2011: pp. 334-335).

No obstante lo anterior, la doctrina germana contemporánea se ha pronunciado expresamente en favor de la defensa sucesiva cuando la reacción defensiva es completamente desproporcionada en relación a los bienes jurídicos inicialmente afectados por el ataque. Sostienen esta posición Roxin, Jescheck y Weigend. El primero afirma que frente a reacciones defensivas totalmente desproporcionadas (intento de asesinato contra daños leves), las facultades defensivas del agresor no sufren reducción alguna (2006: t. I,

p. 644). En el mismo sentido los segundos, quienes señalan que no es exculpable una extralimitación completamente desproporcionada sobre los límites de la legítima defensa (disparo mortal para repelar una bofetada). Precisando más el punto dan un ejemplo: tras un duro intercambio de palabras el autor es atacado simplemente con las manos por su rabioso adversario; aquél se defiende con un cuchillo al no atreverse a hacerlo con los puños, a pesar de tener manifiesta superioridad física sobre el agresor (2002: p. 530).

Finalmente, se pronuncia en favor de la defensa sucesiva Herzog, quien comentando el Código penal alemán, sostiene que "es permitida la defensa contra un exceso en la defensa, la defensa putativa y el ataque de enfermos mentales, ebrios y niños a todo lo cual, naturalmente, el requisito de ser la defensa indicada traza límites normativos". Luego, el autor analiza los límites normativos para cada uno de estos casos, salvo aquellos de la defensa contra el exceso (2005: pp. 1155-1156).

En síntesis, se observa que la jurisprudencia y parte de la doctrina alemana del que hemos denominado segundo periodo, reconocen el derecho de legítima defensa al provocador no intencional, pero sujeto ciertas condiciones o limitantes ético-sociales (teoría de los tres niveles). Tomando ello en cuenta, si se considerare que la agresión previa es provocación del exceso intensivo en la defensa, el inicial agresor tendría derecho a la legítima defensa sucesiva contra el exceso, pero sujeto a dichas limitaciones.

Lo anterior significa que frente al exceso intensivo en la defensa el inicial agresor deberá en primer lugar tratar de eludir el ataque. Si ello no es posible, deberá ejercer una defensa protectiva o buscar ayuda estatal o de un tercero. Si todo ello no fuese suficiente para salvaguardar los bienes jurídicos afectados por el exceso, recién podrá ejercer una defensa coactiva, pero debiendo optar por el medio defensivo menos lesivo. Incluso se sostiene que en este supuesto el provocador deberá soportar leves daños antes de ejercer una defensa coactiva. Si consideramos que la defensa es esencialmente la repulsa de la agresión, tenemos entonces que la aplicación de la teoría de los tres niveles transformaría en subsidiaria la legítima defensa frente a las hipótesis en que ella tiene lugar –entre los cuales está la provocación-, pues la repulsa o reacción coactiva sólo es admisible cuando

los dos primeros niveles resulten insuficientes para la salvaguarda de los bienes afectados. De esta manera, la defensa limitada ético-socialmente estaría sujeta a los parámetros del estado de necesidad, dado que exige previamente buscar un medio menos perjudicial de salvaguardar los bienes afectados, siendo acertado lo apuntado a este respecto por Jakobs.

Por otro lado, de seguirse la postura de los autores del primer periodo, que no aceptan limitaciones al derecho de defensa del provocador, la defensa sucesiva no estaría sujeta a ninguna condición para su ejercicio. Sin embargo, tal postura aparece abandonada a la luz de la mayoritaria aceptación doctrinaria de las limitaciones ético-sociales.

No obstante, hoy en día se admite la defensa sucesiva frente a reacciones defensivas totalmente desproporcionadas, lo cual tiene lugar cuando hay una crasa diferencia entre el bien jurídico afectado por el ataque y aquel afectado por la reacción defensiva, o bien entre el grado de afectación de uno u otro.

b). Derecho italiano.

El actual Código penal italiano, vigente desde 1930, también regula la procedencia de la legítima defensa en base al sistema bipartito[13]. No obstante, la doctrina italiana ha sido fluctuante y dividida en orden a admitir la defensa sucesiva y la defensa del provocador, siendo este último un tema bastante problemático. Ello queda en evidencia al analizar una panorámica de las distintas opiniones al respecto.

Durante el siglo XIX nos encontramos con la postura de Carrara, quien negaba la legítima defensa para el provocador, ya que consideraba que existía injusticia en la causa. El maestro de Pisa señalaba como ejemplos el caso del amante de la mujer adúltera y el ladrón sorprendidos *in fraganti*, los cuales no podían obrar en defensa legítima contra el marido o el dueño que les agrede, dado que el peligro que corren era consecuencia de un acto que se les puede reprochar (2000: t. I, p. 163). Esta posición es compartida por Pessina, para quien la defensa debe ser legítima en su causa, no pudiendo tenerse por

[13] *Art. 52. No es punible quien haya cometido el hecho constreñido a ello por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra el peligro actual de una ofensa injusta, siempre que la defensa sea proporcionada a la ofensa.* (Antolisei, 1988: p. 207).

inculpatae tutelae la de aquél que se ha puesto con su acción ilegítima en condición de ser ofendido. Por otro lado, reconoce que todo exceso en la defensa constituye un delito, pero atenuado por la situación de defensa (1871: pp. 179 y 180). En similares términos se pronuncia Alimena, para quien la legítima defensa no tiene lugar cuando quien pretende invocarla la ha provocado u ocasionado de cualquier modo (1915: p. 140). Sin embargo, admitía la defensa contra el exceso extensivo posterior inmediato (1896: pp. 56-57). Más extremo es Impallomeni, para quien el provocador debía responder a título de culpa por el homicidio o lesiones ocasionadas para repeler la agresión causada por él (1916: p. 306).

Lo inflexible de la posición de este primer grupo de penalistas, cambia con Manzini, quien sostiene, en principio, que no cabe legítima defensa cuando hay provocación suficiente, pero indica que si sería viable la defensa frente a una respuesta desproporcionada a la provocación o violencia aceptada. Funda su posición en fallos de casación italianos que acogen la legítima defensa frente a tales reacciones desproporcionadas (1949: t. III, pp. 98 y 99).

A favor de la defensa sucesiva se pronuncia también Maggiore, para quien todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta, y puede dar lugar a otra legítima defensa, pues concurren todos los elementos de ésta, aunque algunos nieguen esa posibilidad al sostener que la excesiva reacción del agredido es un desarrollo lógico de la injusta agresión originaria (1985: t. I, p. 418). En el mismo sentido se pronuncia Francesco Antolisei, para quien la agresión es injusta, aunque haya sido provocada por el agredido, la provocación no excluye la ilicitud del ataque. Para este autor, el amante de la mujer casada que es amenazado de muerte por el marido traicionado, tiene derecho a defenderse. Señala que también es admisible la legítima defensa contra la reacción excesiva, es decir, contra la reacción que va más allá de los límites de la necesidad. Indica que si un individuo se lanza contra otro con intención de darle una bofetada, puede invocar la eximente si el otro lo amenaza con un puñal (1988: pp. 209 y 210). En términos similares opina Silvio Ranieri, para quien también puede ser injusta la agresión provocada por el agredido, es lícito que se defienda, con tal que su provocación no sea dolosa, es decir, no dominada

por la intención del ofender ulteriormente al agresor o de procurarse una excusa, y haya sido seguida por una reacción imprevisible y desproporcionada (1974: p. 214). Adhiere a lo último Bettiol, quien descarta la legítima defensa en caso de provocación intencional, por ser una situación de velada agresión (2013: p. 329).

A favor de la defensa del provocador fundada en razones gramaticales se pronunció Grosso. El autor indica que el requisito de no causación voluntaria del peligro no fue introducida en el art. 52 del CP, en cambio sí aparece explícitamente exigido en el contiguo art. 54 que regula el estado de necesidad. Rechaza la aplicación por analogía de este requisito a la legítima defensa, pues ello crearía un requisito negativo, actividad que esta fuera de la tarea del exegeta (1964: p. 100).

En lo que respecta a autores italianos más contemporáneos, Fiandaca y Musco rechazan la aplicación de la legítima defensa cuando la situación de peligro es creada voluntariamente por el sujeto que reacciona, pues faltaría el requisito de la injusticia en la ofensa, tal sería el caso del provocador. No obstante, señalan que la jurisprudencia acepta la aplicación de la justificante cuando la reacción del provocado resulta absolutamente imprevisible y desproporcionada, o cuando uno de los partícipes en una riña amenace con una agresión más grave y más peligrosa que la inicialmente prevista. Agregan que, basada en tal criterio, la legítima defensa puede aplicarse en favor del ladrón que después de haber sido víctima de un disparo de fusil ejecutado por el propietario del terreno que lo persigue para arrestarlo, reacciona, y lo hiere con un disparo de pistola. La facultad de detener no autoriza para atentar contra la vida del perseguido disparándole. Habiéndose excedido los límites del principio de proporcionalidad, desaparece la facultad de arresto, y surge el peligro de ofensa injusta, que vuelve justificada la reacción defensiva del ladrón (2006: p. 290).

A su turno, Tulio Padovani, al referirse a los requisitos de la reacción defensiva, señala que debe concurrir el constreñimiento de la voluntad del defensor producida por el peligro. Ello supone que la situación de peligro no sea voluntariamente creada por quien se defiende. El requisito no concurre cuando la situación de conflicto es intencionalmente

provocada, aceptada o no evitada por el defensor. Precisa que en todas estas situaciones el agredido podrá beneficiarse de la justificante si el peligro determinado supera el límite de lo consentido. Por ejemplo, si convenida una pelea a mano desnuda, uno de los contendientes saca un cuchillo, el otro contendiente podrá defenderse de esa nueva amenaza (2006: p. 173).

Por su parte, Messina y Spinatto niegan la legítima defensa al provocador intencional, dado que el peligro que da lugar a la defensa no debe ser voluntariamente causado por el sujeto que invoca la legítima defensa para justificar su conducta. Los autores estiman que en este caso no concurre el requisito de constricción de la voluntad exigido por el Código italiano (2009: p. 160). Este criterio que es compartido por Ferrando Mantovani, quien señala que la voluntaria causación del peligro haría menor la injusticia de la agresión, la necesidad de la defensa o ambas (2007: p. 251). Spagnolo distingue entre la voluntaria causación del evento y la preordenación (provocación intencional), negando la procedencia de la legítima defensa en ésta última por existir una finalidad agresiva incompatible con el elemento de la constricción (1980: p. 77). Ambigua resulta la postura de Pagliario, para quien el provocador puede invocar la legítima defensa, porque la necesidad debe ser evaluada en el momento en que el acto defensivo se consuma. Sin embargo, el autor estima que en este caso se pierde el requisito previsto en el texto legal de que el peligro no sea voluntariamente causado (2003: p. 443).

En síntesis, la doctrina italiana, en un principio negó la defensa del provocador fundado en el incumplimiento del requisito de legitimidad en la causa, el cual proviene, según vimos, del influjo de los glosadores y prácticos. Sin embargo, durante el siglo XX algunos autores aceptan la defensa sucesiva cuando se han excedido los límites de la necesidad. Respecto a la defensa del provocador, se hace un distingo entre el provocador intencional y el provocador involuntario. Al primero se le niega la legítima defensa, ya que no cumple con el requisito de constricción del ánimo exigido por art. 52 del Código penal italiano, el cual se excluye por el hecho de haber creado voluntariamente la situación de peligro que origina la necesidad de defenderse. Incluso, desde una óptica subjetiva, se

sostiene que el provocador intencional tiene una finalidad agresiva incompatible con el elemento de la constricción. En tanto que al segundo se le reconoce el derecho a defenderse. Más recientemente, al igual que la doctrina alemana, se acepta la defensa sucesiva si hay gran desproporción entre bien atacado y el afectado por la defensa.

c). Derecho brasileño:

El Código penal de Brasil también sigue el sistema bipartito[14], dado que no exige como requisito para de legítima defensa la falta de provocación suficiente. La doctrina y jurisprudencia de ese país han aceptado sin limitaciones la defensa en contra del exceso intensivo, incluso, conforme adelantamos, le han dado la denominación de sucesiva.

Así, en favor de la defensa sucesiva se pronuncia Hermes Vílchez, para quien el exceso en la legítima defensa es una conducta innecesaria, dado que no perdura la agresión inicial, pasando a ser una agresión injusta. El que inicialmente era un agresor injusto pasa a ser agredido injustamente, surgiendo la posibilidad de defenderse legítimamente. El autor considera posible la defensa contra el exceso intensivo e indica que en su país predominan los tribunales que aceptan la defensa sucesiva, citando algunos fallos al respecto (1997: pp. 207- 209).

A favor de la defensa sucesiva, y en términos similares, se pronuncian también; Busato (2015: p. 498), Damásio de Jesús (2011: t. I, p. 438), Greco (2015: t. I, p. 420), Regis Prado (2014: p. 332), Capez (2011: t. I, p. 314), De Souza Nucci (2014: p. 221), Texeira (1996: p. 74), Bitencourt (2012: p. 262), Mirabete y Fabbrini (2002: p. 186), Salim y De Azevedo (2017: p. 289), y Galvão, quien la denomina legítima defensa pendular (2013: p. 325). A diferencia de la doctrina alemana, ninguno de los autores brasileños mencionados impone condiciones o limitantes al ejercicio de la defensa sucesiva. Sin embargo, en las obras de todos estos autores no hay un desarrollo en torno a las razones

[14] *Art. 25. - Entendese em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

dogmáticas por las cuales deben rechazarse las limitaciones impuestas por la doctrina alemana e italiana a la defensa del provocador.

Distinta es la posición de Zilio, quien considera injusto el exceso de defensa, la defensa desproporcionada, la defensa de la bagatela y la defensa sin solidaridad contra agresor inculpable, pero no se pronuncia sobre la defensa sucesiva. Sin embargo, el profesor de la Universidad Federal de Paraná señala que el provocador conserva el derecho de legítima defensa, pero con limitaciones ético-sociales, consistentes, sucesivamente en disuadir, huir y pedir auxilio. Solo si son superadas, el agredido provocador recobra íntegramente el derecho de legítima defensa. Precisa que, cuanto más grave es la provocación antijurídica, más severas y elevadas son las exigencias restrictivas ético- sociales de la legítima defensa (2012: p. 172).

Por su parte, Juárez Tavares señala que en el derecho brasileño el exceso en el ejercicio de cualquier causa de justificación es punible, según el caso, a título de dolo o culpa. Indica que el exceso en la legítima defensa puede ser intensivo o extensivo. El primero ocurre cuando se emplean medios desproporcionados o se emplean inmoderadamente. El segundo tiene lugar cuando cesada la agresión el agente prosigue con su reacción lesionando al agresor. Siguiendo la doctrina alemana, niega la procedencia de la legítima defensa cuando existe una gran discrepancia entre los bienes jurídicos en conflicto. Precisa que no podrá ser invocada cuando se ha sacrificado al agresor para salvar bienes insignificantes. También reconoce limitaciones a la defensa del provocador. Siguiendo la doctrina tudesca distingue entre provocación intencional y no intencional o culposa. En la primera la defensa queda limitada por la aplicación de la teoría de los tres estadios. En la segunda, si el provocador ejerce la defensa deberá responder por el respectivo tipo culposo, pues se aplica la teoría de la *actio illicita in causa,* el provocador ha violado una norma de cuidado lo cual se concreta en un resultado. Solo en caso que el provocador no haya dominado la causalidad o no fuere señor absoluto el hecho y sufre una agresión, podrá actuar en legítima defensa (2018: pp. 338- 344, 346).

La jurisprudencia brasileña en diversas sentencias ha acogido la legítima defensa sucesiva. Así, por ejemplo, en un caso se absolvió a un sujeto acusado del delito de disparar un arma de fuego en la vía pública, al estimar que había obrado al amparo de la legítima defensa sucesiva. En este caso el sujeto había concurrido junto con otros a un bar, dentro del cual agreden a otro sujeto, siendo repelidos a golpes por un tumulto de personas que los persiguen hasta las afueras del recinto, el acusado saca un arma de fuego que estaba en el auto en el cual había llegado al lugar y efectúa cuatro disparos al aire a fin de intimidar al grupo de perseguidores. El tribunal estimó que los agredidos se habían excedido en su reacción defensiva, dando lugar a que el agresor ejerciera la defensa sucesiva. (Tribunal de Justicia del Estado de Espíritu Santo, Cámara Criminal, apelación N° 022070011022, 01/02/2012).

En otro caso se absolvió a un hombre acusado de causar lesiones leves a su conviviente, por estimar que obró el legítima defensa sucesiva. Los hechos consistieron en que el acusado tuvo una discusión con su conviviente, ella reacciona dándole varios golpes con una zapatilla en la cabeza, ante lo cual el acusado la empuja para evitar que lo siguiera golpeando. La mujer resultó con equimosis en los brazos, en la región dorsal y en un codo. La mujer alegó que el acusado habría iniciado la agresión dándole una cachetada, el tribunal estimó que ello no fue probado, y que aun cuando fuere cierto, el acusado habría obrado en defensa sucesiva, pues la reacción de la mujer habría sido excesiva (Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, apelación N° 20130342647, 06/08/2013).

En otra sentencia, se reconoce la defensa sucesiva en favor del encargado de una tienda que al sacar con sus manos a la calle a un cliente, le ocasionó lesiones de poca entidad. El cliente había comenzado a derrumbar las mercaderías que había en la tienda, en respuesta a agresiones verbales del encargado. El tribunal estimó que su reacción defensiva fue excesiva, pues bastaba con haberse retirado de la tienda, haciendo surgir el derecho a defensa sucesiva para el encargado (Tribunal de Justicia del Estado de Salvador de Bahía, apelación N° 0557206-72.2015.9.05.0001, 11/04/2018).

d). Derecho colombiano.

El art. 32 del Código penal colombiano del año 2000[15], tampoco establece como requisito de la legítima defensa la falta de provocación suficiente de parte de quien se defiende. Sin embargo, la doctrina de ese país, basándose en la dogmática alemana, se ha pronunciado exigiendo la concurrencia de ese requisito, pero admitiendo la defensa del provocador de manera subsidiaria, cuando ya no le quede otro camino para evitar la agresión.

Se pronuncia sobre la defensa contra el exceso Gómez López, para quien el exceso constituye una agresión injusta contra la cual cabe la legítima defensa, pero precisando que, en ese caso, quien se defiende ha provocado suficientemente el ataque (defensa excedida) y por ello la defensa estaría limitada, siendo un derecho subsidiario. El inicial agresor debe huir del exceso y solo puede defenderse cuando ya no es posible ninguna otra conducta. Similar razonamiento indica Gómez al tratar sobre la procedencia de la defensa del provocador, señalando que este debe evitar la agresión y defenderse solo en caso de extrema necesidad, cuando la respuesta del provocado es proporcionada a la agresión. Cuando dicha respuesta no guarda proporcionalidad con la provocación, el derecho de defensa ya no es subsidiario (1991: p. 356).

Por su parte, Reyes Echandía no trató de la defensa sucesiva. Sin embargo, admitía la legítima defensa en favor del provocador, salvo cuando la provocación tiene como propósito agredir al provocado (1974: p. 131). Igualmente, admitía la legítima defensa en favor del provocador cuando la reacción del provocado fuere ostensiblemente superior a la afrenta recibida (1984: p. 218).

Más recientemente, Velásquez se pronuncia sobre el exceso intensivo, señalando que se trata de un comportamiento punible, pero con un grado de injusto menor, pudiendo ser doloso o culposo, y sancionado con una rebaja de pena prevista en el art. 32 N° 7 inciso

[15] *Art. 32 N° 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*

segundo del CP colombiano. Sin embargo, no se pronuncia sobre la posibilidad de defensa en contra de dicho exceso (2013: pp. 500, 510 y 511).

3. Tratamiento propuesto por la dogmática de países que siguen la tradición hispana.

Conforme hemos expuesto anteriormente, la legítima defensa tiene sus orígenes en el Derecho romano, siendo luego desarrollada por el Derecho canónico bajo cuyo influjo se sintetiza en la máxima *"moderamen inculpae tutelae".* En España, la recepción del Derecho romano-canónico tuvo lugar por medio de Las Partidas (1263) elaboradas bajo dirección de Alfonso X, las cuales reemplazaron al Derecho foral. Dentro de ellas se reguló la defensa necesaria en las Leyes II, III del Título VIII de la Partida VI, acogiendo la distinción romana entre defensa personal y defensa frente al ladrón nocturno y diurno armado. Igualmente, la Ley XIV título XVII, de la Partida VII establece la defensa del honor conyugal, declarando lícita la reacción del marido que da muerte al adultero sorprendido *in fraganti*. En las Partidas se reconoce el carácter de necesaria de la acción defensiva, como también el requisito de la inminencia del ataque. Sin embargo, nada se indica respecto del requisito de falta de provocación suficiente. Este requisito está igualmente ausente en los diversos ordenamientos regionales que le sucedieron (Ordenamiento de Alcalá 1348; Ordenamiento Montalvo 1480; Fuero Juzgo y Fuero Real; Nueva Recopilación de Leyes de Castilla 1567; y la Novísima Recopilación de Leyes de España 1805).

Sin embargo, en el Código penal español de 1822 se establece una primera aproximación al requisito de falta de provocación que el Derecho canónico y los prácticos italianos habían antes identificado bajo la denominación de legitimidad en la causa, según vimos. En efecto, dicho Código al regular la legítima defensa en su art. 621 la negaba para aquellos ladrones y delincuentes que al ser perseguidos, contenidos en su fuga, o resistidos en la ejecución de su delito, cometían homicidio. En base a ello, el Código penal español de 1848 en su art. 8 N° 4 reguló la legítima defensa de manera tripartita, estableciendo primigeniamente en forma explícita el requisito de falta de provocación suficiente por

parte de quien se defiende. Este requisito se mantuvo de manera idéntica en los diversos Códigos penales españoles que fueron sucediéndose hasta hoy en día (1870, 1928, 1932, 1944, 1995).

El sistema tripartito fue seguido por la mayoría de los Códigos penales hispanoamericanos[16]. Para efectos de este estudio solo analizaremos la situación de la defensa sucesiva en la doctrina de España, Argentina y Chile.

a). España.

El Código penal español de 1995[17], al regular la legítima defensa consagra el sistema tripartito de la misma manera que su antecesor. La doctrina de ese país es unánime en reconocer el carácter antijurídico del exceso intensivo en la defensa (Cobo Del Rosal y Vives, 1999: p. 512/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 224/ Mir Puig, 2016: p. 453/ Iglesias Río, 1999a: p. 443). Sin embargo, hay opiniones divididas en cuanto a la aceptación plena de la legítima defensa sucesiva. Son las opiniones de los penalistas más antiguos las que se inclinan por la negativa, sin perjuicio de reconocer una eximente incompleta en favor del agresor que repele el exceso de defensa o bien una exculpante por no exigibilidad de otra conducta. Por otro lado, existe un grupo de autores que admite la defensa del provocador cuando la reacción defensiva es desproporcionada en relación a la provocación.

[16] Chile CP art. 10 N° 4 tercero; Argentina CP art. 34 N° 6 c); Uruguay CP art. 26 c); Perú CP art. 20 N° 3 c); Ecuador CP art. 33 N° 3; Salvador CP art. 27 N° 2 c); Guatemala CP art. 24 N° 1 c); Venezuela art. 65 N° 3.3; Cuba CP art. 21.2; Panamá CP art. 32 N° 3; Nicaragua, CP art. 28 N° 4 c); Honduras CP art. 24 N° 1; República Dominicana CP art. 19; Puerto Rico CP art. 25; México, CP Federal art. 15 IV.

[17] *Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:*
4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:
Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.
Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

En efecto, el maestro Jiménez de Asúa, reconociendo la diferencia entre las legislaciones alemana y española, en cuanto a la exigencia del requisito de falta de provocación suficiente, negó la procedencia de la legítima defensa sucesiva contra el exceso intensivo. Señaló que el atacante que repele el exceso obra con exceso en la causa, dado que al atacar primero provoca la legítima defensa del agredido, aunque éste se exceda. Textualmente adhería a la tesis de Carrara, conforme a la cual el defensor no debía causar la agresión ilegítima, debiendo existir una pureza causal en ésta justificante. A su vez, rechazó textualmente la tesis de von Listz que admitía la legítima defensa contra el exceso intensivo. Sin embargo, al tratar sobre la provocación, el maestro madrileño señalaba que no se puede exigir a quien es acometido, tras su previa provocación, que soporte impávido el ataque contra su vida ante la reacción del provocado. Indica que no sería equitativo, en circunstancias extremas aplicarle una pena, aunque fuera atenuada por homicidio voluntario. Agrega que quien se encuentra en tal aprieto, aunque no pueda alegar la justificante de legítima defensa, puede ampararse en la causa supralegal de inculpabilidad de no exigibilidad de otra conducta. Distinta fue la postura del maestro español respecto del exceso extensivo posterior inmediato, pues admitía la defensa sucesiva en su contra, pero siempre que fuesen claramente distinguibles la defensa del exceso y que no corriese peligro el primer atacado (1982: t. IV, pp. 190 y 191 y t. VI, pp. 926 y 987). Igualmente negaba la defensa sucesiva contra el exceso intensivo Francisco Blasco (1976: p. 173). Por la negativa también se pronunció Jiménez Huerta, para quien no puede haber legítima defensa contra el exceso por cuanto el inicial agresor es quien provoca la defensa excesiva (1952: p. 299).

Esta postura negativa también es compartida por Díaz Palos, quien niega al provocador la posibilidad de defensa, ya que obra con exceso en la causa, pudiendo sólo ampararse en una atenuante de eximente incompleta (1971: pp. 63 y 64). Más recientemente, adhiere a esta tesis Iglesias Río, para quien el agresor es el responsable, pues ha provocado el exceso, siéndole imputable el riesgo que se crea. Siguiendo la teoría alemana de los tres niveles, Iglesias precisa que en estos casos la defensa está ético-socialmente limitada a medidas proporcionadas, lo que supone que si fuera posible, el

nuevo defensor deberá emprender la huida y si no lo fuera debería realizar una cuidadosa defensa protectora no agresiva. Para el caso que tampoco fuese posible esto último, y la defensa deba ser agresiva, indica que esta conducta nunca quedaría justificada, sino que tan sólo se beneficiaría de una eximente incompleta (1999a: pp. 443 y 444).

En cambio, a favor de la legítima defensa sucesiva se pronuncian Luzón Peña y Jiménez Díaz. Así, el primero sostiene que:

"un primitivo agresor, que en principio pierde la protección jurídica en la medida de lo necesario para la defensa, la recobra cuando el defensor se excede, ya que contra el exceso en la legítima defensa, por ser antijurídico, cabe a su vez legítima defensa" (2002: p. 567).

Precisa Luzón, que aún en los casos más graves de provocación no es ostensible que el provocador haya renunciado a la protección del Derecho, no visualizando por qué el provocador no pueda obrar como defensor y guardián de éste. Este autor formula una tesis restringida del requisito de falta de provocación suficiente, pues sostiene que solo hay dos casos en que dicha suficiencia se daría, por resultar patente que el provocador renuncia a la protección jurídica, estos son: la riña mutuamente aceptada y el duelo. Sin embargo, aun en caso de riña, se recupera el derecho de defensa si un contendiente utiliza un instrumento más peligroso que el acordado o abandona la contienda. Por lo tanto, para Luzón en los otros casos de provocación dolosa, culposa o fortuita, no estamos ante una provocación suficiente en sentido legal (2002: pp. 566, 567, 614).

La más reciente posición en favor de la defensa sucesiva la sostiene Jiménez Díaz, para quien la agresión ilegítima sólo provoca la reacción defensiva racionalmente proporcionada, pero no puede considerase que haya provocado el exceso intensivo en la defensa. La provocación suficiente opera frente al acto de defensa en general, pero no tiene el mérito de alcanzar al exceso, sin perjuicio de propiciarlo, lo que podría generar efectos restrictivos en el derecho a la defensa. Sin perjuicio de ello, la autora considera que pueden existir casos en los cuales la agresión ilegítima podría provocar el exceso en la defensa. Por ejemplo, la existencia de una relación de enemistad manifiesta entre agresor y defensor, en la cual el agresor ya hubiere causado daños reiterados a los intereses del segundo. En este caso la defensa del agresor sólo puede limitarse a aquella parte de la

reacción defensiva que resulta excesiva, pues lo que está dentro de los límites de lo racional es lícito. Por otro lado, admite la aplicación de las restricciones ético-sociales formuladas por el derecho alemán en este caso. De manera que para la autora la defensa sucesiva tendría una doble limitación, sólo opera frente a aquella parte de la conducta defensiva que rebasa el límite de lo racional, y por otro lado, deben aplicarse las restricciones ético-sociales (2007: pp. 212 y 213). Dos críticas nos merece este planteamiento. Por un lado, el ejemplo planteado por la autora es incorrecto, por cuanto la provocación se origina en conductas muy anteriores a la agresión, siendo que la provocación debe ser inmediatamente anterior a la agresión, de manera que esta sea respuesta inmediata de aquella. Por otro lado, hay casos en que la conducta constitutiva de exceso intensivo no será divisible, de manera que no sería posible reaccionar defensivamente sólo en contra de lo excesivo. Por ejemplo, si el exceso se produce simultáneamente en la elección y utilización del medio defensivo.

Finalmente, hay autores españoles que sin pronunciarse explícitamente en favor de la defensa sucesiva, admiten la defensa en favor del provocador cuando la reacción defensiva es desproporcionada en relación a la provocación (Muñoz Conde y García, 2010: p. 326/ Cerezo Mir 1997: t. II, pp. 224, 225, 229, 231/ Berdugo, Arroyo, García, Ferré y Serrano, 1999: p. 230). Incluso algunos admiten la legítima defensa en contexto de una riña cuando uno de los contendientes sobrepasa los límites aceptados de la contienda expresa o tácitamente, como cuando trabados a golpes de puño uno saca un cuchillo o una pistola (Mir Puig, 2016: p. 452/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 231).

b). Argentina.

Siguiendo la tradición del Código español de 1870 en materia de legítima defensa, el Código penal argentino también sigue el sistema tripartito[18]. También regula la

[18]*Art. 34. No son punibles: 6 º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

situación de quien obra con exceso en la defensa[19], sancionándolo con una pena más baja, punto en el cual siguió al Código italiano Zanardelli de 1889.

Si bien dentro de la dogmática del vecino país no encontramos pronunciamientos explícitos sobre la procedencia de la defensa sucesiva, sí existen planteamientos respecto de la defensa del provocador ante una reacción defensiva excesiva. La primera opinión a ese respecto la emitió Sebastián Soler, quien reconoció que la doctrina dominante de la época en que escribe su obra –francesa e italiana- reconocía al provocador el derecho de defenderse. Sin embargo, señala que ello no es posible en el Derecho argentino –dado el requisito de falta de provocación- pero indica que sería aplicable al provocador la pena para el tipo culposo conforme a la solución prevista en el del art. 35 del CP argentino. Al desarrollar esta idea, Soler señala que en este caso la situación de peligro es creada por el que excesivamente reacciona, siendo evidente que la cadena causal es interferida por una acción dolosa ulterior y autónoma. Por ello sostiene que el hecho no puede ser imputado plenamente al que se vio obligado a reaccionar para salvarse de una reacción excesiva, a la cual dio ocasión, pero no causa, como el caso del adúltero sorprendido y el ladrón que huye. (1992: t. I, pp. 473 a 478). Este planteamiento es compartido por Fontán Balestra (1998: p. 306).

Otro planteamiento a este respecto hacen Zaffaroni, Aliaga y Slokar, quienes siguiendo la tesis de Jiménez de Asúa, señalan que al provocador a quien no le quede otra alternativa que matar o morir le ampara el estado de necesidad exculpante, rechazando la teoría de la *actio ilícita in causa* (2007: p. 490).

Algo más explícito fue Carlos Santiago Nino al señalar que aquellas conductas defensivas que causan más daño al agresor del que corresponde, son jurídicamente disvaliosas y si un tercero pudiese impedir ese exceso en el comportamiento defensivo, obraría lícitamente (2002: p. 123). En consecuencia, el desaparecido jurista trasandino reconoce el carácter antijurídico del exceso defensivo y entiende que es plenamente

[19] *Art. 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.*

justificada la defensa sucesiva cuando es ejercida por un tercero, pero nada dice respecto de la ejercida por el propio agresor inicial que sufre ese exceso.

Más recientemente se ha pronunciado sobre el punto Omar Palermo, quien formula una solución al problema en base a la teoría de la imputación objetiva. Bajo esa óptica, señala que el agredido ejecuta una conducta cuyas consecuencias lesivas deben imputarse al agresor, pues incurre en auto-puesta en peligro. Agrega, respecto al exceso, que cuando el agredido se extralimita introduce un peligro adicional que no pertenece al riesgo generado por el comportamiento del agresor, debiendo imputarse las consecuencias también al agredido. En el exceso, tanto agredido como agresor, comparten la responsabilidad, el primero por extralimitarse y el segundo por crear la situación de necesidad. Al igual que Jakobs, propone como solución el reparto de cargas de responsabilidad entre ambos, lo cual justifica la menor pena o la exculpación en el exceso (2007: pp. 379 a 382).

c). Chile.

En materia de legítima defensa nuestro país siguió como modelo el art. 8 del Código penal español de 1870, según expresan las actas de la Comisión redactora (Sesión 6ta), adhiriendo al sistema tripartito.

Nuestros penalistas se han pronunciado respecto el exceso intensivo en la defensa, estando contestes en reconocer en favor del defensor que se excede una atenuante de eximente incompleta del art. 11 N° 1 del CP (Etcheberry, 2004: t. II, p. 16/ Garrido, 2001. t. II, p. 138/ Vargas, 2013b: p. 145/ Náquira, 1998: p. 234/ Couso y Hernández, 2011: p. 223), salvo que el exceso se produzca por excitación del ánimo, fuerza irresistible o miedo insuperable, caso en el cual reconocen una exculpante conforme al art. 10 N° 9 del CP (Cury, 1994 : t. II, pp. 96 y 97/ Labatut, 2000: t. I, p. 102 / Politoff, Mattus, Ramírez, 2004: t. I, pp. 220 y 221/ Wilenmann, 2017: pp. 442 y 443).

Respecto del exceso extensivo posterior, la mayoría de nuestros penalistas no han distinguido entre sus dos subespecies, limitándose sólo a tratar el *longi temporis*. En ese

sentido, señalan que quien ataca al agresor una vez terminada o repelida la agresión no obra bajo legítima defensa completa ni incompleta, pues falta el requisito esencial de agresión ilegítima actual (Politoff, Mattus, Quiroga, 2002: p. 133/ Náquira, 1998: p. 229). En esta situación la defensa dejaría de ser tal para transformarse en venganza o justicia por propia mano (Cury, 1996: t. I, p. 367/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 254). En este caso, puede reconocerse en favor de quien se excede temporalmente la atenuante del art. 11 N° 4 del CP de vindicación próxima de una ofensa, o bien, la eximente del art. 10 N° 9 del CP si la agresión sufrida fue de tal entidad que provocó en el autor un miedo insuperable (Politoff, Mattus y Ramírez, 2004: t. I, p. 218). En cambio, reconoce el exceso extensivo posterior inmediato Garrido, al señalar que puede darse una situación de exceso cuando se continúa con la acción que inicialmente fue defensiva, pero que terminada la agresión no se paraliza. Indica que este caso podría tratarse como eximente incompleta, aplicando el art. 11 N° 1 CP, porque en ese plus la acción no es defensiva (2001: t. II, p. 138).

Más recientemente, el tema ha sido abordado con mayor profundidad por Wilenmann, quien admite la legítima defensa cuando uno de los contendientes en riña rebasa el grado de agresión tácitamente consentido. También admite la defensa del provocador frente a una agresión desproporcionada, siempre que se cumplan dos requisitos: que no sea posible al provocador evitar el conflicto huyendo; y que se defiendan intereses sustancialmente preponderantes respecto los intereses atacados. Pone como ejemplo al injuriado que reacciona sacando una pistola con ánimo de matar. Pero señala que en este caso el provocador obra en estado de necesidad defensivo. Señala que la suficiencia de la provocación no puede determinarse en base a un sistema linear (provocación vs agresión) sino que debe también relacionarse la reacción defensiva del provocador con su provocación. Para Wilenmann la provocación suficiente simplemente limita los tipos de acción defensiva que puede desplegar el provocador (2017: pp. 425, 432-437). Claramente en este planteamiento vemos la acogida de las restricciones ético-sociales a la defensa del provocador elaboradas por la jurisprudencia y doctrina alemana, pues se impone como primera condición a su defensa, el tratar de evitar la agresión.

Sin embargo, centrándonos en nuestro tema de estudio, sólo tres penalistas chilenos se han pronunciado muy brevemente sobre la defensa sucesiva. El primero fue Pedro Ortiz Muñoz, que en una breve monografía sobre el requisito de la falta provocación, señala escuetamente que el provocador sólo podría defenderse legítimamente contra el exceso en que el provocado pudiera incurrir (2018: p. 552). El segundo fue Eduardo Novoa, quien brevemente indica que el exceso admite justo rechazo, pero sólo un tercero que se opusiere al exceso podría invocar legítima defensa, ya que la víctima del exceso, no cumple con el requisito de falta de provocación suficiente (2009: t. I, p. 339). Se observa que Novoa sigue el pensamiento de Jiménez de Asúa, al negar la defensa sucesiva al agresor. Sin embargo, al conceder la posibilidad de obrar en defensa sucesiva a un tercero, estimamos que el desaparecido penalista considera que el agresor inicial –en cuanto provocador- no cumpliría con el requisito supraindividual de la legítima defensa, esto es, obrar para reafirmar la vigencia del Derecho. Por lo tanto, carecería de legitimación para invocar la justificante, situación que no concurre respecto de un tercero que no intervino en la agresión. El último fue Luis Cousiño Mac Iver, quien reconoce que el ejercicio abusivo de un derecho es antijurídico, para luego sostener que no procede legítima defensa contra legítima defensa, aforismo que sólo es exacto en cuanto exista una legítima defensa con todos los requisitos que determina la ley, en consecuencia, puede darse legítima defensa en contra de la defensa putativa o en contra de la defensa excesiva o abusiva. Esto último ocurre en tres casos: cuando se obra con la sola finalidad de causarle un mayor daño al agresor ilegítimo más allá de lo necesario, esto es, se obra sin *animus defensionis*; cuando existe gran desproporción entre el valor del bien jurídico ofendido y la lesión o peligro causado por la defensa; cuando deliberadamente se hace un empleo no racional de los medios de defensa (1979: t. II, pp. 254, 264-266, 274).

Capítulo II

El exceso en la legítima defensa.

Según vimos en el capítulo anterior, el exceso por parte de quien se defiende es el presupuesto necesario para que pueda tener lugar la defensa sucesiva. En el presente capítulo analizaremos el exceso en la legítima defensa, a fin de dilucidar los aspectos problemáticos de esta figura, específicamente sus aspectos objetivo y subjetivo, toda vez que inciden en el tratamiento de la defensa sucesiva. Para abordar el tema, primeramente, nos referiremos al exceso en general como categoría jurídica. Luego, trataremos el exceso en su aspecto objetivo, estudiando en mayor detalle las categorías de exceso intensivo y extensivo a que aludimos en el capítulo anterior al fijar nuestro objeto de estudio. Dentro de ellas se abordará los límites de la justificante determinados por el derecho positivo, esto es, la necesidad racional del medio, la actualidad e inminencia de la agresión y el tratamiento que les ha dado la dogmática. En este punto cobra relevancia fijar el momento en el cual se produce uno u otro, pues a partir de ese instante surge la posibilidad del ejercicio de defensa sucesiva. A continuación, abordaremos el exceso en su aspecto subjetivo (doloso, culposo, por error, por perturbación, por miedo, etc.) y el tratamiento que recibe en el derecho nacional y en el derecho comparado.

1. El exceso en general.

En el uso del lenguaje corriente la palabra exceso evoca aquella situación en que se sobrepasa algún límite o medida determinada. Etimológicamente el vocablo proviene del latín *excessus* (Corominas, 1987: p. 261), sus componentes léxicos son el prefijo *ex* que significa hacia fuera y *cedere* que significa retirarse. Académicamente ha sido definida como parte que excede y pasa más allá de la medida o regla, y también como

cosa que sale en cualquier línea de los límites de lo ordinario o de lo lícito (Real Academia Española, 2019).

El exceso, en cuanto concepto, se encuentra indefectiblemente ligado a las categorías de medida y cantidad. La primera, ha sido definida como proporción o correspondencia de algo con otra cosa, y también como grado o intensidad. En tanto la segunda, es entendida como porción de una magnitud e igualmente como cierto número de unidades (RAE, 2019). Pero es la metafísica aristotélica la que relaciona ambos conceptos, en cuanto a categorías del ser o lo que Kant denominó más tarde categorías fundamentales del pensamiento o *a priori.* Así, para el Estagirita cantidad es aquello que es divisible en elementos constitutivos. Cuando la cantidad puede contarse o dividirse en partes no continuas se denomina pluralidad, por ejemplo, el número. Si la cantidad puede medirse en partes continuas se llama magnitud, por ejemplo, longitud, latitud, profundidad. Existen cosas que por esencia son cantidades como la línea, en tanto que otras solo lo son accidentalmente como lo mucho, poco, grande, pequeño, mayor, menor, ligero, pesado (Aristóteles, 2017: pp. 125, 126). De ello se extrae, que la cantidad se refiere a lo que es divisible y por ello cuantificable o medible, ya sea en unidades determinadas o en magnitudes. El exceso es aquella parte que sobrepasa o queda fuera de una cantidad o magnitud determinada. No es posible hablar de exceso respecto de aquello que no es cuantificable, medible o conmensurable, ya sea en unidades o magnitudes. Cantidad y medida son predicados que están implícitos dentro del concepto de exceso, conformando con éste lo que Kant denominó un juicio de identidad o analítico (2005: p. 137).

Cabe señalar que lo opuesto al exceso es la escasez, entendida como poquedad o mengua de algo. A su vez, se opone a ambos conceptos –en cuanto a extremos opuestos- el de moderación, que significa aquello que guarda el medio entre sus dos extremos (RAE, 2019). Relacionando los tres conceptos podemos decir que escaso será aquello que no alcance el mínimo de una medida, moderado aquello que se encuentre dentro de ella y exceso lo que sobrepase tal medida.

Si bien el exceso, en cuanto a concepto, *prima facie* pareciera una cualidad propia de aquello que es medible en números o magnitudes, como lo perteneciente a la matemática, geometría o física, lo cierto es que, en cuanto a categoría del pensamiento, es predicable respecto de todo aquello que sea cuantificable de alguna manera. Así, por ejemplo, en el ámbito valorativo, Aristóteles lo predicaba en respecto de la justicia al identificarla con la idea de proporción. En efecto, para el discípulo de Platón conducta justa es el término medio entre cometer injusticia y padecerla, lo primero es tener más y lo segundo tener menos, la injusticia es de los extremos, el exceso y el defecto de lo inútil y perjudicial, contra toda proporción (2014: pp. 145, 146).

Llevado al plano de la ciencia del Derecho el concepto de exceso entra necesariamente en relación con el concepto de norma jurídica, entendida ésta como una regla que rige la conducta humana en sociedad y que manda, prohíbe o permite determinados comportamientos. Desde este punto de vista, el exceso será entonces aquello que sobrepasa la medida de lo mandado o lo permitido por la norma jurídica. Adviértase que el exceso no sería predicable respecto de una norma prohibitiva, por cuanto no es concebible un exceso de un no hacer. Profundizando más el punto, podemos sostener que en materia jurídica el exceso consiste en hacer más de aquello que es mandado o permitido por la norma.

En la ciencia jurídica el exceso ha sido definido como "la mayor diferencia entre dos cantidades" (Magalhaes, 2009: p. 208), y también como "ir más allá de un límite dado, sobrepasar la medida de unos requisitos o condiciones, o llegar más allá de una frontera hasta lo cual se permite" (Gómez, 1991: p. 308).

De lo expuesto se deduce que para incurrir en tal exceso es necesario que la norma jurídica contenga algún elemento que fije una medida de la conducta mandada o permitida, de manera que cuando el destinatario de la norma sobrepasa ese límite incurre en exceso. Sin ese elemento cuantificador, no es posible hablar de exceso, pues sólo existirá tal si hay una cantidad o medida preestablecida, según vimos.

El jurista García Máynez al clasificar los distintos tipos de conceptos jurídicos identificó los llamados conceptos predicativos, entendiendo por tales aquellos que determinan el objeto del deber jurídico o del derecho subjetivo, además del sujeto frente al cual existe dicha facultad o deber. Ellos integran el predicado de la norma de derecho o predicado relacional, y vistos en conjunto constituyen un concepto compuesto. Ilustra esta idea dando como ejemplo la norma: el comprador debe pagar el precio de la cosa al vendedor. En ella "el comprador" es el sujeto, "debe" es la cópula jurídica[20] que indica deber o derecho, en tanto que "pagar el precio de la cosa al vendedor" constituye el predicado relacional. Según el maestro mexicano, es en el predicado donde se determina el objeto del deber o derecho en base a conceptos parciales que son: a) de forma categorial de manifestación de la conducta (hacer u omitir); b) en qué consisten las mismas (pagar, entregar, depositar); c) de lugar; d) de oportunidad o tiempo; e) de las cosas a que se refiere (casa, dinero, automóvil); f) de cantidad de éstas; g) de la manera de contarlas, pesarlas, medirlas o estimarlas; h) del modo o forma en que se debe realizar el comportamiento; i) criterios para calificarlo o para individualizar las consecuencias jurídicas (proporción, equidad, directivas generales o estándares) y; j) el sujeto de la obligación o del derecho correlativo (1959: pp. 95 a 100).

En base a lo anterior, podemos sostener entonces que sólo existirá exceso en el ejercicio de un derecho o deber cuando, en el predicado de la norma que lo establece, este aparezca determinado mediante un enunciado que indique cantidad, manera de contarlo, pesarlo, medirlo, estimarlo, o bien, cuando se establezca un criterio para calificarlo valorativamente. Esta determinación en el predicado del enunciado normativo será el requisito *sine qua non* para que pueda existir un exceso en el ejercicio de un derecho o deber.

La determinación del exceso no será problemática cuando el límite entre éste y la moderación está determinado por una medida determinada o determinable indicada en la

[20] Von Wright denomina a este elemento núcleo normativo, que puede estar compuesto por las expresiones deónticas "debe o puede" (1970: p. 144).

norma. Por ejemplo, los límites máximos de velocidad establecidos en la Ley de Tránsito, el precio de la renta estipulada en un contrato de arriendo, los porcentajes de la renta como base de cálculo de un impuesto.

Sin embargo, determinar la existencia del exceso será problemático cuando el límite entre éste y la moderación sea difuso. Tal aporía tendrá lugar cuando para la determinación del *quantum* de la conducta mandada o permitida, la norma jurídica establezca lo que García Máynez llamó un criterio de calificación de la conducta o individualización de las consecuencias de derecho. Dentro de ellos señaló la proporción, la equidad y las directivas generales o estándares, calificando a estos últimos como criterios axiológicos para juzgar el comportamiento objeto de un deber o de un derecho (1959: pp. 99 y 100). Nuestro Derecho civil es rico en ejemplos de este tipo de fórmulas, a saber: art. 818 del Código Civil que establece el deber del usuario o habitador de usar los objetos con moderación y cuidados propios de un buen padre de familia; art. 907 del CC impone la obligación del poseedor de mala fe de restituir al dueño los frutos que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad; art. 1549 CC establece la obligación de conservar una cosa con el debido cuidado; art. 230 CC, impone a los padres la obligación de contribuir a los gastos de mantención de los hijos en proporción a sus facultades económicas. Igualmente, el Derecho penal contiene fórmulas cuantitativas de este tipo, a modo de ejemplo: art. 271 bis CP sanciona la obtención por parte de empleado público de un incremento patrimonial relevante e injustificado; art. 10 N° 11 CP que establece como requisito del estado de necesidad que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita; art. 10 N° 4 del CP impone como requisito de la legítima defensa la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, punto sobre el cual volveremos más adelante.

Especialmente problemático resultará para el intérprete determinar la existencia del exceso cuando la norma fije la medida del derecho o deber en base a una directiva general o estándar. Este concepto es propio de la tradición del *common law* en el cual se

denominan *legal standars*. El profesor norteamericano Roscoe Pound señaló tres características que identifican a éstos:

"1. They all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be "fair," or "conscientious," or "reasonable," or "prudent," or "diligent." 2. They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone's experience. 3. They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances and are to be applied with reference to the facts of the case in hand" [1. Todos implican un cierto juicio moral sobre la conducta. Esto es, ser "justo", o "concienzudo", o "razonable", o "prudente", o "diligente"; 2. No exigen un conocimiento legal exacto aplicado exactamente, sino el empleo del sentido común acerca de cosas comunes o la intuición entrenada sobre cosas que están fuera de la experiencia de todos; 3. No están formulados de manera absoluta y no tienen un contenido exacto, ya sea por legislación o por decisión judicial, pero son relativos a tiempos, lugares, y circunstancias, y deben aplicarse con referencia a los hechos del caso en cuestión] (1922: p. 119).

Conforme a lo anterior, el estándar no tiene un contenido o medida exacta, por lo cual sus extremos no están claramente delimitados. Su concreción requiere un juicio moral o valorativo sobre la conducta que es mandada o facultada por la norma, lo cual implica que el juzgador deberá recurrir a criterios axiológicos o valorativos cuyo significado o contenido sustantivo se encuentran fuera de la norma. Igualmente, se deben tomar siempre en consideración las circunstancias singulares del caso concreto.

Esta idea de estándar fue más tarde desarrollada con mayor nivel de abstracción por el *ius* filósofo norteamericano Ronald Dworkin al momento de clasificar las fuentes del Derecho en normas, principios jurídicos y directrices políticas. Los segundos los conceptualizó como un estándar que ha de ser observado por ser una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad. Precisa que ellas no establecen las condiciones para su aplicación, más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión particular. El fallo judicial que resuelve un caso difícil en base a un principio crea una norma determinada. Menciona como ejemplo el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia. Según el desaparecido profesor de Oxford, la diferencia entre norma y principio, es de orden lógico: la norma es aplicable de manera disyuntiva –concurren o no sus supuestos-, estableciendo las consecuencias jurídicas de forma

inmediata. En cambio, el principio solo enuncia solo una directriz. Sin embargo, señala que la forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de un principio o una norma. Ello se debe a que, con frecuencia, palabras tales como "razonable", "negligente", "injusto", "significativo", cumplen la función de hacer que una disposición funcione lógicamente como una norma y sustancialmente como principio. Lo primero quiere decir que si la conducta es calificada como negligente, justa o razonable el tribunal debe aplicar la consecuencia descrita en ella. Lo segundo significa que el tribunal deberá tener en cuenta una multitud de otros principios y directrices que trascienden a la norma para calificar si la conducta es negligente, injusta o razonable (1984: pp. 72-80).

En el pensamiento de Dworkin se observa una distinción entre principios propiamente tales, que sólo enuncian un estándar o directriz que orienta el sentido a seguir para alcanzar una decisión –nadie puede aprovecharse de su propio dolo-, y los principios normas, que son aquellas disposiciones que contienen un calificativo de la conducta de tipo axiomático o valorativo –injusto, razonable, negligente-. En ambos casos el juez debe recurrir a principios, valores y axiomas que trascienden o están fuera de la norma a fin de crear la regla cuando se trata de una directriz, o para determinar si concurre el calificativo si se trata de un principio norma. Sin embargo, Dworkin advierte que en este último caso exige ejercer mucho más el juicio (1984: p. 79).

En la tradición continental, estas reglas generales o estándares se identifican con la distinción que hizo Henkel del contenido de las denominadas clausulas generales, entre principios regulativos y principios normativos. Los regulativos son aquellos no entrañan contenido valorativo ni medida de valor alguno, son puramente formales y neutros, no procuran norma ni anticipan el juzgamiento del caso individual, solo contienen la instrucción de recurrir o remontarse a un concreto fenómeno vital que debe ser desarrollado por la propia norma de juzgamiento. No señalan el contenido preciso de la decisión, pero sí el camino que lleva a ellas. Cuando el juez emplea un principio regulativo no aplica una norma, la sentencia no se obtiene mediante la subsunción en una premisa mayor decisoria, sino que el juez crea la norma sirviéndose de un concepto sin contenido

decisorio alguno, y que sólo le indica que determine autónomamente los límites de las esferas dudosas del derecho o deber. Según Henkel, cuando el legislador utiliza una clausula regulativa, renuncia a establecer una norma, indicando que la misma sea desarrollada en la sentencia judicial a partir del caso concreto. Por lo tanto, es el juez quien fija los contornos del concepto legal indeterminado según las peculiaridades del caso determinado. En síntesis, son cuatro las características de este tipo de concepto: falta de un contenido y medida de valor; carencia de normatividad; no permiten obtener reglas determinadas de decisión del caso; instruyen al juez a que elabore un concreto contenido decisorio, supliendo o completando el texto legal por medio de la sentencia judicial. Menciona como ejemplos de este tipo de conceptos la "exigibilidad" –sobre la cual versó su monografía- y el de "medio adecuado para un fin adecuado" (2002: pp. 73, 126-128).

De manera que se trata de conceptos que no señalan una solución específica al caso que la norma jurídica pretende resolver, limitándose solo a indicar una directriz a través de cuyo prisma el juez o interprete debe analizar las circunstancias del caso concreto a fin de arribar a esa solución. En este proceso de concreción también deben tenerse en consideración los criterios de valor que subyacen tras la norma en cuestión. El uso de estos principios regulativos por parte del legislador obedece a la imposibilidad de fijar una regla precisa e individualizadora debido a que los criterios que se deben tener en cuanta son asaz diversos (Henkel, 2002: p. 81).

En contraposición, según el alemán, los principios normativos son aquellas fórmulas que llevan en sí un contenido de valor, una medida de juzgamiento, y que funcionan como dadores de normas. Ofrecen una directriz o premisa mayor de decisión, anticipando la sentencia judicial en cuanto aplicación de la norma. Menciona como ejemplos las fórmulas "buena fe" y "buenas costumbres" (2002: p. 126). A diferencia del regulativo, el principio normativo opera desde el punto de vista lógico como una norma, al permitir la resolución del caso mediante un proceso silogístico de subsunción de la conducta objeto de juzgamiento en una premisa mayor de contenido valorativo o axiológico. Este elemento permite medir o delimitar el alcance del derecho o deber

contenido en la norma. Sin embargo, al igual que en lo regulativo, en lo normativo el juez deberá recurrir a criterios de valor que se hayan fuera de la norma para determinar cuando estamos en presencia de buena fe o buenas costumbres.

Más recientemente, Atienza y Ruíz, al señalar los diversos significados de lo que se entiende por principio jurídico, identifican entre ellos las normas redactadas en términos particularmente vagos, en que la descripción del caso genérico aparecen términos que tienen una periferia de textura abierta. El grueso de los casos cae dentro o fuera de la norma, pero hay supuestos excepcionales en que es dudoso si se les aplica o no. Los españoles identifican dentro de esta categoría a los conceptos jurídicos indeterminados (ejemplo: abuso del derecho), que son totalmente vagos y de textura abierta. Por lo tanto, la mayoría de los casos requerirá un trabajo de concreción, esto es, de ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables (1991: p. 108).

Aplicado todo lo anterior al exceso, vemos entonces que la determinación del mismo frente a derechos o deberes fijados por medio de conceptos regulativos o normativos -principios directrices o principios normas en el leguaje dworkiniano-, se hará por el juez en base a las circunstancias del caso particular, recurriendo a criterios de valor que se hallan fuera de la norma. Frente a lo regulativo el juez es quien crea la regla aplicable según las circunstancias, determinando concretamente si hay o no el exceso en el caso dado. En lo normativo se hará determinando si la conducta se ajusta al concepto valorativo que indica la norma. En uno u otro caso necesariamente se deberá recurrir a un juicio de valor. No es posible anticipar una regla de forma cerrada, dada la multiplicidad de factores que deben ser ponderados.

De lo que hemos señalado hasta aquí, se advierte con claridad que el exceso es una figura común a todas las ramas del Derecho (Vílchez, 1997: p. 53). Así, por ejemplo, en nuestro Derecho administrativo el art. 2 de la Ley 18.575, impone a los órganos de la administración el deber "de actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o

exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". En la esfera administrativa tal exceso en el ejercicio de atribuciones se sanciona con la nulidad de derecho público del acto conforme al art. 7 de la Constitución Política. En el Derecho civil, el art. 1187 del CC se refiere al exceso de las donaciones entre vivos hechas por el causante, lo cual tiene lugar cuando menoscabe las legítimas, dando derecho a los legitimarios para pedir la restitución de lo excesivamente donado; el art. 1544 CC permite rebajar de la cláusula penal aquel monto que excede del duplo de la obligación principal; art. 1890 CC dispone que en caso existir lesión enorme el vendedor debe de restituir el exceso de precio recibido sobre el justo precio; En el Derecho comercial, el at. 292 del Código de Comercio establece que cuando al comisionista excede las instrucciones en la compra de mercancías el comitente no está obligado recibirlas.

En cuanto a los efectos del exceso, dado que se trata de un acto que sobrepasa los límites impuestos por la ley al ejercicio de un derecho o una obligación, se le considera contrario a derecho o ilícito. Las sanciones al exceso serán distintas según la rama del ordenamiento jurídico de que se trate. En los ejemplos citados en el párrafo anterior vemos que la sanción es la nulidad de lo excedido o bien su inoponibilidad como en el último de los mencionados.

Sin embargo, en el Derecho penal el exceso constituye un acto antijurídico y ésta sujeto a sanción penal. En efecto, dentro de esta rama el exceso está vinculado a las causas de justificación, pues tiene lugar cuando se traspasan los límites de la conducta permitida en virtud de ellas. Según Magalhaes hay exceso en las causas de exclusión de la ilicitud cuando el agente al inicio actúa al abrigo de la excluyente, y en seguida va más allá de lo necesario (2009: t. I, p. 208). Según vimos, las causas de justificación o tipos permisivos son aquellas normas que derogan o dejan sin efecto la aplicación una determinada norma prohibitiva preexistente, frente a determinadas circunstancias, autorizando la realización de una conducta generalmente prohibida. El sujeto que obra al amparo de una causa de justificación actúa de manera lícita, siempre que la conducta se despliegue en las circunstancias indicadas en la norma y dentro de los límites del permiso. Pero si esos

límites son sobrepasados, el sujeto incurre en exceso, el cual es antijurídico y punible conforme a la norma prohibitiva originalmente desplazada por el permiso, la cual ahora recobra su vigencia.

El carácter antijurídico y punible del exceso emana de la norma prohibitiva que sanciona la conducta excepcionalmente permitida. Ello es así ya que las causas de justificación o permisos tornan en lícita la conducta cometida dentro de sus límites. La conducta justificada sigue siendo típica, pero no es antijurídica dado que el propio ordenamiento la permite en casos excepcionales para la salvaguardar bienes jurídicos. Por ejemplo, existe una norma general que prohíbe dañar las cosas de propiedad ajena, su infracción se sanciona conforme al tipo penal de daños del art. 484 CP. Sin embargo, al amparo del art. 10 N° 11 del CP se permite causar daños cuando ello sea necesario para evitar un mal actual o inminente, que no se puede conjurar de otra forma, siempre que el daño causado no sea sustancialmente mayor al evitado, y que no pueda racionalmente exigirse al necesitado soportar el mismo. Si el sujeto necesitado causa un daño que es sustancialmente mayor al mal evitado, ha sobrepasado los límites de la permisión e incurre en exceso, el cual es antijurídico y se sanciona conforme al tipo penal de daños[21].

En el ejemplo anterior existe una parte de la conducta cubierta por la causa de justificación al no rebasar los límites del permiso (daños que no son sustancialmente

[21] En este punto seguimos a Enrique Cury, para quien el art. 10 N° 11 del CP abarca ambos tipos de estado de necesidad, esto es, justificante y exculpante. Según el desaparecido jurista, el art. 10 N° 11 comprende todas las situaciones del art. 10 N° 7 CP, tornando a éste superfluo y carente de interés. En definitiva, plantea que el art. 10 N° 7 estaría tácitamente derogado (2013: p. 252). Distinta es la postura de Juan Pablo Castillo, quien, rechazando el carácter bifronte de la norma, sostiene que ella tiene un carácter exclusivamente exculpante, en tanto que el estado de necesidad justificante queda regulado por el art. 10 N° 7 del CP. Según el profesor, ello se explica por el propósito original del establecimiento del N° 11 del art. 10 y también porque esta norma hace referencia a "un mal grave para su persona o derechos". De esta manera, frente a males graves para bienes jurídicos personalísimos indispensables para el desenvolvimiento del individuo opera el art. 10 N° 11 CP con efectos exculpantes. En tanto que, frente a otros males inferiores, opera el art. 10 N° 7 del CP con efectos justificantes (2016: p. 359). El problema de esta última tesis radica en que el art. 10 N° 11 del CP habla de "persona o derechos", por lo cual no puede entenderse limitado solo frente a males a bienes jurídicos personalísimos. Según el tenor literal también quedan cubiertos por la norma males graves para otros derechos no personalísimos, cuya amenaza no signifique para el sujeto una situación de no exigibilidad. Ahora bien, de optarse por la vigencia y carácter justificante del art. 10 N° 7 del CP, entendemos que se sobrepasa dicha permisión cuando los daños causados a la propiedad ajena son mayores que el mal evitado.

mayores al mal evitado) y otra la parte que traspasa ese límite, constituyendo exceso. Sólo esta parte que sobrepasa el límite de lo permitido es antijurídica y punible. El exceso es la diferencia entre el daño causado –injerencia real ocasionada en bienes jurídicos ajenos- y el límite de la permisión –injerencia permitida-. La ilicitud es exclusiva del exceso y no del acto en su conjunto.

Siendo la antijuridicidad una cualidad objetiva e impersonal, en cuanto sólo significa una relación de contradicción entre la conducta desplegada y lo prescrito por el ordenamiento jurídico (Welzel, 2004: pp. 76-77), el exceso en las causas de justificación es antijurídico de la misma manera en que lo es cualquiera otra conducta sancionada por la ley penal. Ello es así, por cuanto la antijuridicidad no admite graduación, pues siendo una cualidad relacional objetiva esta solo puede concurrir o no concurrir, operando respecto de la conducta sólo como un binomio ontológico jurídico-antijurídico. Lo anterior significa que la determinación de la antijuridicidad no queda entregada al juez, en el sentido que este deba valorar la conducta concreta para determinar si es o no contraria a Derecho. La desvaloración de la conducta prohibida la hace el ordenamiento jurídico -o el legislador al momento de dictar la norma-, el juez sólo se limita en este punto a constatar la contradicción entre la conducta realizada por el sujeto y lo dispuesto por la norma, más la ausencia de causa de justificación. Es en este sentido que Welzel califica la frase "la antijuridicidad es un juicio desvalorativo de la conducta típica" como meramente metafórica (2004: pp. 75-76).

Por el contrario, los partidarios de la graduación de la antijuridicidad sostienen que, si bien el exceso en las causales de justificación es antijurídico, lo sería en un grado menor. Esta disminución se fundaría, para algunos autores, en que el sujeto que se excede comenzaría su actuar obrando lícitamente al amparo de una causa de justificación y solo al traspasar sus límites termina obrando antijurídicamente (Zaffaroni, 1981: t. III, p. 642/ Donna, 1985: p. 53/ Gómez, 1991: p. 333). En tanto que, para otros, tal disminución se debe a que el excedido obraría con la finalidad de prevenir un mal o daño a un bien jurídico (Nino, 2002: p. 168). Rechazamos esta tesis, la primera por ser contraria al carácter

objetivo de la antijuridicidad, y la segunda por contener ciertas reminiscencias del positivismo italiano que fundaba las causas de justificación –al menos la legítima defensa- en sociabilidad de los motivos y la calidad del fin propuesto por el agente que no lo harían un sujeto temible (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 68).

En realidad, quien incurre en exceso en una causa de justificación obraría con un menor grado de injusto (Luzón, 2002: p. 560/ Iglesias, 1999a: p. 442). Esto se basa en la distinción entre antijuridicidad e injusto, ya que se trata de conceptos que no son coincidentes (Welzel, 2004: p. 77/ Wessels, 1980: p. 85). El injusto es la conducta antijurídica misma, la cual puede tener distintos grados de injusticia. Así, un injusto civil o administrativo es de menor grado que un injusto penal, y entre injustos penales uno de daños tiene de menor grado que uno de lesiones. El injusto penal es de mayor grado que el injusto civil, pues la conducta típica implica la afectación más grave a bienes jurídicos. Es por ello que se sanciona con una pena, entendida como aquella especie se sanción jurídica de carácter público que el ordenamiento considera de mayor gravedad (Guzmán, 2015: p. 183). En cambio, la antijuridicidad es objetiva y unitaria para todo el ordenamiento jurídico, evidencia de ello es que de todo delito surge además la obligación civil de indemnizar el perjuicio causado. Según Wessels, el menor contenido de injusto del exceso –a propósito del exceso en la defensa necesaria- se debe al fin defensivo con que obra el excedido (1980: p. 124). Si bien, tanto en un homicidio doloso como en un homicidio producido por exceso en la legítima defensa, existe infracción a una norma prohibitiva, "el ordenamiento jurídico no puede entenderse vulnerado de la misma manera cuando su transgresión se sustenta en uno de los fundamentos de la legítima defensa" (Jiménez Díaz, 2007: p. 81).

De lo analizado hasta aquí, vemos que el exceso en materia penal es un instituto que no tiene autonomía jurídica, ya que no puede ser aplicado aisladamente, su aplicación está vinculada a las causas de justificación (Vílchez, 1997: p. 81). En cuanto a conducta punible, corresponde entones a una especial forma de aparición o comisión de un tipo

penal. En este sentido puede hablarse, por ejemplo, de homicidio cometido en exceso de legítima defensa o de daños cometidos en exceso de estado de necesidad.

De esta manera, son dos los requisitos para que exista exceso en materia penal: la preexistencia de una situación objetiva de justificación y que el agente traspase los límites normativos del tipo permisivo. El primero significa que el agente debe obrar al amparo de una causa de justificación, concurriendo en la realidad fáctica, de manera objetiva, los requisitos fundamentales dispuestos en la norma permisiva que autorizan para actuar a su alero. Esto es, una agresión ilegítima, una situación de necesidad frente a un mal, un deber legal de obrar, un derecho en ejercicio legítimo (Antolisei, 1988: p. 223/ Vílchez, 1997: pp. 81-82/ Gómez, 1991: p. 349/ Iglesias, 1999a: p. 431). Además, respecto de las justificantes referidas a situaciones de necesidad, se requiere que el agente obre durante dicha situación, mientras perdura la misma (Berner, 2020: p. 31). De manera que el exceso debe presentarse durante la situación de necesidad, no antes de ocurrida ni después de cesada. Ello es así ya que para exceder los límites de algún ámbito es necesario haber estado antes dentro de él. Quien nunca estuvo dentro del tipo permisivo, no puede exceder sus límites (Zaffaroni, 1985: p. 506/ Fontán Balestra, 1998: p. 268). Por esta razón Soler llamaba exceso a "la intensificación innecesaria de la acción justificada", pues no consideraba dentro de los mismos a los excesos temporales, ya que en ellos la situación fáctica fundamental que autoriza la justificación no existe o dejo de existir (Soler, 1992: t. I p. 475/ Vílchez, 1997: pp. 81-82). De ahí que la doctrina denomine al exceso intensivo como "propio" y al extensivo o temporal como "impropio" (Iglesias, 1999a: pp. 172 y 431/ Luzón, 2002: p. 559). El segundo requisito exige que la conducta desplegada por el agente traspase los límites impuestos por la norma permisiva. Es decir, sobrepasar la necesidad racional del medio en la legítima defensa, sobrepasar el límite de injerencia en los bienes jurídicos ajenos en el estado de necesidad, sobrepasar los límites que fija la ley al ejercicio legítimo de derechos o deberes, rebasar los límites del consentimiento dado por el derechohabiente, o de la orden entregada por el superior jerárquico a quien se debe obediencia.

El autor brasileño Hermes Vílchez agrega un tercer requisito al exceso, consistente en que se cometa con dolo o culpa (1997: p. 84). Por nuestra parte, no lo consideramos un requisito del exceso, más bien es el elemento subjetivo que debe concurrir para que sea punible conforme a las reglas generales. Puede ocurrir que el exceso sea inculpable, ello tiene lugar cuando el exceso se comete producto de privación total de la razón, miedo insuperable, caso fortuito, error invencible. Sin embargo, cualquiera que fuese su aspecto subjetivo, en nada incide en su aparición como fenómeno jurídico. Igualmente se tratará de un hecho típico y antijurídico.

En este punto es importante destacar que la doctrina comparada, especialmente la argentina, ha discutido sobre si el exceso en las causas de justificación es doloso o culposo. La discusión es relevante en los ordenamientos que, como el argentino, contemplan una pena atenuada para el exceso. Hay autores que sostienen que no importa el aspecto subjetivo del exceso, pues en todos concurre el fundamento de la atenuación que es la disminución de la antijuridicidad (Nino, 2002: p. 170). Otros sostienen que el exceso es doloso, ya que el sujeto obra voluntariamente con ánimo de repeler un ataque o un peligro (Jiménez de Asúa, 1982: t. VI, p. 926/ Zaffaroni, 1985: p. 505/ Sisco, 1949: pp. 252 y 254/ Donna, 1985: p. 89). Defensor de esta tesis en Italia fue Impallomeni, para quien el exceso es doloso ya que el sujeto obra con conciencia de infligir al adversario un mal no necesario a fin de rechazar la injusta violencia. No puede existir culpa, ya que el error de cálculo no se origina por la acción del defensor, sino que en el hecho ilícito del agresor (1916: p. 331). En tanto, otro sector de la doctrina del país trasandino sostiene que el exceso es siempre culposo, ya que la disminución de pena se funda en el temor del sujeto ante la situación de peligro en la legítima defensa y el estado de necesidad, por lo cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso en los medios de salvación (Soler, 1992: t. I, pp. 478 y 479). En el exceso el sujeto obra de manera inintencionada debido a la necesidad, la ley o la autoridad. En cambio, quien intencionalmente traspasa los límites de la justificante no obra dentro del exceso, pues abandona voluntariamente la justificación y ya no actúa en cumplimiento de un fin legítimo, sino que con mala intención (Núñez, 1999: p. 173). Esta postura tiene su origen en la doctrina italiana, específicamente en

Carrara, para quien el elemento subjetivo del exceso era la culpa producida por el error de cálculo o precipitación del agente que se defiende. En cambio, el exceso malicioso debe penarse como delito doloso (2000: t. I, pp. 168 y 169). Fue seguida por Alimena, para quien el exceso voluntario es un delito doloso (1915: t. I, p. 294) y por Maggiore, para quien el exceso supone error, el cual no existe en el dolo (1985: t. I, p. 430). Esta tesis denomina al exceso doloso "abuso", ya que la intención excluye la legitimidad del hecho implicando el abandono voluntario de la situación justificada (Cortés de Arabia, 2005: p. 468). En Italia, el art. 55 del Código penal dispone expresamente que el exceso en las causas de justificación debe cometerse culposamente, sancionándose con la pena prevista por la ley para ese delito culposo.

En Chile, esta discusión carece de relevancia al no contemplar nuestro Código ninguna norma que –como la del Código argentino o italiano- explícitamente aplique una pena atenuada al delito cometido bajo exceso en las causas de justificación. Por lo tanto, el exceso puede ser doloso o culposo, en ambos casos se aplica la atenuante de eximente incompleta del art. 11 N° 1 del CP, que permite rebajar la pena en uno, dos o tres grados al mínimo de la pena señalada por la ley al delito. Sin embargo, según advierte Luzón (2002: p. 560), tal distinción es importante para determinar la pena a partir de la cual se aplica la rebaja punitiva, punto sobre el cual volveremos más adelante.

El análisis del exceso en general que hemos desarrollado hasta aquí no estaría completo si no abordamos otro fenómeno jurídico símil denominado abuso del derecho. Si bien se trata de una institución que es propia del derecho civil, cuyo tratamiento en detalle agotaría la extensión de este capítulo, considero relevante abordarlo de manera sintética a fin de despejar dudas, toda vez que algunos penalistas lo mencionan a propósito de la legítima defensa como límite a dicha justificante (Wessels, 1980: p. 95) o como sinónimo de exceso en la defensa (Cousiño, 1979: t. II, pp. 254, 264-266).

En el derecho civil no existe un consenso en cuanto al fundamento del instituto denominado abuso del derecho. A diferencia de otras legislaciones[22], nuestro Código del ramo no señala que debe entenderse por tal. Existen básicamente tres posturas sobre su fundamento: la primera, llamada subjetiva, lo funda en la ausencia de utilidad social en el ejercicio de los derechos subjetivos; la segunda, denominada objetiva, lo funda en la máxima general de prohibición de dañar a otro; la tercera, entiende al abuso del derecho como un correctivo al ejercicio excesivo o anormal de un derecho.

La tesis subjetiva es sostenida por Josserand, señala que existen algunos derechos subjetivos que no son absolutos, dado que deben ser ejercidos de acuerdo a la misión social que están llamados a desarrollar y que constituye el motivo por el cual son concedidos por la autoridad pública. En una sociedad organizada los derechos subjetivos son socialmente funcionales. De manera que existe abuso del derecho cuando el mismo no es ejercido en función de su espíritu o papel social, sino que es ejercido maliciosamente para perjudicar al prójimo. Para el francés, no se viola la letra de ley, pero se atenta contra su espíritu, siendo dicho abuso ilícito, por lo cual debe responderse por los daños y perjuicios causados. Para ilustrar lo anterior, distingue tres tipos de actos ilícitos: 1° El sujeto obra sin derecho, por ejemplo, invade el predio vecino; 2° El sujeto obra en virtud del derecho y de conformidad a su destinación social, pero causa daño a terceros, en este caso el ejercicio es excesivo. Por ejemplo, las chispas de una locomotora que al pasar incendian una cosecha; 3° El sujeto obra en virtud de un derecho, pero no cumple con la destinación de ese derecho según el espíritu de la institución, dañando a un tercero. En este último caso el ejercicio es abusivo. Por ejemplo, un propietario no podrá escavar pozos en su terreno con la finalidad de secar la fuente de su vecino o levantar edificaciones con finalidad de ensombrecer al vecino (1952: t. I, pp. 153-156). En consecuencia, el sujeto ejercita su derecho de un modo que no es razonable, regular o normal, sino que hay una desviación de la finalidad propia de éste. El fundamento del abuso del derecho sería

[22] El Código civil alemán define el abuso del derecho en su art. 226, al disponer que*: "No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro"* (Cousiño, 1979: t. II, p. 265).

uno solo: ningún derecho subjetivo es ilimitado, de serlo no habría orden social posible. Estos límites son el interés social, el interés del Estado, y los intereses de otros individuos titulares de otros derechos subjetivos (León, 1976: t. I, p. 128).

La postura objetiva es sostenida por Planiol y Ripert, Mazeaud, Colin, Capitain, y en Chile por Alessandri. Esta niega la existencia del abuso del derecho, indica que simplemente se trata de un exceso en el ejercicio del mismo que perjudica a un tercero. Según Planiol es un contrasentido hablar de abuso del derecho, por cuanto un derecho termina donde comienza el abuso y no puede haber uso abusivo de un derecho por la irrefutable razón que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario a derecho (Barros, 1999: p. 15). Se trata entonces de un ilícito civil que se funda en el principio general de prohibición de perjudicar a terceros. Para esta tesis existe abuso del derecho cuando su titular lo ejerce dolosa o culpablemente, es decir, con la intención de dañar a otro o sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Esta tesis rechaza la finalidad social o económica de los derechos subjetivos, ya que ello es imposible de probar y por otro lado da pie a la arbitrariedad judicial. La prueba de la intención de dañar estaría dada por la carencia de interés del titular del derecho en el acto de ejercicio abusivo (Alessandri, 1943: pp. 262, 264). También sigue esta postura Julián Bonnecase, quien lo define como el ejercicio de un derecho, sin utilidad para su titular, con un fin exclusivamente dañoso. Divide el concepto en los siguientes elementos: ejercicio de un derecho; falta de toda utilidad para el titular; intención nociva o dolo -*animus nocendi*- y; perjuicio causado efectivamente a un tercero (1985: t. II, pp. 330, 331). Nuestro derecho sigue esta ésta tesis objetiva, ésto se refleja en el art. 2110 CC que establece que no vale la renuncia que intempestivamente y de mala fe realiza un socio a la sociedad, y en el art. 280 del Código de Procedimiento Civil que impone la obligación de responder por los perjuicios a quien haya solicitado medidas prejudiciales precautorias sin que después haya interpuesto la demanda dentro de plazo legal (Alessandri, 1943: p. 262). Todos los derechos son susceptibles de abuso, incluso en sede contractual. Salvo aquellos de carácter absoluto, tales como el dispuesto en el art. 1184 CC que consagra la libertad del testador para disponer de la cuarta parte de sus bienes

y el art. 1317 CC que establece el derecho del comunero a ejercer la acción de partición en cualquier momento.

La tercera tesis, sostiene que hay abuso del derecho cuando atendidas las particulares circunstancias de su ejercicio, resulta contrario a las exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, lo que debe ser limitado por el derecho objetivo. El derecho es ejercido dentro de los límites externos que señalan la ley o el contrato que lo establece. Sin embargo, resulta excesivo o anormal, ya sea por la intención de su titular de dañar a otro (abuso en sentido subjetivo), o bien por la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio conforme a los estándares mínimos de solidaridad y lealtad (abuso en sentido objetivo). Tales estándares sólo están fijados en clausulas generales normativas, que en nuestro derecho son los art. 1461, 1467 y 1546 del CC que establecen como límite a la autonomía privada, la buena fe, las buenas costumbres y todas aquellas que emanen de la naturaleza de la obligación. Se sostiene que es el fundamento más aceptado por la doctrina (Barros, 1999: pp. 18, 19). En definitiva, se trata de una tesis ecléctica, ya que el abuso puede estar constituido por la existencia de dolo –en su significado civil- en el ejercicio del derecho, o bien por exceder los límites fijados por las clausulas normativas del derecho positivo que establece límites generales al ejercicio de todo derecho subjetivo.

En cuanto a los orígenes del instituto, hay consenso en que fue desconocido en el Derecho romano, en que sólo rigió la sentencia de Paulus contenida en el Digesto que dice: "*Qui iure suo útilitur néminem láedit*", esto es, "quien hace uso de su derecho no lesiona a nadie" (Libro L, tít. XVII, 151, Paulus, líb. 64 *ad Edictum*). Su origen se encuentra en los juristas medievales, quienes concibieron los denominados *atti emulativi* o actos de rivalidad, es decir, "actos que se realizan sin interés propio, sino por mero despecho, represalia u otro motivo censurable" (Antolisei, 1988: p. 199). El término proviene del latín *aemulatio* que significa concurso, competición, carrera, rivalidad deportiva o artística. Los juristas medievales utilizaron la frase *animus emulandi* o *ad aemulationen* para designar la intención de quien realiza ciertos actos comprendidos

normalmente dentro del ejercicio de su derecho, sin utilidad propia o con una mínima utilidad, con el fin de perjudicar a otro. En el derecho italiano estos actos son de larga tradición, actualmente se encuentran consagrados en el art. 833 del Código civil italiano, el cual dispone: *"Actos de emulación. El propietario no puede efectuar actos que no tengan otro fin que el de perjudicar o molestar a otros"* (León, 1976: t. I, p. 129).

De lo expuesto vemos entonces que el abuso del derecho es en realidad una especie de exceso en el ejercicio de los derechos subjetivos, y como tal es contrario a Derecho, constituyendo un ilícito civil. En efecto, siguiendo la segunda y tercera tesis, vemos que en realidad se trata de un ejercicio que, externamente o en apariencia, se ajusta a los límites fijados por la norma que consagra el derecho subjetivo, pero que en realidad no cumple con la cláusula general normativa del derecho privado de obrar de buena fe, de modo acorde a las buenas costumbres o a todo lo que emana de la naturaleza del acto. Si el ejercicio en esas condiciones causa daño a otro, sobrepasa otro límite inmanente al ejercicio legítimo de todo derecho, consistente en la prohibición de dañar a terceros. En definitiva, se sobrepasa un límite fijado por una clausula normativa o estándar, cuyo efecto es la injerencia dañina en la esfera de derechos de otro.

Siendo el abuso en el ejercicio de un derecho un ilícito civil, genera como consecuencia jurídica la obligación para el responsable de indemnizar el perjuicio patrimonial efectivamente causado conforme a los arts. 2314, 2329 y 1556 del CC. En cuanto a si son punibles penalmente, como observa Antolisei, se debe responder negativamente, pues para ello es necesario que choquen contra alguna norma penal (1988: p. 200). Esto no es más que manifestación de los principios de legalidad y tipicidad, pues como advierte Jiménez de Asúa el abuso del derecho en materia penal ha de manejarse con más circunspección que en el orden civil, lo injusto queda condicionado al tipo penal, por cuanto se trata de antijuridicidad tipificada (1982: t. IV, p. 525). Un ejemplo de este último caso, es el derecho de corrección de los padres sobre los hijos del art. 234 CC, cuyo abuso puede dar lugar al delito de maltrato habitual conforme a los arts. 5 y 14 de la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar o de lesiones conforme al art. 400 CP. Otro ejemplo,

no exento de controversia en la dogmática, es el derecho del dueño a resguardar su propiedad mediante la instalación de *offendicula* o defensas estáticas (*offendicula*-obstáculo), tales como las púas o vidrio molido que se ponen sobre los bordes superiores de los muros exteriores. Estos son lícitos en tanto sean aparentes, no afecten a terceros inocentes, ni puedan causar un daño desproporcionado al eventual ofensor. Sin embargo, si estos pueden afectar a un inocente, tales como las púas puestas sobre una cerca de baja altura, son ilícitos y se deberá responder penalmente por las lesiones que cause (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 267/ Cousiño, 1979: t. II, p. 442/ Soler, 1992: pp. 422 y 423/ Antolisei, 1988: p. 199/ Iglesias, 1999a: p. 240)[23].

En materia penal, las palabras abuso y exceso han sido utilizadas como sinónimos. Tal es el caso de Cousiño que al tratar las extralimitaciones en la legítima defensa habla de "abuso del derecho de defensa". Señala que este tiene lugar: cuando se obra sólo con la finalidad de causarle un daño mayor al agresor, esto es, sin *animus defensionis*; cuando hay una gran desproporción entre el bien defendido y la lesión o peligro causado por la defensa; cuando deliberadamente se hace un empleo no racional de los medios de defensa (1979: t. II, pp. 254, 264-266, 274). Otros llaman abuso al exceso doloso en las causas de justificación, ya que el dolo excluye la legitimidad de la acción pues implica el abandono voluntario de la situación justificada (Cortés de Arabia, 2005: p. 468).

Para concluir, advertimos que las palabras exceso y abuso no son sinónimos, ya que mientras exceso es un adjetivo que se dice respecto de la parte que sobrepasa una medida o regla, abuso es un verbo, que significa hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien (RAE, 2019). Etimológicamente proviene del latín *abusus*, que se compone del prefijo *ab* que significa alejamiento, repulsión, exceso, y *usus* que quiere decir servirse, valerse de algo. En consecuencia, ambos términos se encuentran

[23] Un tratamiento completo y actual sobre los *offendicula* y los mecanismos de defensa predispuestos puede consultarse en: Ontiveros, Miguel (2010): *Legítima defensa e imputación objetiva*. Especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Mexico D.F. El autor se centra en determinar cual sería el nivel de riego que es permitido generar con la instalación y funcionamiento de estos mecanismos.

relacionados, quien incurre en un exceso en el ejercicio de un derecho se dice que abusa del mismo. Abuso del derecho es lo contrario de uso o ejercicio legítimo del mismo. No obstante, consideramos que lo correcto en Derecho penal es hablar de exceso a fin de no llamar a confusiones con el instituto civil.

2. El exceso en la legítima defensa.

La legítima defensa constituye una norma permisiva que autoriza, de manera excepcional, el uso de la fuerza para repeler o rechazar una agresión ilegítima. Tal actividad defensiva deberá enmarcarse dentro de los límites de la permisión determinados por el derecho positivo. Mientras la repulsa se realice dentro de dichos márgenes será consideraba lícita o justificada. Si el agredido sobrepasa dichos límites, tal exceso es antijurídico, pues ya no obra al amparo de la justificante, pasando a convertirse ahora en injusto agresor. Correlativamente, no existe para el inicial agresor el deber de tolerar o soportar tal exceso de defensa, pudiendo oponerse al mismo.

Conforme a lo expuesto, hablar de exceso en la legítima defensa significa traspasar sus límites. Lógicamente de ello se desprende que, para que exista exceso por parte del sujeto que despliega la repulsa o acción que lesiona bienes jurídicos de un agresor, éste debe primeramente encontrarse dentro de los límites de la justificante y obrar dentro de ella. En otras palabras, deben existir de manera objetiva aquellas condiciones establecidas en la norma permisiva que habilitan para desplegar una acción típica en defensa de bienes jurídicos puestos en peligro. Sin la concurrencia de aquellas condiciones, no opera la permisión y la conducta defensiva estará prohibida. Por lo tanto, el presupuesto necesario para que exista exceso en la defensa es que el sujeto se encuentre dentro de la justificante, esto es, que haya nacido el derecho o facultad para defenderse y que el sujeto obre mientras ese derecho exista. No puede excederse quien nunca estuvo al amparo de la justificante, es decir, quien nunca tuvo permiso para obrar en defensa.

Corresponde entonces determinar cuáles son esos presupuestos esenciales que deben concurrir para que exista exceso en la defensa. La doctrina ha señalado que estos

son tres: agresión ilegítima actual o inminente, necesidad de defensa y ánimo o voluntad de defenderse (Gómez, 1991: pp. 325, 326/ Jiménez Díaz, 2007: pp. 9 a 34). Pasemos a analizar cada uno de ellos, a fin de situarnos mentalmente dentro de los límites de la justificante, esto nos permitirá, luego, visualizar de mejor manera las hipótesis de exceso en la defensa, sin incurrir en errores metodológicos.

La primera condición para que exista la circunstancia justificante de legítima defensa, y por ende, pueda existir exceso en la misma, es la existencia de agresión ilegítima actual o inminente conforme dispone el art. 10. N° 4 del CP. Este constituye el requisito constitutivo, esencial o *conditio sine qua non*, sin cuya concurrencia no es posible concebir la existencia de la permisión. Se trata del hecho generador, la base y fundamento esencial de este derecho, el *prius* lógico y su razón de ser (Rivacoba, 1965: pp. 250-251). Originalmente fue entendida de manera limitada como *vis física*, esto es, como un acometimiento físico o empleo de fuerza material para causar un mal o poner en peligro a la persona o derechos de otro. Esta restricción conceptual obedecía por un lado al tenor gramatical de la palabra agresión, que etimológicamente proviene del latín *aggressio* que significa acto de hacer daño a alguien. El vocablo se compone del prefijo *ad* (hacia) y *gressus* (ido, andando). Por otro lado, históricamente la justificante estaba prevista sólo para la defensa de ataques contra la vida e integridad corporal, ataques al patrimonio que implicaban simultáneamente un peligro para éstos –como la rapiña, el hurto con armas y el *furtum nocturnus*- y ataques que afectaban bienes esenciales para la propia conservación o cuyo perjuicio fuere irreparable. Ello fue constante en el Derecho romano-canónico, Las Partidas y La Constitución Criminal Carolina. La ampliación del círculo de bienes defendibles sólo tuvo lugar hacia fines del siglo XVIII con el inicio del proceso de codificación y el desarrollo de la ciencia penal que la concibe como una causa de justificación general[24]. Por todo ello, tal concepto es abandonado por la dogmática

[24] No obstante, algunos de los primeros Códigos penales europeos se mantuvieron fieles al concepto de agresión como acometimiento. Por ejemplo, el Código penal francés Napoleónico de 1810, trataba la legítima defensa en la parte especial, Libro III, Titulo II, Cap. I, Crímenes y delitos contra las personas, disponía: "*art. 328 No hay crimen ni delito, cuando la necesidad actual de la legítima defensa, ya de sí mismo o de otro, haya exigido el homicidio las lesiones y los golpes; art. 329. Están comprendidos en el*

penal moderna, formulándose definiciones con mayor grado de abstracción que pudieran abarcar diversas formas de afectación o puesta en peligro a distintos bienes jurídicos. Así, Jiménez de Asúa, siguiendo a von Liszt, von Hippel y Manzinni, la define como "la indebida injerencia en un estado existente y que constituye un derecho subjetivo propio o ajeno" (1982: t. IV, p. 160). La dogmática hispana más reciente la define como "aquella conducta humana, actual o inminente apta la lesionar realmente o poner en peligro *ex ante*, intereses jurídicamente protegidos" (Iglesias Río, 1999a: p. 37). En tanto, la dogmática germana la entiende como "una conducta humana que amenace un bien o interés jurídicamente protegido" (Wessels, 1980: p. 94/ Jakobs, 1995: p. 458/ Roxin, 2006: p. 611/ Stratenwerth, 2016: p. 229/ Hilgendorf y Valeruis, 2017: p. 92), o como "la lesión provocada por una persona contra intereses jurídicamente protegidos" (Eser y Burkhardt, 1995: p. 214). Jescheck y Weingend, combinando ambas definiciones, dicen que agresión es "toda lesión o puesta en peligro que, procedente de una persona, afecta de un interés jurídicamente protegido del autor o de un tercero" (2002: pp. 364 y 363). A partir de estas definiciones, podemos dividir la agresión en diversas partes o elementos configurativos.

El primer elemento de la agresión es que se trate de un obrar o acción humana. En palabras de Berner, debe emanar de un ser pensante, pues solo frente a ellos hay derecho (2020: p. 7). De manera que los ataques de animales no constituyen agresión y sólo pueden ser repelidos en virtud del estado de necesidad agresivo, salvo que el animal sea utilizado como instrumento por parte de otra persona para agredir, caso en el cual sí procede la defensa. Para que la agresión posea la cualidad de acción, se exige que sea dirigida por la voluntad (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 92). Este es un elemento que es exigido por todas las teorías sobre la acción jurídico penal –causalista, finalista, social-. Es capaz de actuar, en sentido jurídico penal, toda persona física sin importar su edad y estado

caso de necesidad actual de defensa los dos casos siguientes: 1º Si el homicidio se ha cometido, si las heridas se han inferido, o si los golpes se han dado, rechazando, durante la noche, el escalamiento o la fractura de cercados, muros o entrada de una casa o de una vivienda habitada o de sus dependencias; 2º Si el hecho ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o de pillaje, ejecutados con violencia" (Zavala, Serrano y Mezquía, 1866: pp. 70 y 71). Otro caso fue el Código penal italiano Zanardelli de 1889, en su art. 49 inciso segundo autorizaba la defensa contra la "*violenza attuale e ingiusta".*

psíquico, incluso el alienado (Wessels, 1980: p. 27). Por lo tanto, no constituyen agresiones los actos involuntarios, como los movimientos reflejos, instintivos, espasmódicos y los impulsados por una fuerza irresistible o *vis* absoluta, como el sujeto que es empujado violentamente sobre otro como un mero objeto.

En cuanto al elemento subjetivo de la agresión ilegítima, no cabe duda que esta puede cometerse con dolo, pero hay controversia en la doctrina sobre si puede cometerse con culpa o negligencia. Al respecto, la doctrina se encuentra divida en dos corrientes, una restringida que postula que la agresión ilegítima solo puede consistir en una conducta dolosa y otra corriente amplia, que sostiene que la agresión ilegítima puede consistir en una conducta dolosa o culposa. Pasaremos a analizar cada una de ellas.

La primera corriente sostiene que la agresión ilegítima se limita únicamente a las acciones imputables a título de dolo, quedando excluidas las conductas negligentes o culposas. Diversos fundamentos se dan para ello. En primer lugar, en el sentido natural-semántico de la palabra agresión que denota un actuar ejecutado conscientemente con el propósito de lesionar (Luzón, 2002: p. 530). La agresión precisa la existencia de una voluntad de ataque (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 171). Desde la óptica del finalismo, se sostiene que la agresión supone conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico, no siendo tales el obrar causal, ciego, ni el que es consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (Cerezo Mir, 1997: t. II, pp. 201-202). Es indispensable que la agresión sea impulsada por la fuerzas del querer (Cousiño, 1979: t. II, p. 246). En las acciones que sólo infringen un deber objetivo de cuidado falta la voluntad de ofender o poner en peligro un bien jurídico individual, por lo que no pueden considerarse como agresión (Zilio, 2012. P. 132). En segundo lugar, se invoca la insuficiencia preventivo-especial de la legítima defensa frente a acciones negligentes, en el sentido de que la autorización la actuar el legítima defensa no produce efectos intimidatorios en contra de acciones imprudentes que puedan lesionar bienes jurídicos de otro (Luzón, 2002: pp. 172, 530). En tercer lugar, según Luzón la agresión ilegítima exige que la agresión sea típica y las acciones culposas para ser delito requieren que se produzca un resultado típico. De

manera que si se trata de impedir el resultado, estas acciones serán negligentes pero no delictivas, por lo que no podrían ser ilegítimas (2002: p. 173). En cuarto lugar, desde el punto de vista del fin supraindividual de la legítima defensa, sólo el agresor doloso abandona completamente el terreno del Derecho, lo cual justifica que deba soportar las consecuencias radicales, incluso una defensa desproporcionada. En quinto lugar, se sostiene que la agresión imprudente no posee el mismo significado que una dolosa, pues no niega de manera directa y abierta la libertad organizativa ajena, por lo que el principio de responsabilidad no es del mismo grado que en las agresiones dolosas (Baldó, 2016: p. 410).

Los seguidores de la tesis restringida sostienen que frente a agresiones inculpables el agredido sólo puede obrar al amparo del estado de necesidad defensivo, quedando la acción defensiva sujeta a las reglas de subsidiaridad y proporción de males en juego. Se precisa que frente a la acción negligente peligrosa, primeramente se debe advertir al sujeto para que modifique su obrar, y si pese a ello el sujeto continúa con la conducta nociva, su actuar se transforma en doloso, autorizando la legítima defensa (Luzón, 2002: pp. 413, 510/ Gómez, 1991: p. 48/ Zaffaroni, Aliaga y Slokar, 2007: p. 482/ De Toledo y Huerta, 1986: pp. 215-216/ Muñoz Conde y García, 2010: p. 323/ Zilio, 2012: p. 132/ Baldó, 2016: p. 411).

A su turno, la segunda corriente sostiene que la agresión ilegítima puede ser cometida tanto con dolo como con culpa o negligencia, pues sólo basta con que se trate de una acción humana que sea contraria al ordenamiento jurídico que ponga en peligro o lesione bienes jurídicos ajenos, sin que requiera una finalidad específica o que se obre con dolo, pudiendo consistir en una acción imprudente o incluso inculpable (Welzel, 1956: p. 92/ Wessels, 1980: p. 94/ Jakobs, 1995: p. 465/ Jescheck y Weigend, 2002: p. 363/ Roxin, 2006: t. I, p. 612/ Tavares, 2018: p. 332/ Rusconi, 2001: p. 68/ Nino, 2002: p. 100/ Politoff, Matus y Ramírez, 2004: t. I, p. 216/ Cury, 1996: t. I, p. 366/ Mir Puig, 2016: p. 449). Refutando los argumentos de la tesis restringida, Iglesias Río sostiene que semánticamente la palabra agresión no excluye la imprudencia, pues desde el punto de vista valorativo es

posible reorientarla a esos supuestos a acciones culposas, si se toma en cuenta el fin individual de la eximente. Igualmente, sostiene el autor que la finalidad preventivo-especial existe respecto de las conductas dolosas y culposas, el castigo penal de estas últimas constituye un llamado de atención a la colectividad para que observe los deberes objetivos de cuidado. Refutando a Luzón, sostiene que desde el punto de vista criminológico no es posible demostrar que la legítima defensa no tenga un efecto preventivo especial respecto de los delitos imprudentes. Igualmente, señala que la necesidad de defensa de bienes jurídicos individuales no puede dejar de atenderse frente a agresiones culposas, cuestión distinta es que en estos casos la necesidad racional de defensa deba reducirse a baremos social y racionalmente tolerables. Otra consecuencia que observa de seguir la tesis contraria, es que la procedencia de la legítima defensa dependería de lo que exista en el fuero interno del agresor y no de su conducta externa, lo cual deja al agredido en situación de desventaja frente al peligro, al no poder percibir cual sería la voluntad del atacante. Finalmente, el autor hispano señala que de excluir la agresión imprudente significaría que el agredido no podría defenderse legítimamente frente a quien actúa con error –vencible o invencible- sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación –error de tipo permisivo- y que el agresor que obra bajo tal error podría defenderse legítimamente contra la víctima (1999a: pp. 83-86). Por su parte, Carlos Santiago Nino igualmente refutando a Luzón, señala que aunque se impida el resultado típico de la acción imprudente ello no le quita su carácter de antijurídica (2002: p. 111).

Personalmente adherimos a esta tesis amplia, agregando que limitar la procedencia de la legítima defensa únicamente a agresiones dolosas significaría reducir el alcance del tipo permisivo mediante la introducción de un requisito no previsto expresamente por el legislador, con lo cual se amplía el campo de las conductas penalmente punibles. Lo que únicamente exige el legislador es que la agresión sea ilegítima o antijurídica, cualidad que comparten tanto las acciones dolosas como culposas y las inculpables. Por lo tanto, tal como sostienen Fiandaca y Musco, el requisito es relevante en términos puramente objetivos, es suficiente que el agresor tenga un comportamiento contrario al orden jurídico considerado en su conjunto (2006: p. 288). Finalmente, debe tenerse en cuenta que una

conducta imprudente puede ocasionar el mismo grado de peligro o lesiones para bienes jurídicos ajenos que una conducta dolosa, por lo que la necesidad de reaccionar frente a ellas para impedirlas o repelerlas es la misma en ambos casos.

Corresponde analizar ahora si es posible obrar en defensa contra agresiones inculpables. Al respecto, también existe controversia en la doctrina respecto de la procedencia de la legítima defensa frente a ellas. En el primer capítulo de este trabajo ya hemos expuesto las dos tesis de existen a este respecto, objetiva y subjetiva, inclinándonos por la primera, la cual admite la justificante aún frente a ataques de personas inculpables. Sin embargo, parte de la dogmática penal más contemporánea se ha inclinado por la tesis subjetiva al interpretar la agresión desde el punto de vista del concepto de acción del funcionalismo jurídico-penal. Esta corriente es sustentada por Jakobs, se basa en el funcionalismo sistémico postulado por el sociólogo Niklas Luhmann. Concibe a la sociedad como un sistema comunicativo, configurado de un modo concreto y como tal debe ser capaz de mantenerse frente a modelos divergentes. Dentro de ella, el Derecho penal es un subsistema social orientado a garantizar la identidad normativa de la sociedad. Su función consiste en contradecir todo aquello contrario a las normas determinantes de la identidad social, garantizando la misma. El delito es entendido como un acto comunicativo afirmativo que contradice la norma y la pena es la respuesta que refuta o lo niega, reafirmando la vigencia de la norma. Cuando la sociedad pena es porque se rehúsa a aceptar un cambio en su configuración constituido por el delito (Jakobs, 2000: pp. 15, 18, 26). Esta teoría introduce cambios importantes en las categorías jurídico-penales. La acción sólo será típica si dentro de su contexto social es portadora de significado de contrariedad a la norma o lesión a otros. No basta con observar la causalidad o la psiquis del sujeto, se debe observar también su entorno, a la víctima, y a los terceros, a fin de calificar la conducta. Esta se interpreta dentro de su contexto social, a fin de determinar si tiene significado de ser gestadora de un daño (Jakobs y Struensee, 1998: pp. 41 y 42). Por lo tanto, solo es acción aquella conducta que es portadora de un significado y que expresa algún sentido social o antisocial. La culpabilidad igualmente se reconstruye desde un punto de vista funcional, pues sólo son culpables aquellas conductas que comunican un

significado o sentido de quebrantar las normas, las que carecen de él son simples hechos de la naturaleza, entre los cuales se encuentran los derivados de enfermedades, error inevitable, necesidad absoluta, perturbación, miedo, pánico, etc. (Jakobs, 2000: p. 61). Niños y enfermos mentales no participan del proceso comunicativo social, al no poder dar sentido a sus acciones, por ende, no defraudan el contenido de las normas, sus actos sólo pueden ser entendidos como hechos de la naturaleza (Jakobs y Struensee, 1998: p. 51). Llevado todo esto a la legítima defensa, Jakobs sostiene que no hay ataque antijurídico cuando el comportamiento del agresor es inculpable, dado que éste no defrauda una expectativa de conducta garantizada jurídicamente, cuestión que es conocida por el resto del grupo social. Para el profesor de Bonn la drástica consecuencia de la legítima defensa consistente en la pérdida del derecho a la solidaridad mínima sólo puede ocurrir cuando el agresor ha causado el conflicto culpablemente (1995: pp. 464 y 466). Para estas tesis solo será procedente contra el ataque del inculpable obrar al amparo del estado de necesidad defensivo, lo que se traduce en dos consecuencias: la acción de salvaguarda que afecte bienes jurídicos del agresor es solo subsidiaria de cualquiera otra forma de conjurar el mal; si es necesario afectar bienes jurídicos del agresor, tal injerencia debe respetar la medida de solidaridad mínima, que en nuestro derecho significa que no se puede causar un mal sustancialmente superior al evitado.

Múltiples críticas a recibido la teoría funcionalista, ellas se refieren principalmente a su carácter neutro o avalorativo, autoritario, la no consideración de la protección de bienes jurídicos como fin del *ius puniendi* y su favorecimiento del expansionismo del Derecho penal al permitir que éste sea utilizado para garantizar las más diversas funciones de otros subsistemas sociales (Baratta, 1985). Sin embargo, centrándonos en nuestro tema, consideramos que las acciones de inculpables igualmente pueden ser consideradas como antijurídicas, pues ciertamente pueden lesionar gravemente bienes jurídicos de terceros. De seguir la tesis de Jakobs tendríamos que sostener que las acciones inculpables, al no comunicar sentido de defraudación del Derecho, serían actos de la naturaleza y, por ende, irrelevantes jurídicamente, siendo entonces conductas neutras o libres de valoración. Tal conclusión no es aceptable por cuanto toda acción humana es susceptible de ser catalogada

como lícita o ilícita, todo lo que cae dentro del ámbito del Derecho queda teñido de valor. Por otro lado, rechazar la legítima defensa en contra de actos inculpables sería incorrecto político-criminalmente ya que pondría al agredido en un peligro aún mayor, al exigirle que evalúe previamente si su atacante obra o no de manera inculpable, quedando en una seria desventaja. Jakobs se hace cargo de este punto, indicando que en situaciones en que la falta de culpabilidad del agresor no es ostensible se debe aplicar la legítima defensa, ya que el agresor debe soportar los riesgos del error (1995: p. 467). Sin embargo, consideramos que tal respuesta corrobora nuestra posición al no ser coherente con la idea de contenido comunicativo de la acción sobre la cual se basa su teoría funcionalista. Por lo tanto, sostenemos la procedencia de la legítima defensa contra agresiones inculpables, lo cual está respaldado en el derecho positivo que sólo exige agresión ilegítima, es decir antijurídica, sin hacer referencia a que deba ser además culpable. Esta posición objetiva está respaldada por la doctrina mayoritaria según vimos.

La agresión generalmente se manifiesta en una conducta activa o hacer positivo. No obstante, la doctrina mayoritaria también admite que pueda consistir en una omisión o no hacer, siempre que se cumplan dos requisitos copulativos: debe existir un deber jurídico de actuar, el sujeto omitente debe encontrarse en posición de garante –omisión impropia- y; la omisión debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico individual, esto es, debe dar lugar a un delito de comisión por omisión (Mezger, 1958: p. 169/ Welzel, 1956: p. 91/ Wessels, 1980: p. 94/ Eser y Burkhardt, 1995: p. 215/ Frister, 2011: p. 323/ Stratenwerth, 2016: p. 229/ Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, pp. 164, 165/ Iglesias, 1999a: pp. 42 y 43/ Luzón, 2002: p. 142/ Tavares, 2018: p. 333). Se trata de situaciones en que el sujeto que está en posición de garante no cumple su específico deber de protección frente al peligro concreto que está obligado a conjurar. Al omitente se le considera autor del resultado lesivo no por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado (Roxin, 2000: p. 501). Por ejemplo, la madre que no alimenta al hijo recién nacido; el dueño de un perro bravo omite llamarlo mientras este muerde a un niño, el gendarme que se niega a cumplir la orden judicial de poner en libertad al recluso. En estos casos será legítima una reacción defensiva violenta para constreñir al

sujeto a que actué (Palazzo, 2008: p. 400), o la acción de un tercero que evite el resultado (Roxin, 2006: t. I, p. 613). Sin embargo, para Baldó Lavilla no procede la legítima defensa frente a omisiones de deber especial de garante cuando el peligro procede de una fuente de peligro ajena. Señala que para ello se requiere, que el peligro provenga de la propia esfera organizativa del sujeto garante y que el sujeto omita su deber especial de garante de aseguramiento. Por ejemplo, el sujeto que tiene a su cargo el control de un equipo o maquina peligrosa y omite su deber de controlarla, el sujeto que ha terminado de instalar una bomba de explosión retardada (2016: p. 394-399). Respecto de la omisión propia u omisión de un deber general de asistencia, es decir, en que el omitente no tiene posición de garante o deber de actuar para conjurar un peligro actual o inminente, ella no constituye agresión ilegítima. En su contra sólo cabe actuar al amparo del estado de necesidad defensivo o agresivo, dependiendo si el sujeto omitente es objetivamente competente o no por la creación del peligro. En nuestro derecho positivo este tipo de omisión se sanciona como la falta de omisión de socorro del art. 494 N° 14 del CP, dado que implica una infracción al deber general de solidaridad intersubjetiva. Otros autores sostienen que igualmente debe considerarse como agresión la omisión propia, autorizando legítima defensa en contra de ella, pues así como no se requiere que la acción sea delictiva para aceptar la defensa, tampoco hay razón legal ni doctrinal para exigir que la omisión sea delictuosa para hacer procedente la defensa. Lo único relevante es que la omisión cree un peligro para un bien jurídico (Gómez, 1991: pp. 77 y 78). Agregan que, si bien la omisión propia se funda en un deber general de solidaridad, este es tutelado solo de manera secundaria, la omisión de socorro también puede poner en peligro la vida e integridad física, como en el caso de quien hallando en el camino a un herido se niega a trasladarlo en su vehículo hasta donde lo pueda atender (Zaffaroni, 1981: t. III, p. 599). La postura minoritaria, hoy en día completamente abandonada, sostiene que la agresión sólo puede consistir en una conducta activa u obrar positivo, siendo incompatible con un no hacer u omisión. Pero admite contra la omisión obrar en estado de necesidad (Puig Peña, 1959: t. I, p. 374/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 200/ Rivacoba, 1995: p. 129).

El segundo elemento de la agresión consiste en que sea ilegítima, lo cual significa antijurídica, contraria de las normas de Derecho en general y no cubierta por una norma permisiva. Esto significa que no hay derecho a defenderse en contra de quien obra afectando bienes jurídicos de un tercero, pero autorizado por el Derecho, ya sea en cumplimiento de un deber –como el policía que detiene a un sujeto en delito flagrante o en ejecución de una orden judicial- , en ejercicio legítimo de un derecho –padre que corrige moderadamente al hijo- o al amparo de una norma permisiva como el estado de necesidad justificante –caso del que ingresa en morada ajena para evitar un mal mayor-, por mencionar algunos ejemplos. En estos casos quien sufre la agresión lícita debe soportarla dado que sobre él pesa el correlativo deber de tolerancia o sacrificio, que como sabemos cesa si los límites de la permisión son excedidos. La doctrina dominante sostiene que no se requiere que la agresión sea típica o constitutiva de delito, ni tampoco que sea punible (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 165/ Jiménez Huerta, 1952: p. 263/ Blasco, 1976: p. 162/ Antolisei, 1988: p. 209/ Zaffaroni, 1985: p. 491/ Gómez, 1991: p. 145/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 206/ Balmaceda, 2014: p. 192). La ilicitud puede derivarse de la infracción de normas de cualquier rama del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la agresión puede consistir en un acto contrario al derecho penal, al derecho civil, al derecho público o a cualquier otra norma jurídica, sin que sea necesario que se trate de un injusto penal (Cousiño, 1979: t. II, p. 251/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 253/ Tavares, 2018: p. 332/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 206)[25]. Por lo tanto, no son antijurídicas las ofensas desaprobadas solo moral o socialmente, como el gesto ofensivo en violación de una regla de buena educación como no ceder el paso en un ascensor a un anciano. Solo son antijurídicas y prevenibles mediante legítima defensa, aquellas conductas que son

[25] En España el actual texto del art. 20 N° 4 del CP al establecer el requisito de agresión ilegítima luego señala que: *"En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas"*. En base a ello la doctrina sostiene que a *contrario sensu* respecto de los demás bienes jurídicos no se requiere que la agresión constituya un delito penal (Mir Puig, 2016: p. 449-450).

deducibles de una norma o principio del ordenamiento jurídico con valoración jurídica negativa, prescindiendo de la consecuencia jurídica sancionatoria (Palazzo, 2008: p. 401).

En contra de la tesis que sostiene un concepto amplio de la antijuridicidad de la agresión, se erige la tesis de la antijuridicidad restringida, para la cual la agresión que autoriza la defensa necesaria solo es aquella constitutiva de un delito o falta penal, es decir, debe ser constitutiva de un hecho tipificado penalmente. Esta tesis se funda en la idea que la agresión debe afectar bienes jurídicos protegidos penalmente, alcanzar al menos un mínimo de desvalor social representado por la falta penal. Agrega que existe una limitación ético-social a la legítima defensa respecto de las agresiones de bagatela. Igualmente, señala que los conflictos pertenecientes a otras ramas del Derecho no pueden ser resueltos al amparo de una justificación propia del Derecho penal, debiendo recurrirse a las vías jurisdiccionales (Jiménez Díaz, 2007: pp. 15, 16, 17). Adhiere a esta tesis Baldó Lavilla, para quien la antijuridicidad de la agresión debe ser típicamente penal para autorizar la mayor virtualidad agresiva que implica la legítima defensa, señalando que en contra de las demás agresiones antijurídicas no típicas será procedente el estado de necesidad defensivo (2016: pp. 449). Con similar fundamento se pronuncian Muñoz Conde y García (2010: p. 324).

Sin embargo, el mayor debate doctrinal en relación al requisito de antijuridicidad de la agresión versa sobre si esta es objetiva o si es subjetiva, es decir, sobre si se requiere o no que el agresor sepa que obra de manera ilícita para que su agresión sea antijurídica. Según la tesis subjetiva, niños, enajenados mentales y quienes obran de manera inculpable no actúan de manera antijurídica, ya que no tienen conciencia de la ilicitud de su conducta. En consecuencia, respecto de ellos no existe necesidad de imponer una sanción desde el punto de vista preventivo general. Tampoco concurre el fundamento supraindividual de la legítima defensa, al no existir una voluntad consciente que deliberadamente se rebele contra el imperio del orden jurídico. En consecuencia, la agresión para ser antijurídica debe ser además culpable.

Esta tesis subjetiva se funda en la llamada teoría imperativista de las normas cuyos máximos representantes fueron durante el siglo XIX los alemanes Agust Thon y Ernst Rudolf Bierling y, paralelamente, en la tradición anglosajona John Austin. Durante el siglo XX su máximo representante fue Kelsen. Según esta concepción el Derecho es un conjunto de imperativos cuya función es regular y configurar la vida de la comunidad. La norma jurídica no es un mero juicio de valor, sino un imperativo, esto es, la expresión de un querer o voluntad del legislador, dirigida y concebida para configurar el comportamiento de los súbditos en la forma deseada. La norma es un mandato u orden, manifestada mediante proposiciones imperativas "tú debes" o "tú no debes". A consecuencia de ello, la antijuridicidad es concebida como rebeldía, desobediencia, o no sumisión al mandato. Por lo tanto, la resolución de voluntad es el núcleo de la antijuridicidad misma. Si la norma penal es un reclamo de obediencia dirigido a la voluntad, el momento subjetivo de la desobediencia integra la esencia de la antijuridicidad. Niños, enfermos mentales e inculpables no son destinatarios de las normas, ya que no pueden acatar la orden o mandato contenido en ella (García Pablos, 2006: pp. 433-439).

Partidarios de la tesis subjetiva de la agresión fueron Helmut Mayer y Eberhard Schmidhäuser. Este definió la agresión de manera restringida como el ataque culpable que pone en cuestión la validez empírica del ordenamiento jurídico. Distinguió dos momentos de la antijuridicidad: la infracción a la validez normativa, lo que tiene lugar mediante la realización de la conducta prohibida; y la infracción a la validez empírica del ordenamiento jurídico, concepto que toma de la Sociología de Max Weber, que ocurre mediante la voluntad especial de rebelarse contra el Derecho como personificación del poder espiritual vivido por la comunidad (Iglesias, 1999a: pp. 77-80).

También comparte esta tesis Frister, para quien la agresión antijurídica debe suponer al menos la posibilidad individual de conocer la situación de hecho que fundamenta la antijuridicidad. Indica el autor germano que es la voluntad antijurídica del agresor la que provoca la colisión de bienes jurídicos y la que justifica la defensa mediante

la injerencia desproporcionada en sus bienes jurídicos. Si no concurre tal voluntad, no hay legitimación para desatender los intereses del agresor al momento de repelerlo, por lo que se debe actuar bajo estado de necesidad defensivo, el cual prevé un requisito de proporcionalidad. En consecuencia, para Frister la agresión debe ser culpable. Sin embargo, reconoce que ello no es compatible con el texto del art. 32 del Código penal alemán, aceptando aplicar respecto de las agresiones inculpables las restricciones ético-sociales (2011: pp. 323-325).

Otro secuaz de esta tesis es Hruschka, quien adhiriendo a la concepción normativista al concebir a las normas como mandatos, clasifica las normas penales en dos grupos: a) reglas de conducta, que describen la conducta mandada o prohibida; b) reglas de imputación, que a su vez se dividen en dos grupos; de primer grado, determinan si la conducta mandada era físicamente posible para el sujeto, si este tenía conocimiento de las alternativas de actuación o de su inactividad, esto es, si conocía las circunstancias fácticas esenciales; las de segundo grado, determinan si el sujeto conocía la norma y si existió algún contramotivo que le impidiera cumplirla. Siguiendo la máxima kantiana de libertad, que reza que sólo un hecho con *causa moralis* queda sometido a la ley, Hruschka concluye que sólo un hecho que sea imputado en el primer nivel queda sometido a las leyes y puede ser o no ser antijurídico (1994: p. 343-348). En consecuencia, acciones que lesionen bienes jurídicos ajenos emanadas de un sujeto que obra con total ignorancia sobre las circunstancias esenciales sobre los hechos, como pueden serlo un enajenado o un oligofrénico, no pueden ser consideradas antijurídicas. Para Hruschka la agresión en la legítima defensa debe ser culpable, en caso contrario el conflicto debe resolverse aplicando las reglas del estado de necesidad defensivo (citado por Palermo, 2007: p. 331).

Por nuestra parte, rechazamos tanto la tesis que exige una antijuridicidad exclusivamente penal, como también aquella que exige una antijuridicidad subjetiva. La primera por cuanto desconoce el carácter unitario del concepto de antijuridicidad, el cual sólo significa una relación de contrariedad entre la conducta y el ordenamiento jurídico. La conducta contraria a una norma, es ilícita para todo el ordenamiento jurídico en su

conjunto. No es posible que sea a la vez ilícita para una rama del ordenamiento y lícita para otra. La antijuridicidad es una sola, sin perjuicio que la contravención de una norma pueda producir distintas consecuencias en las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la responsabilidad civil o administrativa derivada de la comisión de un delito. En consecuencia, no existe una antijuridicidad exclusivamente penal. Por otro lado, en cuanto a lo sostenido por Baldó, en orden a que la virtualidad agresiva de la legítima defensa sólo puede autorizarse frente a ilícitos penales, tal observación pasa por alto que el modo e intensidad de la reacción defensiva es distinta según lo que sea racionalmente necesario en cada caso concreto, dependiendo del bien jurídico afectado, el peligro, la intensidad del ataque, los medios de defensa disponibles, etc.

Respecto de la tesis que exige una antijuridicidad subjetiva, igualmente la rechazamos, por cuanto implica confundir las categorías dogmáticas de antijuridicidad y culpabilidad. El juicio sobre la antijuridicidad es objetivo e impersonal, en este se constata si existe contradicción entre la conducta desplegada por el sujeto y lo dispuesto por la norma. Se debe determinar si la conducta se ajusta a lo descrito por el tipo penal, es decir, si aquella reúne todos los elementos objetivos externos, como también aquellos internos o psíquicos que Mezger denominó elementos subjetivos del injusto (1958: p. 135-136), tales como el ánimo de lucro en el hurto y el ánimo lascivo en los abusos sexuales. Siendo la antijuridicidad un concepto objetivo, la calificación de un acto como lícito o ilícito no depende de la cognición o intención de quien lo realiza, sino únicamente de la comparación entre la conducta exteriorizada y lo que establece el Derecho (Guzmán, 2015: p. 120). La licitud o ilicitud de un hecho típico no puede depender sólo de las creencias subjetivas del particular (Muñoz Conde, 1989: p. 55). Se trata en definitiva de un proceso silogístico en donde determina si la conducta concreta desplegada por el sujeto queda comprendida dentro del supuesto de hecho descrito en el tipo penal, el cual constituye la premisa mayor. En cambio, el juicio sobre la culpabilidad es subjetivo o personal y posterior al juicio sobre la antijuridicidad. En éste se determina si la conducta antijurídica puede ser reprochada a su autor, como obra suya, por haber podido obrar de una manera distinta a como lo hizo. Siguiendo el esquema de culpabilidad normativa,

dentro de este juicio se determinará: si el sujeto es imputable, es decir si tenía la capacidad psíquica para comprender los contenidos de las normas y determinarse conforme a ellas; si las circunstancias concomitantes del caso concreto eran normales, de manera que le era exigible al sujeto fidelidad a los mandatos de la norma y; si obro con dolo –conociendo y queriendo la realización del tipo penal- o si obró con culpa –infracción a deberes de cuidado-.

Es importante advertir que de seguirse la tesis subjetiva todo acto cometido por un inimputable que lesiones bienes jurídicos de un tercero nunca podría ser considerado como antijurídico, quedando como acción neutra o al margen del Derecho. Esta solución es incompatible el principio de ontología formal del Derecho de tercero excluido, conforme al cual, entre el binomio jurídico-antijurídico no existe una tercera categoría del obrar humano o espacio libre de valoración jurídica (Guzmán, 2015: p. 118). Confirma esta observación el derecho positivo, el cual contempla la imposición de medidas de seguridad para los enajenados mentales que cometan algún hecho típico conforme a lo dispuesto en el art. 458 y siguientes del Código Procesal Penal, como también la responsabilidad civil para aquellas personas a cuyo cuidado se encuentran según el art. 2319 del CC. Esto refleja que la conducta, pese a ser inculpable, conserva su carácter de antijurídica, ya que el ordenamiento dispone otro tipo de consecuencias gravosas que evidencian un juicio de desvalor.

Por otro lado, la tesis subjetiva de la antijuridicidad tiene como trasfondo el imperativismo normativo, concepción que ha sido objeto múltiples críticas por parte de la dogmática, tales como no poder explicar las normas dirigidas a los inimputables, las normas permisivas, las normas que no son mandatos, la punibilidad de la culpa inconsciente (García Pablos, 2006: p. 441). Pero la principal es su carácter marcadamente autoritario al no considerar el fin protector de bienes jurídicos de la norma y simplemente considerarla como un mandato u orden emanada de la voluntad del poder político. Con razón se ha sostenido que “la teoría imperativista del Derecho es un instrumento excelente

para el uso de un tirano que puede justificar con ella un régimen despótico como orden jurídico" (Bodenheimer, 2016: p. 338).

Por último, tanto la tesis de la antijuridicidad restringida como la subjetiva, implican una interpretación restrictiva de la justificante que infringe el principio de legalidad, ya que impone limitaciones o requisitos que el art. 10 N° 4 CP no contempla. En efecto, Iglesias Río ha sostenido que ellas restringen el alcance el núcleo esencial de la norma permisiva, limitando su extensión y correlativamente ampliando las hipótesis de conductas ilícitas contra las cuales no procede la defensa. Se trata entonces de una interpretación restrictiva *contra legem in malam partem* al ampliar el ámbito de punibilidad del agredido (1999a: p. 80). Esta crítica fue respondida por Palermo, señalando que no se trata de añadir un adjetivo al concepto de antijuridicidad, sino que la culpabilidad constituye el concepto mismo de agresión, es decir, está implícito en ella. Agrega que esto no puede constituir una interpretación restrictiva *contra legem*, por cuanto las agresiones de animales, la fuerza física irresistible y el riesgo permitido igualmente no se consideran dentro del concepto agresión, sin que por ello se les considere que constituyen dicho tipo de restricción (2007: p. 333). Sin embargo, los ejemplos del jurista argentino no sirven para rebatir la tesis del español, ya que los ataques de animales y la *vis* absoluta son casos de ausencia de acción y no de culpabilidad, en tanto que en el riesgo permitido hay ausencia de antijuridicidad. Por nuestra parte, consideramos correcta la tesis de Iglesias Río, por cuanto la exigencia de culpabilidad en la agresión reduce ilegítimamente el ámbito de aplicación de la justificante y de la libertad del agredido, haciendo punible la defensa ejercida contra agresiones no culpables. En consecuencia, se aumenta sin texto legal expreso el catálogo de conductas que la ley penal considera punibles.

Otro requisito de la agresión ilegítima es que sea actual o inminente. Lo primero significa que la agresión debe haber ya comenzado y encontrarse en desarrollo. En otras palabras, el bien jurídico ya está siendo afectado mediante el actuar del agresor y dicha actividad lesiva aún perdura. La actualidad de la agresión cesa cuando el ataque se

consuma o es repelido, cualquiera sea que ocurra primero. Igualmente cesa cuando el agresor se desiste de la agresión y se retira sin consumar el ataque. Respecto a lo segundo, inminente significa que está muy próximo a ocurrir y es lógicamente previsible conforme a la experiencia. La defensa necesaria no procede en contra de agresiones pasadas o futuras, dado que no existe la situación de peligro de afectación de un bien jurídico que ponga al titular en la necesidad de defenderlo mediante la afectación de bienes del agresor. Además, respecto de los ataques futuros existe la posibilidad de pedir ayuda a la autoridad. Por ahora valga esta breve explicación para situarnos metodológicamente dentro de los límites de la justificante, luego desarrollaremos este requisito con mayor detenimiento y detalle al analizar el exceso extensivo.

Un último elemento de la agresión es que sea real, es decir, que verdaderamente exista como tal y que no sea imaginaria o supuesta. La agresión existe cuando de manera objetiva lesiona o pone en peligro bienes jurídicos. Quien reacciona ante una agresión imaginaria o inexistente no obra justificado por legítima defensa. En este caso lo que hay es una defensa putativa, la cual se rige por las reglas del error de prohibición, ya que el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos fácticos de una causa de justificación, cree erradamente que su obrar es lícito o está permitido (Welzel, 2004: p. 178/ Zaffaroni, 1985: p. 544/ Muñoz Conde, 1989: p. 56/ Herrera, 1991: pp. 99 y 136/ Cury, 1994: t. II, p. 66, 68/ Balmaceda, 2014: p. 193)[26]. La doctrina ha identificado diversas hipótesis en que la agresión no crea de manera objetiva una lesión o puesta en peligro a bienes jurídicos, pudiendo dar lugar a la defensa putativa: cuando la agresión es

[26] Posición que se funda en la Teoría estricta de la culpabilidad (Welzel, Dohna, Maurach, Bockelmann), según la cual el conocimiento sobre la antijuridicidad no forma parte del dolo, sino que se trata de un elemento independiente que está dentro de la culpabilidad. De manera que el dolo no se ve afectado por la falta de conocimiento de la antijuridicidad. Ambos tipos de conocimiento son distintos, el del dolo debe estar presente al momento de cometerse el hecho, en cambio, el conocimiento sobre la antijuridicidad es simplemente potencial. Esta teoría es mayoritaria. Se opone a ella la Teoría estricta del dolo (Binding, Nagler, Schmidhäuser), según la cual el conocimiento sobre la antijuridicidad forma parte integrante del dolo, de manera que si falta hay ausencia de dolo. Se critica por confundir las categorías de culpabilidad y antijuridicidad, y político-criminalmente por requerir probar en el proceso penal el conocimiento de la antijuridicidad. Bajo esta última teoría el error sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación sería un error de tipo (Muñoz Conde, 1989: pp. 25-36, 54, 55/ Herrera, 1991: pp. 84-91/ Cury, 1994: t. II, p. 70).

absolutamente inidónea, por ejemplo, tratar de herir con un arma descargada; cuando la agresión es simulada, por ejemplo, con un fin jocoso o solo para ostentar con fin amenazante; agresión aparente, se trata de conductas neutras que el sujeto interpreta como agresión, por ejemplo, A es amenazado de muerte por B, acto seguido observa como este va a sacar algo de su cartera y creyendo que es un arma, le dispara, cuando en realidad B sólo iba a sacar un pañuelo. Pero también hay defensa putativa cuando el sujeto erróneamente cree que la agresión es actual o inminente, cuando en realidad ya ceso o aún no ocurre, y también cuando erróneamente cree que es antijurídica (Requejo, 1999: pp. 36, 37, 47-52). Hay autores que extienden el ámbito de aplicación de la defensa putativa a los requisitos inesenciales de esta justificante. Así, el jurista argentino Herrera menciona otras dos hipótesis: error sobre la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión y error sobre las circunstancias determinantes de la provocación (1991: p. 136). De esta manera, se ha definido la defensa putativa como:

> "Un juicio falso, una errónea suposición, una representación o idea equivocada de la realidad, que en la psique del autor se simboliza objetivamente en los requisitos que integran la situación justificativa de la legítima defensa y que de haber existido realmente harían lícita la conducta" (Requejo, 1999: p. 37).

Por nuestra parte, y siguiendo a Jiménez Díaz (2007: p. 134), consideramos que la defensa putativa se limita únicamente al error sobre la existencia de la agresión ilegítima, en cuanto a requisito esencial de esta justificante. Hay una falsa concepción sobre la realidad, el cual recae sobre la agresión ilegítima o alguno de sus requisitos. Se trata de un error de hecho o fáctico acerca de la concurrencia del elemento esencial de esta causa de justificación. Si el error es invencible el sujeto obra de manera inculpable, pues se vio absolutamente impedido de comprender la antijuridicidad de su conducta. Si el error es vencible, responderá penalmente a título culposo, pues en este caso el sujeto pudo haberse percatado de lo injusto de su actuar si hubiere desplegado una mayor diligencia. No obstante, en todos los casos la defensa putativa es antijurídica, ya que no existe objetivamente el requisito constitutivo de la justificante de legítima defensa. Esto significa que quien sufre la defensa putativa no tiene deber de soportarla o tolerarla, pudiendo

oponer en su contra legítima defensa y solicitar indemnizaciones civiles por los perjuicios causados a consecuencia de ella. Por otro lado, siendo la defensa putativa una causa de inculpabilidad es personal, lo que significa que solo beneficia a quien incurre en el error –vencible o invencible-. Por lo tanto, coautores y partícipes en quienes concurra el conocimiento sobre la antijuridicidad responden penalmente conforme a las reglas generales (Cury, 1994: t. II, p. 75). En nuestro derecho la defensa putativa no da lugar a la aplicación de la atenuante de eximente incompleta prevista en los arts. 11 N° 1 y 73 del CP, por cuanto esta exige que concurra al menos el requisito constitutivo de la legítima defensa, esto es, la agresión ilegítima, sin cuya concurrencia no cabe apreciar eximente completa ni incompleta (Cousiño, 1979: t. II, pp. 249 y 250). Contrariamente se manifiesto Cury, admitiendo la atenuación incompleta para los casos de error vencible respecto de alguna causa de justificación (1994: t. II, p. 75). Por nuestra parte consideramos correcta la primera posición.

El segundo requisito para que surja el derecho a obrar en legítima defensa es que exista necesidad abstracta de defensa o *neccesitas inevitabilis defensionis.* Este requisito emana de la necesidad racional que señala el art. 10 N° 4 CP, y no debe confundirse con la necesidad racional del medio de defensa o necesidad en concreto al que luego nos referiremos. La necesidad abstracta de defensa, significa que la agresión ilegítima debe poner al agredido en una situación en que para salvaguardar el bien jurídico amenazado debe desplegar una acción que destruya o lesione bienes jurídicos del agresor. En otras palabras, el agredido debe encontrarse apremiado por salvar su persona o bienes frente al peligro de destrucción, daño o menoscabo en que se encuentran. Necesario es aquello que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder, o aquello sin lo cual es imposible la existencia de otra cosa, suceso o acción (Guzmán, 2010: p. 103). Lo que determina entonces el carácter de necesario de la defensa es su inevitabilidad, es decir, que no puede dejar de ejercerse o prescindir de ella sin que perezcan o se destruyan los bienes amenazados. Según Stratenwerth, la necesidad solo existirá en la medida en que aparezca como ineludible intervenir en un bien jurídico para salvar otro (2016: p. 234). De manera que el agredido no podría evitar el peligro sin reaccionar contra el agresor (Fiandaca y

Musco, 2006: p. 292). Por lo tanto, necesidad significa que la reacción defensiva constituye en la situación concreta el único medio para salvaguardar el bien jurídico en peligro contra la agresión, pues al agredido no le queda otra alternativa que sufrir la agresión o proteger el bien reaccionando contra el agresor (Palazzo, 2008: p. 403). Existe un conflicto de intereses en que el agredido queda frente a la alternativa entre ofender o ser ofendido (Padovani, 2006: p. 159), de manera que la solución del mismo consistirá en el sacrificio de los bienes jurídicos pertenecientes a la esfera del ofensor.

No existe necesidad abstracta de defensa cuando se puede requerir el inmediato auxilio de la fuerza pública estatal para repeler la agresión o cuando sus agentes ya se encuentran conjurando el mal. Esto significa que los funcionarios estatales tienen prelación para actuar frente a la agresión por encima del particular, pero ello sólo es exigible cuando la eficacia de la actuación de uno u otro sean equivalentes. Si la reacción defensiva del particular es más eficiente que la potencial actuación policial, la defensa desplegada por el particular no es subsidiaria (Nino, 2002: 110).

Pero no se considera como alternativa a la defensa la huida, retirada o *commudus dicessus*, rogar, pedir auxilio, esconderse. Cuando el peligro es inevitable la ley no obliga a servirse de otros medios antes de recurrir a la violencia (Maggiore, 1985: t. I, p. 413). A diferencia del estado de necesidad, en que el necesitado solo puede afectar los bienes de terceros cuando no exista otra forma de evitar el mal, la legítima defensa no es subsidiaria, es decir, el agredido no está obligado a recurrir o agotar previamente otras formas de conjurar el mal de manera distinta a la afectación de los bienes jurídicos del agresor. Ello es así por cuanto, a diferencia del estado de necesidad, en la legítima defensa el agresor no es inocente por la generación del peligro, por lo cual el Derecho autoriza para intervenir directamente en su esfera de bienes jurídicos para solucionar el conflicto. Esto es consecuencia del llamado principio de responsabilidad por la creación de la fuente de peligro, sobre el cual se funda la injerencia en los bienes del agresor en una medida mayor a lo que autoriza el estado de necesidad. Desde otro punto de vista, la exigencia de huida debe rechazarse ya que significaría una nueva lesión a la libertad de autodeterminación

del agredido (Luzón, 2002: p. 557), pues se le impondría del deber de abandonar el lugar en que se encuentra o la actividad que estuviere realizando. Su exigencia entraría en contradicción con el fundamento supraindividual de la legítima defensa, según el cual el derecho no necesita ceder ante lo injusto (Berner, 2020: pp. 22 y 23). Además, la huida puede ocasionar que las consecuencias de la agresión sean mayores, como cuando lo agredido es el patrimonio y por huir el objeto queda abandonado a meced del agresor. También se ha sostenido que la huida no implica necesariamente que el agresor depondrá su ataque, ya que podría irritarse más al ver que se le vuelve la espalda (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 80).

Tampoco existe necesidad abstracta de defensa frente a agresiones de mínima entidad, nimias o insignificantes, tales como los menoscabos a la libertad de movimiento en el tráfico, los ruidos molestos, el derecho de preferencia del que llega primero. En la dogmática alemana, Bertel, Blei, Schmidhäuser sostienen que frente a agresiones insignificantes queda excluida la legítima defensa, ya que no hay agresión antijurídica, pues ellas no afectan bienes importantes o no ponen en peligro serio a aquellos que sí lo son. El último agrega que además ellas no afectan la validez empírica del orden jurídico. De manera que sólo es procede el estado de necesidad (citados por Luzón, 2002: pp. 338 y 339). Para Jescheck y Weingend igualmente debe negarse la defensa frente a simples molestias, ya que en estos casos no hay interés en la afirmación del Derecho. Indican que se trata de eventos en que el bien jurídico amenazado es de tan escaso valor que falta relevancia al suceso en su conjunto, la defensa no debe ir más allá de la recriminación verbal al agresor (2002: pp. 373 y 374). En cambio, Roxin no niega en estos casos el derecho se defensa, sino que indica que esta sufre una restricción rigurosa, dado que el interés por el prevalecimiento del Derecho es considerablemente menor. Señala que esto queda en evidencia en el principio de oportunidad frente a las bagatelas, la querella frente a delitos de acción penal privada, las contravenciones y las agresiones a bienes no protegidos penalmente como la posesión. Según el profesor de Múnich, en estos casos el límite de la defensa se sitúa allí donde comienza el peligro para la vida (2006: t. I, p. 646). En la dogmática hispana, Jiménez de Asúa, pese a sostener la procedencia de la legítima

defensa para defender todo tipo de bienes jurídicos incluso los más pequeños, admite la solución alemana –seguida en su época por M. H. Mayer- que niega la defensa en estos casos, al estimarla justa y humana, ya que tales molestias no generan una verdadera situación de necesidad de defensa (1982: t. IV, pp. 122 y 209). Más recientemente, Iglesias Río sostiene el principio de significancia penal impide valorar como agresiones las simples insignificancias, las cuales a vista de cualquier observador profano excluyen una verdadera necesidad abstracta de defensa. Indica que a ello se agrega la teoría de imputación objetiva, la cual exige la existencia de un ataque objetivamente peligroso para un bien jurídico, lo cual no puede predicarse respecto de las insignificancias (1999: pp. 110 y 111). Desde otro punto de vista, Muñoz Conde y García niegan la legítima defensa frente a agresiones que no constituyen un delito o falta penal, pues estiman que solo ellas tienen la entidad suficiente la justificar la defensa. Mediante esta limitación político-criminal de la agresión ilegítima se busca limitar la prevalencia del Derecho, no permitiendo la legítima defensa nada más que frente a agresiones muy graves a bienes jurídicos muy importantes (2010: p. 324). Este criterio es compartido por Baldó Lavilla, quien también sostiene que debe excluirse de la justificante las agresiones no típicamente relevantes, esto es, que no constituyen un ilícito penal (2016: p. 449). Por su parte, Zilio admite para las agresiones insignificantes la aplicación de las restricciones ético-sociales del derecho alemán, señalando que incluso deberían ser excluidas del derecho de legítima defensa por no cumplir la función de intervención mínima que exige un derecho penal democrático (2012: p. 306). En Chile, Cousiño, siguiendo a la dogmática alemana, admite el principio de insignificancia como limitante a la legítima defensa, sosteniendo que hay bienes jurídicos que por su escasísimo valor no pueden ser agredidos antijurídicamente y que, por tanto, no la autorizan. Señala como ejemplo las palabras soeces o groseras, las que por su insignificancia no pueden considerarse agresiones ilegítimas (1979: t. II, pp. 260, 261). En mismo sentido se pronunció Cury en la última edición de su Manual, señalando que la agresión requiere de cierta gravedad, pues ello evita reaccionar contra molestias reducidas o toleradas, así lo exige la convivencia pacífica, a fin de evitar caer en un estado de guerra generalizado (2011: p. 374). En cambio, Etcheberry sostiene que

la ley no distingue, por lo que todos los bienes jurídicos son defendibles incluso los insignificantes. Aunque pueda existir cierta resistencia de sensibilidad moral para aceptar la defensa de estos últimos, la corrección de abusos debe buscarse en la proporcionalidad entre ataque y defensa, y no en la naturaleza del bien atacado que siempre es respetable y defendible (2004: t. I, p. 252).

Por nuestra parte, consideramos que frente a las agresiones insignificantes o simples molestias no existe una necesidad abstracta de defensa, por cuanto no concurriría el fundamento supraindividual de la legítima defensa, esto es, la defensa del Derecho. Una simple molestia no implica una lesión o quebrantamiento significativo del orden jurídico que amerite una respuesta que pueda cruzar ese umbral de significancia, conmocionando la paz social. Lleva la razón entonces Jescheck cuando indica que frente a estos casos no cabe más que una recriminación verbal. Sin embargo, estimamos que las agresiones insignificantes deben distinguirse de las agresiones de bagatela o faltas penales. Estas son de mayor entidad que aquellas y son conductas que ciertamente lesionan bienes jurídicos de manera relevante como, por ejemplo, el hurto falta o las lesiones leves. El Derecho reconoce en estos casos la necesidad de defensa abstracta, reflejo de ello es que se autoriza la detención al que se encuentre en comisión flagrante de algunas faltas penales conforme dispone el art. 134 del CPP. Pero tal defensa deberá ejercerse dentro de los límites de la necesidad racional del medio.

Respecto a otro punto, varios penalistas consideran que forma parte de la necesidad abstracta de defensa la eficiencia o economía, en el sentido que la acción defensiva desplegada no pueda ser sustituida por otra medida menos dañosa, aunque igualmente idónea para conjurar el peligro para el bien jurídico agredido. Según Zaffaroni, esto significa que el sujeto agredido no haya estado obligado a realizar otra conducta menos lesiva o inocua en lugar de la conducta típica. Así, no obra justificado quien repele golpes de puño con una ametralladora, en este caso se excluye la legítima defensa, pues los golpes se pueden responder de la misma manera. No existe legítima defensa ya que el sujeto nunca se estuvo dentro de los límites de la justificante. Tampoco hay exceso, ya que sólo

puede exceder los límites de la necesidad el que alguna vez estuvo dentro de ella (1985: pp. 495, 506). Desde el inicio el sujeto obra fuera de los límites de la norma permisiva, es por esta razón que la defensa extremadamente desproporcionada excluye completamente la justificante. Comparte esta tesis Nino, para quien la necesidad exige eficiencia, siendo necesaria la defensa cuando se utiliza el medio defensivo menos dañino posible para contener la agresión, distinguiendo la eficiencia de la proporcionalidad (2002: pp. 106-108). Sin embargo, no compartimos esta postura por cuanto consideramos que la eficiencia no forma parte de la necesidad abstracta de defensa, sino de la necesidad concreta de defensa o necesidad del medio para repeler la agresión. En efecto, la necesidad abstracta de defensa surge de la inevitabilidad e imperiosidad de desplegar la repulsa ante el peligro de daño o destrucción a un bien jurídico. Como bien lo indica Luzón "la necesidad genérica de defensa existe desde el momento en que el bien jurídico no está protegido ante el riesgo y, por tanto, hay que usar algún medio de protección" (2002: p. 544). En cambio, la necesidad concreta de defensa o necesidad del medio surge en un segundo momento, cuando el agredido frente a un peligro real y objetivo que lo ha situado en un estado defensivo debe ahora decidir cómo se va a defender y que medios utilizará. Es en este segundo instante, frente a la elección y utilización del medio defensivo, cuando entran en juego los requisitos de eficiencia y proporción. Para explicar esto podemos utilizar el mismo ejemplo propuesto por Zaffaroni citado más arriba. Frente a una agresión con golpes de puño, ciertamente surge para el agredido la necesidad abstracta de defenderse, su integridad corporal está siendo lesionada, debe defenderse para hacer cesar los golpes y evitar mayor daño. Luego el sujeto ha decidido defenderse usando una ametralladora, siendo que tenía otros medios igualmente eficientes y menos gravosos a su disposición, no hay eficiencia. En seguida lo utiliza disparando al atacante, el uso no es proporcionado, pudo haber disparado al aire o haber propinado un culatazo. En este ejercicio se advierten claramente los dos momentos en que intervienen la necesidad abstracta o genérica de defensa y la necesidad concreta. Cabe señalar que para este ejemplo se han señalado dos soluciones. Por un lado, se sostiene que en ese caso hay un exceso intensivo *ab initio* en la elección y utilización del medio defensivo, el sujeto obra

dentro de la justificante ya que concurren los requisitos esenciales –agresión ilegítima y necesidad abstracta de defensa-, pero desde el inicio traspasa los límites de la permisión (Luzón, 2002: p. 559/ Cerezo, 1995: t. II, pp. 224 y 225). Otros, en cambio, como Jiménez de Asúa (1982: t. IV, p. 213), Zaffaroni, según vimos, y Magalhaes (2009: t. I, p. 209) estiman que no hay exceso, pues el sujeto nunca obró dentro de los límites de la permisión, se encontraría ausente uno de sus requisitos esenciales. Volveremos sobre este punto más adelante al tratar el exceso intensivo.

El carácter de reparable *a posteriori* del bien jurídico atacado tampoco excluye la necesidad abstracta de defensa, por cuanto la ley no condiciona el ejercicio de la defensa necesaria a la irreparabilidad del bien jurídico puesto en peligro. Aceptar tal condicionamiento sería negar el fundamento individual y el supraindividual de la justificante. De manera que esta exigencia tornaría incierta toda la teoría de la legítima defensa, todo derecho es inviolable o ninguno lo es (Berner, 2020: p. 12). Justamente ella tiene por objeto impedir, evitar o repeler, rechazar la agresión en el mismo momento en que se produce a fin de evitar que se consume la lesión al bien jurídico, permitiendo que la esfera de derechos del agredido se mantenga indemne y, a la vez, reafirmando la vigencia empírica del orden jurídico. Aun cuando el bien sea reparable, su agresión ilegítima produce un menoscabo en la esfera del titular y un quebrantamiento de la convivencia social pacífica conforme a las normas. Si bien el titular de un bien afectado goza de acción civil indemnizatoria en contra del autor de la lesión, no necesariamente tendrá garantizado obtener materialmente la reparación de todos los perjuicios sufridos. Sin embargo, como advierte Luzón, el carácter de reparable del bien agredido podría tener sentido al momento de ponderar la necesidad concreta de defensa, esto es, al decidir utilizar uno u otro medio defensivo (2002: p. 372).

Ahora bien, en cuanto a las características de la necesidad abstracta se ha sostenido que se trata de una necesidad cualificada, dado que autoriza para reaccionar con privilegios mayores que el estado de necesidad defensivo (Iglesias Río, 1999a: p. 185). Esto significa que sus consecuencias jurídicas son mayores que las del estado de

necesidad, dado que en la legítima defensa no opera la cláusula de subsidiaridad y el mal que se causa al agresor puede ser superior al mal amenazado. Igualmente, es una necesidad de tipo objetiva, esto es, que se determina en base a los elementos facticos y objetivos de la situación concreta. Por lo tanto, no entran en juego las creencias o representaciones del sujeto sobre la existencia de la agresión, su inminencia o peligro, sin perjuicio que ellas puedan dar lugar a una causal de exculpación a título de defensa putativa conforme ya explicamos.

Sin embargo, el juicio sobre la necesidad e inevitabilidad de la defensa no es absoluto, debe realizarse caso a caso, tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto (Fiandaca y Musco, 2006: p. 292). En la determinación de la necesidad abstracta entraran en juego múltiples factores que varían en el caso concreto: bienes jurídicos en juego, peligro amenazado, intensidad de la agresión, posibilidades de requerir ayuda estatal, posibilidades de defensa, etc. Por lo anterior, no es posible fijar *ex ante* una regla que indique de manera precisa cuanto existe la necesidad abstracta de defensa, es por ello que debe determinarse caso a caso en base a los elementos fácticos reales o concretos de la situación dada. En este punto se propone considerar también la *ratio essendi* de esta causa de justificación –fundamento individual y supraindividual- en conexión con los principios regulativos generales de prohibición de abuso del Derecho y de exigibilidad (Iglesias Río, 1999a: p. 188-189).

La ausencia de *necessitas defensionis* excluye *ab initio* la situación del ámbito de la justificación tanto completa como incompleta, pues se trata de un requisito esencial de la eximente o *conditio sine qua non*, sin ella son inimaginables los demás requisitos (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, pp. 159 y 203/ Luzón, 2002: p. 543/ Iglesias Río, 1999a: p. 184).

Finalmente, el tercer requisito que se exige por la doctrina para estar dentro de la justificante de legítima defensa es que el defensor obre con ánimo de defensa o *animus defensionis*. Este es un requisito de tipo subjetivo, el cual significa que el defensor debe conocer la situación objetiva de agresión ilegítima y obrar con voluntad querer repeler el

ataque. Si este ánimo no concurre, la conducta no se encontraría justificada, aun cuando concurran los todos los demás requisitos objetivos de la justificación, toda vez que habría disvalor de la acción. La doctrina, tanto nacional como extranjera, se muestra dividida en cuanto a la admisión de este requisito.

La postura que aboga por el rechazo de este requisito se funda en argumentos sustantivos y formales. Desde el punto de vista sustantivo, debe rechazase tal *animus* por el carácter objetivo de la antijuridicidad y, por lo tanto, de las causas de justificación, en cuanto a excluyentes de lo ilícito, la conducta justificada es objetivamente conforme a Derecho. Por lo tanto, la justificante concurrirá con independencia de los móviles y del estado anímico del defensor, admitir lo contrario sería una intolerable intromisión de la moral en el campo del Derecho. Un acto objetivamente legítimo no puede desvirtuarse por una intención inmoral. La concepción liberal impide que se atienda al estado de ánimo o disposiciones de carácter del agente para determinar lo permitido o lo prohibido. Admitir tal ánimo de defensa significa convertir la legítima defensa en una causal de inculpabilidad en lugar de justificante. Sería entonces un premio a la virtud ética del agente y no a la conformidad del resultado a los deseos del Derecho. Tampoco se puede exigir un plus subjetivo a la conducta defensiva (matar, herir) pues ello implicaría entrar en el ámbito de las motivaciones que son indiferentes para el Derecho. Otra consecuencia de admitirlo consiste en que, si en un acto de defensa intervienen varios sujetos, solo obran justificados aquellos que obran con este ánimo. Por lo tanto, en un mismo hecho puede haber sujetos que obran justificados y otros que no. Por otro lado, se sostiene que aun cuando se exigiese este requisito para la defensa su ausencia implicaría disvalor de acción, pero no disvalor de resultado, la conducta no sería punible, ya que habría tentativa inidónea o delito frustrado imposible. Desde el punto de vista formal, se sostiene que este requisito no es exigido por el texto legal. La expresión "obrar en defensa", no significa exigencia de ánimo de defensa, ya que puede perfectamente entenderse como obrar en una situación de defensa. A ello se agrega que, si está expresamente exigido para la defensa de extraños del art. 10 N° 6 CP que el defensor "no obre motivo por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo", al no indicarse nada respecto de la defensa propia, se concluye que no

se exige ningún ánimo especial para ella. Por otro lado, se agrega que la ley penal debe interpretarse restrictivamente, por lo que no es posible exigir la concurrencia de un requisito subjetivo no señalado por el legislador, puesto que con ello se restringe el tipo permisivo, aumentando el rango de aplicación del tipo prohibitivo (Sauer, 2016: pp. 94-95/ Antón Oneca, 1986: p. 269/ Rivacoba, 1965: pp. 275, 276/ Soler, 1992: pp. 392 y 393/ Nino, 2002: p. 126/ Luzón, 2002: p. 550/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 251/ Politoff, Mattus, Ramírez, 2004: t. I, pp. 213 y 214/ Zaffaroni, Aliaga, Slokar, 2007: pp. 470, 471/ Balmaceda, 2014: p. 188).

En cambio, la postura mayoritaria e imperante hoy en la dogmática exige la concurrencia de ánimo de defensa. Sostiene que el sujeto activo para obrar justificado debe conocer la situación objetiva de agresión ilegítima y además debe actuar con la intención de repeler la misma. Esta concepción, de origen finalista, se funda en el reconocimiento de la existencia de los llamados elementos subjetivos de la justificación, que son la exacta contrapartida del dolo y de los elementos subjetivos del tipo. Aquellos forman parte de toda justificación en el ámbito de los delitos dolosos y exigen que el sujeto conozca la situación fáctica que excluye el ilícito y de una voluntad determinada de actuar al amparo de la permisión. Su efecto es excluir el disvalor de la acción, dado que la concurrencia de los elementos objetivos solo elimina el disvalor del resultado. Para que exista justificación plena deben concurrir los elementos objetivos y subjetivos de la justificación (Welzel, 1956: pp. 92 y 93/ Mezger, 1958: p. 173/ Baumann, 1973: pp. 194 y 199/ Wessels, 1980: p. 95/ Cousiño, 1979: t. II, pp. 141 y 142/ Bunster, 1983: p. 49/ Gómez, 1991: p. 238/ Eser y Burkhardt, 1995: pp. 236 y 237/ Bustos, 2002: pp. 82 y 83/ Garrido, 2003: t. II, p. 134/ Muñoz Conde y García, 2010: p. 312 y 313/ Velásquez, 2013: pp. 468, 469, 501/ Mir Puig, 2016: p. 455/ Stratenwerth, 2016: pp. 262-264/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 101). Desde un punto de vista gramatical, los partidarios de esta postura sostienen que este ánimo de defensa es exigido por el texto legal el cual exige "obrar en defensa". La proposición "en" que usan los Códigos de España e Iberoamérica debe interpretarse como exigencia de ese ánimo. Junto a este pueden concurrir otros motivos, pero se excluye la defensa si se obra por un motivo ajeno que no sea defender bienes

jurídicos, como cuando se actúa únicamente por venganza, rencor, crimen o con pretexto de legítima defensa (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, pp. 199 y 200/ Cerezo, 1997: t. II, p. 227/ Jiménez Díaz, 2007: pp. 21-23). Desde un punto de vista más general, se agrega que la defensa como actuar humano, solo adquiere dicha calificación o significado en virtud de una valoración, de la cual se obtiene que el concepto cultural de defensa es reacción contra un ataque, siendo el elemento psíquico o *animus defendendi* el que dota a la acción de sentido y permite calificarla como defensa (Blasco, 1976: p. 159). Sin embargo, en cuanto a los efectos de la ausencia del ánimo de defensa, sus partidarios se muestran divididos. La solución más extrema señala que la ausencia de ánimo de defensa excluye la justificante, debiendo sancionarse la conducta como delito consumado. La posición más dominante sostiene que, dado que el sujeto obro dolosamente, pero que el resultado disvalioso no se pudo consumar por estar la acción objetivamente justificada, debe sancionarse a título de tentativa (Stratenwerth, 2016: p. 266/ Esser y Burkhardt, 1995: p. 238). Una tercera solución, propia de la doctrina española y aplicable a nuestro derecho, sostiene que en este caso debe apreciarse una eximente incompleta, debiendo atenuarse la pena (Jiménez Díaz, 2007: p. 32/ Mir Puig, 2016: p. 455).

Una tercera postura sostiene que el sujeto activo sólo debe conocer las circunstancias objetivas de la justificante, esto es, la existencia de una agresión antijurídica y que no es necesario que concurra en él un fin o ánimo de defensa. Solo este conocimiento de la situación objetiva de justificación bastará para excluir el disvalor de la acción, en tal supuesto su voluntad no puede estar dirigida simultáneamente a la realización del mero tipo ilícito. Si el sujeto desconoce o no es consciente de la situación objetiva de la justificante, debe ser castigado como autor de tentativa inidónea (Luzón, 2002: p. 551/ Roxin, 2006: t. I, p. 667/ Stratenwerth, 2016: p. 264).

Por nuestra parte, consideramos que la legítima defensa no requiere para su configuración la concurrencia de un elemento subjetivo o animo de defensa por parte del agredido. En lo sustantivo, ello se funda en el carácter objetivo e impersonal del juicio sobre la antijuridicidad. Siendo la legítima defensa una norma permisiva, la conducta

realizada a su amparo ha sido valorada por el ordenamiento jurídico como objetivamente lícita o conforme a Derecho, ya que quien la despliega salvaguarda con ello bienes jurídicos que se encuentran en peligro de perecer y que se consideran preponderantes por sobre los del agresor que serán sacrificados. La norma permisiva, al igual que toda norma jurídica, realiza un juicio de valoración positivo de la conducta desplegada a su amparo, razón por la cual se estima justificada. Además, siendo el juicio sobre la antijuridicidad objetivo e impersonal, la calificación de una conducta como lícita o ilícita no puede depender de la cognición o intensión de quien lo realiza, pues ello solo depende de la comparación entre la conducta externa y lo establecido en la norma respecto a la salvaguarda de bienes jurídicos (Guzmán, 2015: p. 120). Lo anterior es compatible con un Derecho penal liberal que sólo busca sancionar aquellas conductas que son más graves e intolerables para la convivencia social y no imponer una determinada moralidad o ideales de excelencia personal al cuerpo social, sancionado actitudes del fuero interno del sujeto que sean contrarias a esos cánones. Desde el punto de vista gramatical, el texto del art. 10 N° 4 del CP no establece la concurrencia de ningún elemento subjetivo, y no puede sostenerse categóricamente que la preposición "en" exija tal animo de defensa, ya que puede perfectamente referirse a obrar en la situación fáctica u objetiva descrita por el tipo permisivo. Adicionar un elemento subjetivo no previsto en la ley, significaría reducir el campo de aplicación de la justificación, aumentando con ello las conductas prohibidas que no quedan cubiertas por ella. A todo esto, se abona que si determinados motivos –venganza, resentimiento, u otros ilegítimos- fueron mencionados expresamente para excluir la justificación de la defensa de terceros, es porque ninguno en especial se exige para la defensa propia, pues el art. 10 N° 4 CP nada dice.

Hasta aquí nos hemos situado metodológicamente dentro de los límites de la permisión de la legítima defensa, ya que hemos precisado los elementos esenciales que habilitan o facultan al agredido para desplegar la acción defensiva, y sin los cuales no puede existir la justificante. Corresponde que ahora analicemos de qué manera el defensor puede traspasar esos límites, quedando fuera del amparo de la justificante e incurriendo en exceso.

Concurriendo los requisitos esenciales que crean la necesidad abstracta de defenderse, la acción defensiva que se despliegue, para ser lícita o justificada, debe cumplir con los requisitos de la necesidad concreta o relativa de defensa. Lo que sea concretamente necesario para defenderse se determina en atención a las características fácticas de la agresión en el caso concreto (bien jurídico agredido, forma del ataque, medios de defensa disponibles, bien jurídico afectado por la defensa, etc.). Pero en términos generales, para que la acción defensiva concretamente desplegada sea estimada como necesaria o imprescindible para conjurar la agresión concreta, esta debe respetar dos límites objetivos: el intensivo y el extensivo o temporal. El intensivo dice relación a que en la reacción defensiva deben utilizarse medios de defensa proporcionados y moderados para repeler la agresión. El límite extensivo indica que la defensa solo puede desplegarse mientras tenga lugar la agresión ilegítima. En consecuencia, en la defensa necesaria existen dos tipos de exceso: el intensivo o en la reacción y el extensivo o temporal. Sin perjuicio de ello, la doctrina tradicional agrega un tercer tipo de exceso denominado en la causa, el cual tendría lugar cuando la agresión ilegítima ha sido provocada de manera suficiente por el agresor (Carrara, 2000: t. I, pp. 163, 164/ Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 245) y cuando hay cierta desproporción entre el bien defendido y el mal causado con la acción defensiva (Soler, 1992: p. 476). Por otro lado, desde el punto de vista subjetivo, como todo hecho típico, la conducta constitutiva de exceso en la defensa puede ser dolosa, culposa o inculpable.

A continuación, pasare a analizar cada uno de ellos, comenzando por el exceso en su plano objetivo o externo, para luego desarrollar lo relativo al plano subjetivo.

2.1 El exceso en la defensa en su ámbito objetivo.

Hablar de exceso en la defensa en su ámbito objetivo, se refiere a determinar las cualidades y condiciones que debe reunir la conducta externa desplegada por el agredido, en el contexto de la repulsa de la agresión ilegítima, para extralimitar las fronteras de la justificación. Existe exceso en este ámbito cuando el defensor despliega una reacción defensiva con una intensidad mayor a lo necesario y también cuando la misma se prolonga

temporalmente más allá del cese de la agresión. El primero se llama exceso intensivo y al segundo, exceso temporal o extensivo. Pasemos a analizar cada uno en las líneas siguientes.

2.1.1 El exceso intensivo.

La legítima defensa, en cuanto justificante de una conducta típica, solo permite una injerencia limitada en los bienes jurídicos del agresor. El art. 10 N° 4 del CP exige que como requisito de la misma la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Esto significa que la reacción defensiva deberá desplegarse dentro de los límites de lo estrictamente necesario para impedir o rechazar la agresión que amenaza con lesionar bienes jurídicos del ofendido. Cuando el agredido sobrepasa los límites de lo racional, incurre en exceso intensivo en la defensa.

La doctrina ha definido el exceso intensivo como aquel que tiene lugar cuando el autor supera los límites de la acción de legítima defensa cualitativamente, al defenderse de un modo más intenso que el permitido por la ley (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 141). Por nuestra parte sostenemos que el exceso intensivo, denominado también en la reacción, respuesta o propio, tiene lugar cuando el agredido despliega una reacción defensiva que sobrepasa el límite de la intensidad necesaria para impedir o repeler la agresión, causando en los bienes jurídicos del agresor mayores daños de los que eran estrictamente necesarios para conjurar el ataque. En otras palabras, el defensor despliega una mayor fuerza o violencia que la requerida para rechazar la agresión, sobrepasando los límites de la moderación de la reacción defensiva, ocasionado al agresor mayores perjuicios que los permitidos por la justificante. El sujeto se encuentra dentro de una situación objetiva de legítima defensa, pero su reacción defensiva es desmedida o irracional. Tal exceso de fuerza es ilícito o antijurídico, ya que sobrepasa los límites del tipo permisivo, debiendo sancionarse conforme al tipo penal en que sea subsumible la conducta excedida (homicidio, lesiones, daños, etc.). Se le llama propio, ya que tiene lugar cuando concurren los presupuestos fundamentales de la defensa necesaria, es decir, aquí el excedido se encuentra objetivamente dentro de la causa de justificación y comienza a obrar dentro de

ella, pero excede el *moderamen*. A este se opone el exceso impropio o temporal, en el cual el sujeto no obra dentro de la causal de justificación, ya que la agresión ilegítima no es actual. El comentarista sajón Carpzovio, a quien se atribuye esta distinción, denomino al exceso propio *"excessus inculpatae defensionis*" y al impropio "*excessus defensionis*" (Iglesias, 1999b: p. 113).

La doctrina ha identificado dos tipos de exceso intensivo o propio: el exceso en los medios y el exceso en el uso o utilización. El primero tiene lugar cuando, pudiendo optar entre varios medios, instrumentos o procedimientos defensivos igualmente eficaces a su disposición, el agredido elige aquél que causa mayores daños al agresor, sobrepasando el límite de lo estrictamente necesario. Por lo tanto, usa un medio defensivo innecesario. El exceso en el uso u utilización, tiene lugar cuando el defensor, habiendo optado por un medio o instrumento de defensa que no es de los más dañinos, lo utiliza de manera desmedida, ocasionando al agresor mayores daños que lo estrictamente necesario para conjurar el ataque. En consecuencia, se hace un uso inmoderado del medio de defensa necesario (Magalhaes, 2009: t. I, p. 209/ Tavares, 2018: p. 346). Ambos excesos pueden concurrir conjuntamente, caso en el cual se habla de un exceso en elección y utilización del medio (Jiménez Díaz, 2007: p. 65).

Para determinar cuándo se incurre en dichos excesos debemos determinar que se entiende por "necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler" que es la fórmula que emplea la circunstancia segunda del art. 10 N° 4 CP para limitar el permiso. A la luz de lo ya analizado, observamos que no se trata de una norma que fije una prescripción o solución exacta, sino de un principio normativo, ya que establece un contenido de valor, medida o directriz, en base a la cual el juez deberá, considerando el cúmulo de circunstancias fácticas del caso concreto, determinar si la reacción defensiva fue racionalmente necesaria. El legislador recurre a estos principios ante la imposibilidad de encontrar una fórmula provista de un contenido definido con carácter de regla jurídica individualizadora, porque los criterios que se deben considerar son asaz diversos (Henkel, 2008: p. 81). Esto es evidente en la legítima defensa, la multiplicidad de factores

concurrentes –bienes jurídicos en conflicto, intensidad del ataque, peligro amenazado, medios disponibles, cualidades de los sujetos, lugar, etc.-, varían de caso en caso, lo que hace imposible anticipar una regla jurídica precisa que indique cuando la reacción defensiva será racional o moderada en relación a la agresión conjurada.

La fórmula empleada por nuestro Código fue recogida del art. 8 del modelo español de 1870[27], que a su vez lo tomó del Código hispano de 1848[28]. También fue adoptada por varios Códigos penales hispanoamericanos, entre los que se encuentran el de Argentina, Perú, Ecuador, Uruguay, y se conserva en el actual Código español de 1995. Pacheco en su comentario la aplaudía, ya que su mezcla de vaguedad y fijeza permite satisfacer todas las condiciones apetecibles, encomendando a la prudencia de los tribunales su calificación. Se trata de un concepto laxo, susceptible de amplitud e interpretaciones. El comentarista señaló que el legislador no utilizó la expresión "necesidad absoluta" la cual devendría en un rigorismo, sino que la formula usada subordina la necesidad a la prudencia, buen sentido, condiciones verdaderas de nuestro ser, estimación del valor de los hábitos sociales, nuestras debilidades, preocupaciones e impotencia (1881: t. I, pp. 152-154). El término "racional" o "razonable" se remite entonces a un proceso metodológico de valoración o razonamiento que permite un ámbito de maniobra que va más allá de cualquier argumento literal (Iglesias, 1999a: p. 190). Por lo tanto, la medida de la defensa está determinada en base a un formula amplia, flexible y moldeable, para cuya concreción se deberá recurrir a conceptos valorativos o axiológicos que no se desprenden del tenor gramatical de la norma y que se encuentran fuera de esta.

[27] Código penal de España de 1870, "*Art. 8. No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: N° 4 El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".* (Viada y Vilaseca, 1874: p. 21)

[28] Código penal de España de 1848*, "Art. 8. Están exentos de responsabilidad criminal: N° 4 El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera. Agresión Ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende"* (Iglesias: 1999b: p. 131).

A fin de llenar de contenido la expresión "racional" la doctrina recurre a dos principios: la proporcionalidad y el principio de menor lesividad. El primero exige que para considerar la reacción defensiva como racional debe existir una proporción entre esta y la gravedad del ataque. Semánticamente se entiende por proporción la "disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí" (RAE: 2019). Jurídicamente entendemos por proporción la correlación de magnitudes entre dos partes. Llevado a la legítima defensa, significa correlación de magnitudes entre el significado lesivo del ataque y el poder lesivo de la defensa en sus concretas realizaciones (Gómez, 1991: pp. 246, 277). Su origen se encuentra en la fórmula del derecho romano-canónico con que fue designada la justificante *moderamen inculpae tutelae*, esto es, la moderación en el uso de la fuerza para repeler el ataque. Esta se inspiraba en las ideas del cristianismo, específicamente el primer mandamiento y el amor al prójimo, bajo cuyo mandato se trataba de evitar la muerte de agresor a todo trance. El alcance de la máxima aparece explicado por Santo Tomás de Aquino en los siguientes términos:

"…un acto que proviene de la buena intención puede convertirse en ilícito si no es proporcionado al fin. Por consiguiente, si uno, para defender su propia vida, usa mayor violencia de la que precisa, este acto será ilícito. Pero si se rechaza la agresión moderadamente, será lícita la defensa, pues con arreglo a derecho, es lícito repeler fuerza con la fuerza, moderando la defensa según las necesidades de la seguridad amenazada" (Suma Teológica, Parte II-II, cuestión 64).

Bajo el Derecho común el deber de moderac**ió**n se expresa bajo la expresión *"moderamen servare et messuram tenere"*, pero no fue abordado con criterio teórico, metodológico ni sistemático, sino que su tratamiento fue puntual y casuista. Los postglosadores Aretino, Julio Claro, Baldó y Farinacio concretaron la idea de proporcionalidad o *proportio* en la exigencia de identidad estricta de las armas empleadas en el conflicto, expresada en las máximas latinas "*paritas armorum*" o "*factorum aequalitas*". Éstas dictaban que solo si el agresor ataca con armas puede el defensor acudir a las armas, pero de la misma entidad y utilizadas de modo similar. De manera que la desigualdad de armas significaba desproporción en la defensa, quebrantando la máxima de "*moderamen circa modum"*. Esta era lícita sólo si respetaba una estricta igualdad

matemática, de la misma manera que un duelo. Sin embargo, este rigorismo matemático es superado el siglo XVIII en las obras de los comentaristas germanos Carzpzovio, Boehmero y Quistorp quienes interpretan de modo flexible el requisito de *paritas armorum*, al señalar que no se exigía un equilibrio en sentido estricto o matemático entre armas, sino que debía tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes del caso concreto. Un hombre más débil que su agresor estaba autorizado para defenderse con armas, aunque fuere atacado sólo con las manos. Por lo tanto, la igualdad de armas ya no era necesaria para considerar lícita la defensa o "*aequalitas armorum non desideratur"* (Iglesias, 1999b: pp. 105, 106).

Avanzando en el tiempo, vemos que en el Código de Español de 1848 aparece por primera vez la fórmula de "necesidad racional", respecto de la cual Tomás de Vizmanos y Cirilo Álvarez –miembros de la comisión redactora- indican que no puede aplicarse con rigor, ya que el acometido no puede en aquel momento deliberar hasta donde le bastará ofender a su agresor para inutilizarlo, porque su ánimo no está sereno, "ni ha de exigirse tampoco una proporción exacta y matemática entre ataque y la defensa" (1853: t. I, p. 74). En similar sentido se pronunció Pacheco al indicar que tal necesidad no era absoluta y que es templanza en la acción, agregando que "no era racional pedir a un hombre acometido serenidad y domino sobre de sus acciones, que deje de dirigir la espada contra el pecho del que le acomete para dirigirla solo contra su brazo" (1881: t. I pp. 152 y 153). Este raciocinio que evidencia la acogida en la península del criterio de superación de la *aequalitas armorum*. Entre los juristas hispanos decimononos fue Silvela quien con mayor claridad asocia la racionalidad a la idea de proporcionalidad entre ataque y defensa, al reconocer la dificultad práctica de trazar con seguridad matemática su justa proporción, debiendo el juez determinar la existencia de un exceso. Agrego que la necesidad de la defensa y la proporción que los medios empleados guardan con la injusta agresión no han de ser absolutas, porque no puede suponerse que el acometido tuviera tranquilidad de espíritu para hacer raciocinios, cálculos y comparaciones. Pero va más allá al sostener que la vida, la integridad corporal gravemente comprometida, la honra, la honestidad justifican una resistencia que llegue hasta privar de la vida al agresor, pero la defensa de la propiedad

de un objeto determinado no autoriza una defensa que ocasione la muerte o la mutilación. En este punto Silvela aboga por la defensa de la dignidad humana al sostener que el agresor no pierde por su proceder injusto todo Derecho, "no queda convertido en un ser contra el que como animal rabioso, todo sea lícito y permitido", agregando que "la propiedad de un objeto determinado no autoriza una defensa que ocasione la muerte o la mutilación" (1874: t. I, pp. 166 y 167 y t. II, pp. 191 y 192). Se observa que el autor identifica, por una parte, la proporción entre ataque y defensa, y por otra, entre bienes jurídicos en juego. En definitiva, vemos que durante el siglo XIX la interpretación de racionalidad como proporción ya se encontraba asentada en el derecho español.

Durante el siglo XX la idea de proporcionalidad es seguida por varios juristas hispanos. Así, Antón Oneca admite la proporcionalidad no exacta entre ofensa y defensa, dado que exigir exactitud llevaría a equiparar los intereses del agresor y agredido. Pero rechaza justificar una desproporción excesivamente desmesurada. Precisó que la comparación no debe ser entre los medios o instrumentos, sino entre los bienes jurídicos atacados por ambas partes y entre la intensidad del ataque y la defensa (1986: pp. 276 y 277). También sigue esta concepción Jiménez de Asúa, para quien la proporción entre ofensa y defensa deriva del vocablo "racional" que ocupa el legislador. Siguiendo a Soler, señala que ella debe apreciarse tomando en consideración las circunstancias objetivas de cada caso, pero el juicio que nos guie no debe ser el del sujeto en apuro, sino la apreciación de un hombre razonable en el momento de ser atacado. Para el gran maestro, esta apreciación individualizadora, permite superar las dificultades de la apreciación netamente subjetiva, la cual conducía a considerar como justificadas la defensa putativa y los casos de excesos inculpables por miedo o perturbación. La defensa será perfecta cuando exista proporcionalidad entre repulsa y peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido. Bajo tal solución será justificado defenderse con una pistola frente al ataque de los puños de un boxeador o defenderse con violencia contra quien, sin mediar palabra, nos arremete de noche en un lugar solitario. Pero no obra justificadamente la mujer o el hombre que

aterrorizado contesta con un tiro una intimación capaz infundir terror (1982: t. I, pp. 218 y 219). Reproduciendo íntegramente las palabras del maestro madrileño, adhiere a esta tesis Blasco, precisando que la proporcionalidad ha de establecerse entre el peligro del ataque injusto suponga y el acto defensivo, la cual no es absoluta y tampoco se identifica de ninguna manera con paridad de medios utilizados (1976: p. 166 y 167). Otro secuaz de esta tesis es Rivacoba, para quien la proporción debe darse entre el hecho agresivo y el hecho defensivo. No se comparan los instrumentos utilizados por agresor y el defensor, sino que deben compararse las respectivas actividades. Rechaza la proporción entre bienes jurídicos en juego, toda vez que ello conduce a confundir la legítima defensa con el estado de necesidad. Indica que la racionalidad no es absoluta o matemática, sino relativa y flexible, considerando las circunstancias de cada caso, de manera de captar el *quid* irrepetible de cada instante y adaptarla a él. Adhiere al juicio de ponderación individualizador objetivo propuesto por Jiménez de Asúa (1965: pp. 267-272/ 1995: pp. 135, 144-147). Para Zaffaroni debe existir proporción entre acción defensiva y agresiva, pero debiendo utilizar el defensor el medio menos lesivo que tenga en sus manos. Según el profesor argentino, no hay ponderación estricta entre el mal que se causa y el que se evita como en el estado de necesidad, pues en uno de los lados de la balanza hay una agresión ilegítima que la desequilibra totalmente. Pero admite tal ponderación como correctivo o límite cuando hay una desproporción inmensa en entre uno y otro (1985: pp. 490 y 491). Para Bustos y Hormazábal debe existir proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego y las afecciones objetivas que puedan recaer sobre ellos (1999: t. II, p. 129). Más recientemente, para Muñoz Conde y García debe existir proporcionalidad en la especie y medida de los medios empleados para repeler la agresión, la defensa debe adecuarse a la agresión, de lo contrario habrá exceso intensivo (2010: p. 326).

Carlos Santiago Nino desarrolla la exigencia proporcionalidad con mayor grado de detalle. Para el desaparecido maestro argentino, cuando la ley habla de "medio empleado" no se refiere a los instrumentos sino a la acción defensiva en su conjunto. Por lo tanto, la proporción se determina tomando en consideración dos criterios: la magnitud de los bienes jurídicos involucrados y el grado de daño o peligro al que están expuestos,

dentro del cual se comprenden las armas o instrumentos utilizados. Plantea cuatro reglas de proporcionalidad: a) No se puede lesionar un bien primario del agresor en defensa de un bien secundario de la víctima; b) La defensa de un bien primario no reparable permite causar cualquier daño que sea necesario para su preservación. Denomina esta hipótesis defensa extrema; c) Si están en juego bienes secundarios o bienes primarios reparables, solo es legítima la defensa que afecte un bien menos valioso o un bien reparable de costo menor; d) Cuando el agresor actúa voluntariamente y con conciencia de que su acción significa la perdida de protección jurídica, la defensa puede lesionar otros de mayor valor del agresor, incluso primarios, siempre que la dañosidad social de la acción esté compensada por el beneficio social derivado de su virtualidad preventiva. Si están en juego bienes de igual valor se debe tener en consideración el grado de peligro al que cada uno estuvo expuesto, dentro del cual se toma como dato el medio o arma utilizada. Estima que proporción se aprecia conforme al criterio objetivo teniendo en consideración las circunstancias específicas del caso concreto (2002: pp. 116-125).

El art. 52 del Código penal italiano[29] exige expresamente proporcionalidad entre ofensa y defensa, por lo que los autores de ese país han desarrollado importante doctrina al respecto. Para Maggiore la reacción defensiva debe ser proporcionada en los medios y en el grado, examen que debe hacerse en concreto, considerando los medios usados por el agredido y los que tenía a su alcance. Así, puede disparase con pistola, si no hay otro medio alcanzable, contra el que quiere darnos una cuchillada y puede emplearse un arma contra el hombre de fuerza extraordinaria que acomete a puñetazos (1985: t. I, p. 418). Para Antolisei no sólo debe considerarse la proporción entre medios, sino que también entre derecho amenazado y derecho lesionado por la defensa. Esta no es absoluta, sino

[29] El art. 52 del Código penal italiano fue recientemente modificado por la Ley 36 del 26 de abril de 2019, en lo que respecta a la defensa contra agresiones violentas a la vivienda y otros lugares de dimensión privada (*privata dimora*), incluidos lugares donde se llevan a cabo actividades comerciales, profesionales y empresariales. Se estableció una presunción absoluta de proporcionalidad entre agresión y defensa, en favor de quien está dentro del domicilio o lugar a él equiparado y también en favor de otras personas cuando repelen la invasión, la intrusión, por parte de una o más personas mediante violencia o amenaza de uso de armas u otros medios de coacción física. No obstante, los requisitos para la legítima defensa en general no fueron modificados.

relativa, de manera que es posible defender la libertad sexual sacrificando la vida del agresor, pero no es admisible sacrificar un bien jurídico de primer orden para salvar un bien secundario. La proporción se debe apreciar *ex ante*, es decir, con referencia al momento de la acción, tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto (1988: p. 213). Padovani considera absurda la tesis que sostiene que la proporción debe darse entre los medios utilizados, ya que el art. 52 del CP al referirse a proporción entre ofensa y defensa, involucra conjuntamente con los bienes en conflicto una serie de elementos que forman parte del evento agresivo y defensivo. Por lo tanto, en el juicio comparativo debe considerarse en primer lugar los intereses en conflicto, es proporcionada la reacción que ofenda un bien de valor no inferior al defendido. Pero debe tenerse en cuenta el significado que este interés tiene para el agredido (la pérdida de un dedo no tiene el mismo significado para un pianista que para un anciano pensionado). Si los bienes enfrentados son heterogéneos, la proporción puede ser establecida considerando el grado y modo de tutela que el ordenamiento jurídico les da. Así, un bien patrimonial no puede ser defendido a costa de la vida del agresor, pero la defensa de la libertad sexual puede llegar hasta la muerte. Sin embargo, la sola proporción entre bienes es insuficiente, por lo cual deben considerarse también los demás elementos que conforman la agresión y defensa, que son: la intensidad del peligro, dentro del cual se consideran las armas usadas; el tipo subjetivo de la ofensa, puede tratarse de una agresión intencional, culposa o inculpable; la naturaleza del conflicto, dentro de ella la intensidad de la constricción del ánimo del agredido, si aceptó el conflicto podrá actuar dentro de los límites inferiores; y la consistencia de la necesidad, dentro de ella se debe determinar si el sujeto contaba con otros medios de defensa y su eficacia defensiva (2006: pp. 160 y 161). De modo similar, para Palazzo son tres los criterios que se deben considerar para ponderar la proporción: la naturaleza del bien jurídico ofendido, la intensidad de la agresión y la intensidad del peligro. Pero según el profesor de Firenze, el mérito de la proporción entre los intereses en conflicto no tiene una interpretación rígida. La reacción defensiva será legítima no solo cuando ella sea inferior o equivalente a la agresión, sino también cuando siendo superior no signifique un hecho definitivamente incomparable con la agresión. Ello se debe juzgar

considerando la situación práctica del agredido, la situación de tensión y excitación en que debe actuar, pues éste no lleva una balanza en la mano para sopesar matemáticamente el disvalor de la agresión y la reacción -*non habet staderam in manu*-. No se trata entonces de una proporción en sentido cuantitativo, sino cualitativo (2008: pp. 405-407). A su turno, Fiandaca y Musco, postulan que el juicio sobre la proporcionalidad se compone de dos subjuicios sucesivos. En el primero se debe considerar el valor entre los bienes o intereses en conflicto. Si los bienes son homogéneos, se debe comparar el grado lesivo de la agresión y la acción defensiva. Si los bienes son heterogéneos, se debe determinar su relación de jerarquía, si ello no es evidente se debe recurrir al auxilio de indicadores, tales como la relevancia constitucional, la valoración que hace el legislador penal mediante la sanción establecida para su violación. El segundo juicio debe considerar la gravedad de la ofensa amenazada por la agresión y la defensa. Al igual que los autores anteriores, coinciden en que no está permitido atentar contra la vida ajena para defender derechos de naturaleza patrimonial o jerárquicamente inferiores a la vida o integridad corporal (2006: pp. 294, 295).

En la doctrina colombiana igualmente se ha desarrollado la tesis de la proporcionalidad también fundado en el hecho que el Código penal de ese país exige expresamente tal requisito. Al respecto, el jurista Orlando Gómez señala que lo exigido es proporción entre defensa y agresión, considerando la acción defensiva en toda su entidad, esto es, el conjunto de factores del caso concreto. Así, la conducta defensiva resultará proporcionalmente racional cuando su poder resulte suficientemente idóneo para conjurar la agresión, sin entrar en el terreno de la retaliación. La proporcionalidad no impide reconocer al atacado la posibilidad de utilizar medios más potentes y lesionar bienes más valiosos que los defendidos, con tal que no se dé una irracional y ostensible desproporción. Ello se funda en que esta proporcionalidad es distinta de la exigida en el estado de necesidad, pues en está es más drástica, se exige al menos igualdad entre bienes o que el salvado no sea mayor que el lesionado, ya que ambos sujetos intervinientes se encuentran dentro del Derecho y solo una situación de peligro impone el sacrificio de un bien en favor de otro. En cambio, en la defensa justa los bienes del agredido y del agresor no se

encuentran en el mismo grado de prelación y protección, ya que el agresor obra fuera del Derecho, por lo tanto, la proporcionalidad es más amplia y elástica. Según Gómez, aquí no se exige una proporción exclusiva entre el bien jurídico agredido y el bien lesionado, por lo que no es necesario que el bien jurídico defendido sea más valioso que el lesionado, pues de exigirse, el bien menor agredido debería sucumbir ante el injusto. Exigir que al delincuente no se le ocasione un daño mayor al que él mismo amenaza, sería incitar y favorecer el delito, privilegiándolo inmoralmente. Enumera como elementos a considerar por el juez para valorar la proporcionalidad: la intensidad del peligro, los medios utilizados, los bienes jurídicos en conflicto, su reparabilidad o irreparabilidad, su jerarquía y valor, su funcionalidad concreta, tiempo, modo, lugar, ocasión, conducta agresiva, armas y la peligrosidad del agresor. Dentro del criterio de las armas, señala que debe elegirse la que tenga el menor poder lesivo de entre los disponibles que sean eficaces, usándolo de la manera menos drástica. Hay exceso en la defensa cuando exista una aberrante desproporción entre peligro amenazado y el bien lesionado por la repulsa, pero no cuando hay una moderada desproporción (1991: pp. 284-289, 329).

En la doctrina chilena actualmente adhieren a la tesis de la proporcionalidad Politoff, Ramírez y Mattus, al sostener que el interés dañado por la defensa no debe ser mucho mayor que el interés defendido (2004: t. I, p. 220). Otro secuaz de la proporcionalidad fue Labatut, para quien debía existir una proporcionalidad, pero no una igualdad matemática, entre los medios de defensa y ataque. Aunque también admite que se considera racional el medio defensivo cuando el agredido no disponía en ese momento de otro menos perjudicial (1992: t. I, p. 98).

En la doctrina alemana, la gran mayoría de los autores rechaza el requisito de proporción entre bienes jurídicos implicados por el ataque y la defensa, dado que tal requisito no es exigido por § 32 del Código penal alemán. Se sostiene que el juicio de proporción sólo es admisible en el estado de necesidad, pero no en la legítima defensa dado que ésta permite un grado de injerencia mayor en la esfera de derechos del agresor debido a que éste es plenamente responsable por la creación del peligro. Además, los

bienes del agredido son preponderantes respecto a los del agresor, dado que "una causa de justificación implica la salvación de un interés prevalente" (Hassemer, 1997: p. 17). Por lo tanto, en la legítima defensa se admite dar muerte al agresor incluso para defender derechos reales si la intensidad del ataque así lo requiere (Welzel, 1956: p. 93/ Wessels, 1980: p. 95/ Roxin, 2006: t. I, p. 632/ Jescheck y Weingend, 2002: p. 368/ Maurach y Zipf, 1994: p. 451/ Baumann, 1973: p. 194/ Jakobs, 1995: p. 472/ Frister, 2011: p. 320/ Pawlik, 2013a: p. 16/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 96). Los autores germanos más antiguos no imponían limitación alguna, pues sostenían que el bien jurídico más insignificante podía ser defendido dando muerte al agresor, pues el derecho no tiene por qué ceder ante el injusto (Berner, 2020: p. 18/ Von Liszt, 2006: t. I, p. 231/ M.E. Mayer, 2007: p. 349/ Mezger, 1958: p. 171). Actualmente, si bien se rechaza la proporcionalidad, se impone como límite que el agredido debe optar por el medio defensivo menos lesivo pero igualmente eficaz que tenga a su disposición, también llamando principio de menor lesividad (Wessels, 1980: p. 95/ Ebert, 2005: p. 92/ Stratenwerth, 2016: p. 235/ Frister, 2011: p. 330). Igualmente, se excluye completamente el derecho de defensa, por no considerarse indicada o imperiosa, cuando hay una extrema desproporción entre los bienes jurídicos en juego (Wessels, 1980: p. 96/ Frister, 2011: pp. 331 y 332/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 98). No obstante, a diferencia de la mayoría, Eser y Burkhard admiten la proporcionalidad entre bienes jurídicos en conflicto, fundado en que la prohibición de exceso está presente en todo el ordenamiento jurídico. Para determinar cuándo una defensa es desproporcionada proponen realizar tres pasos: i) contraponer abstractamente los bienes jurídicos afectados; ii) considerar desde el punto de vista del agredido el interés por la preservación del derecho que se defiende; iii) grado de desproporcionalidad que el agredido debe soportar, se considera la defensa desproporcionada cuando hay desproporción crasa entre el daño evitado y el causado por la misma. La defensa es legítima cuando el interés defendido no sea más valioso que el lesionado por la defensa. Pero si el bien defendido es de poco valor y el lesionado por la defensa resulta infinitamente más valioso, la defensa es desproporcionada e inadmisible (1995: pp. 226-228).

Donde hay amplio consenso en la doctrina es considerar a la proporcionalidad como criterio de corrección o límite máximo. Esto significa que no pueden considerarse justificadas aquellas defensas en que existe una enorme desproporción o diferencia entre la lesión o peligro causado por la agresión y la lesión producida por la defensa a los bienes jurídicos del agresor. Así, para Antón Oneca repugna a la conciencia moral justificar la desproporción excesivamente desmesurada entre ofensa y defensa (1986: p. 277). También lo comparte Jiménez de Asúa, para quien el dueño del manzano no necesita defenderlo matando al niño que roba las frutas, pues no se puede sacrificar un bien superior para defender otro insignificante, negando en este caso la necesidad abstracta de defensa (1982: t. IV, p. 213). Para Bacigalupo, si bien la legítima defensa no exige proporcionalidad entre daño amenazado por la agresión y el causado por la defensa, la justificación se excluye si la desproporción es exagerada (1999: pp. 370 y 371). En el mismo sentido, Zaffaroni, Aliaga y Slokar indican que debe excluirse de la justificación los casos de lesiones inusitada o aberrantemente desproporcionadas (2007: p. 477). A su turno, Luzón, luego de rechazar la proporcionalidad entre males como significado de "racional", admite como única excepción la extrema desproporción entre los bienes jurídicos en juego (2016: p. 417). Para Tavares no es admisible sacrificar al agresor para salvar un bien insignificante, quien mata a otro para salvar una bola de tenis no puede invocar legítima defensa. Según el maestro brasileño ello infringe la jerarquía de valores que rige el ordenamiento jurídico, la que también está presente en las causas de justificación, de manera que debe impedirse que sean usadas para destruir a la persona en beneficio de intereses patrimoniales irrelevantes (2018: p. 338).

Sin embargo, existe disenso en cuanto a los efectos de la extrema desproporción. La primera solución es negar la necesidad abstracta defensa o *necesitas defensionis*, por lo cual no hay defensa completa ni incompleta, el sujeto nunca obró dentro de la justificante, no hay exceso, y simplemente se trata de un delito doloso. Adopta esta posición Jiménez de Asúa, quien rechaza considerar la existencia de exceso en estos casos (1982: t. IV, p. 213). También adhiere a esta tesis Zaffaroni, sosteniendo que el orden jurídico no puede tolerar una defensa en la cual hay una desproporción inmensa entre el

mal que se evita y el que se causa a quien agrede, ya que ello es contrario a la seguridad jurídica como forma de posibilitar una coexistencia pacífica. De manera que no puede repelerse los golpes de puño con una ametralladora o una cachetada con un obús, en estos casos queda excluida la defensa legítima porque la conducta realizada no es necesaria. El sujeto nunca obra dentro de los límites de la justificante y no se aplican las reglas del exceso (1985: pp. 490, 495, 506). Jiménez Díaz también niega en estos casos la justificante por ausencia de necesidad abstracta de defensa, por lo que no hay justificación completa ni incompleta. Pero indica que si el medio desproporcionado era el único de que disponía el sujeto para defenderse -caso del paralítico- debe acogerse en favor del sujeto una atenuante simple, por analogía, de miedo insuperable o de anomalía o alteración psíquica (2007: pp. 70 y 71). Para Magalhaes cuando se emplea un medio innecesario o se usa inmoderadamente no hay legítima defensa, ya que quedan excluidos sus requisitos esenciales (2009: t. I, p. 209). En Italia, Maggiore también era partidario de este planteamiento al sostener que evidentemente no podía hablarse de legítima defensa si alguno con exceso injustificado responde con un balazo una bofetada o castigue el hurto de un racimo de uvas con una paliza hasta echar sangre (1985: t. I, p. 417). En Alemania, según la opinión dominante, se excluye completamente el derecho de legítima defensa en casos de extrema desproporción entre bienes jurídicos afectados, dado que la defensa no sería requerida o indicada (Jescheck y Weingend, 2002: p. 529/ Roxin, 2006: t. I, pp. 635 y 636/ Frister, 2011: pp. 331-332/ Stratenwerth, 2016: p. 239/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 98).

Una segunda solución es considerar que en estos casos existe un exceso intensivo en la utilización del medio defensivo. El sujeto obra dentro de la justificante, ya que concurren los requisitos esenciales –agresión ilegítima y necesidad abstracta de defensa-, pero desde el inicio traspasa los límites de la permisión. Esta solución que es seguida por Luzón, (2002: p. 559) y por Cerezo Mir, para quien es ilícita la defensa absolutamente desproporcionada, pero indica que no es cierto que en estos casos falte el fundamento supraindividual de la legítima defesa, puesto que existe una agresión ilegítima, la defensa es necesaria -hay agresión actual y es inevitable sin recurrir a una reacción defensiva- y

es necesario el medio empleado (1995: t. II, pp. 224 y 225). Otro que también aprecia exceso en este caso es Quintero Olivares, ilustrándolo mediante un ejemplo: si A pudiendo reaccionar suficientemente usando una estaca, opta por disparar y matar a su agresor B –sin poner en duda que debía reaccionar de algún modo-, aquí hay necesidad de defensa, pero se emplea un medio desproporcionado, por lo que hay exceso y se aplica una eximente incompleta (2002: pp. 511 y 512). También se inclinan por esta solución De Toledo y Huerta, ya que hay necesidad abstracta de defensa, por lo cual se aplica la eximente incompleta (1986: p. 221). Otro seguidor de esta tesis es Gómez, para quien el exceso puede presentarse *ab initio*, la acción desde su inicio puede ser excesiva, pues ha surgido el derecho a actuar en defensa (1991: pp. 335-336). Una tercera postura sostenida por Mir Puig, señala que en casos de extrema desproporción debe aplicarse la restricciones ético-sociales del derecho alemán, el agredido debe rehuir o esquivar el ataque (2016: p. 446). Por nuestra parte, adherimos a esta segunda posición, ya que conforme al esquema que hemos desarrollado hasta aquí, consideramos que en estos casos existe necesidad abstracta de defensa. Hay una agresión ilegítima actual e inevitablemente se debe reaccionar para conjurar la lesión al bien jurídico, de manera que concurre el requisito esencial de la justificante. Pero el uso del medio es desproporcionado, se dispara contra el agresor cuando en atención a la entidad del bien atacado sólo bastaba con dar un disparo al aire para ahuyentarlo. Por lo tanto, se trata de casos de exceso intensivo *ab initio* en la defensa. Distinta es la situación si la agresión es insignificante –como las meras molestias- pues en ese caso no hay necesidad abstracta de defensa, según vimos.

Actualmente el criterio de proporcionalidad se encuentra abandonado por parte de la doctrina española más reciente, pues entienden que racionalidad se refiere al principio de menor lesividad. Admitir la proporcionalidad significaría confundir la legítima defensa con el estado de necesidad. Así, Quintero Olivares sostiene que la racionalidad no puede someterse al principio de proporcionalidad equitativa, pues la agresión puede sorprender a personas de diversa naturaleza y que dispongan de diversos medios de defensa. La racionalidad se refiere a las posibilidades de defensa. La reacción puede ser más grave y contundente que la agresión si el medio defensivo es el único al alcance del atacado. Se

debe elegir el medio menos lesivo de los disponibles y debe usarse en la medida necesaria (2002: pp. 511 y 512). Lo mismo sostienen Iglesias Río (1999a: p. 191), Jiménez Díaz (2007: pp. 50 y 51), Bacigalupo (1998: pp. 123 y 126), Mir Puig (2016: p. 454) y Luzón Peña, para quien la defensa puede afectar bienes de mayor valor que los amenazados por la agresión, sosteniendo que es falso que racional equivalga a proporcional (2002: p. 557), pues racional significa "creencia conforme a la razón" (2016: p. 417). Otro secuaz de esta posición es Cerezo Mir, para quien la proporcionalidad es incompatible con la legítima defensa, pues ésta puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión, siendo lícito matar al agresor para defender incluso el honor o la propiedad. El agredido debe optar por el medio menos lesivo a su alcance, pero no puede ir más allá de lo necesario, debiendo tenerse en cuenta la rapidez e intensidad del ataque, su carácter inesperado, características físicas del agresor, medios al alcance del defensor y su estado de ánimo. Pero admite la extrema desproporción como límite máximo, según vimos (1997: t. II, pp. 222 - 225).

En nuestra doctrina nacional quien se manifestó tajantemente contrario a la proporcionalidad fue Cousiño, sosteniendo que este concepto debía ser desterrado de los textos y tratados, por no tener un origen dogmático. Señaló que moderación y proporcionalidad no son términos similares, ni siquiera círculos concéntricos o secantes. Agregó que una defensa racionalmente necesaria puede no ser proporcionada, mencionando como ejemplo la mujer que para defenderse de una violación sólo dispone de un revólver. Bien se puede recurrir a un medio desproporcionado si es el único que se tiene a mano y ese será el racional. Según el desaparecido penalista, racional significa que debe usarse el medio menos perjudicial disponible, pero eso no implica que deba hacerse un uso indiscriminado del mismo (1979: t. II, pp. 268-270).

Analicemos ahora en que consiste esta segunda interpretación que se da a la palabra racional, esto es, el principio de menor lesividad o también llamado de intervención mínima o de mayor cuidado posible del agresor. Este dicta que el agredido, a efectos de emprender su defensa, debe elegir el medio, procedimiento o instrumento que

cause el menor daño al agresor, de entre todos aquellos que tiene a su disposición. Pero no está obligado a optar por un medio de dudosa efectividad. Si entre los medios disponibles el menos lesivo es de dudosa efectividad, puede optar por otro más lesivo que sea más eficaz. La defensa no será racional si, entre todos ellos, escoge el medio que cause mayor daño a los bienes jurídicos del agresor, pudiendo optar por otro menos lesivo e igualmente eficaz. La palabra medio se toma en sentido amplio, como instrumento o modo de defensa en su conjunto y que comprende tanto la clase de medio en sentido estricto (naturaleza) como la utilización concreta que se haga del mismo (intensidad) (Jiménez Díaz, 2007: pp. 53 y 54). Según este principio, la especie y medida de la defensa deben ajustarse a la intensidad del ataque, a la peligrosidad del agresor y a los medios de defensa disponibles (Wessels, 1980: p. 95). Según Etcheberry, la palabra medio se refiere a la manera de defenderse y para determinar su necesidad racional deben tomarse en consideración la naturaleza del ataque, la índole del bien jurídico atacado y las restantes posibilidades de salvarlo (2004: t. I, p. 254). Este principio encuentra su origen en la obra de los postglosadores Julio Claro, De Vitoria, Carpzovio y Boehmero, quienes la resumieron bajo la máxima latina *"leniori remedio periculum repellere",* considerándola un complemento del *moderamen* o proporción (Iglesias, 1999b: p. 105).

Conforme a este principio el agredido podrá utilizar un medio defensivo que irrogue mayores daños al agresor que el amenazado por el ataque, siempre que ese haya sido el único medio eficaz disponible en el caso concreto. Por lo tanto, será justificado desplegar una acción defensiva desproporcionada al ataque si no había otro medio defensivo eficaz y menos lesivo que se pudiera utilizar (Sáinz Cantero, 1990: p. 600/ Cerezo, 1997: t. II, p. 222/ Baldó, 2016: p. 457). La defensa podría dañar bienes de mayor valor que los amenazados por la agresión (Luzón, 2002: p. 557/ 2016: p. 417). Se debe reconocer al agredido la posibilidad de utilizar medios un poco más potentes que los del agresor y lesionar bienes de mayor significancia. No se puede exigir igualdad o nivelación de medios pues con ello se privilegiaría el crimen (Gómez, 1991: pp. 277, 327/ Blasco, 1976: p. 166). Pero la reacción defensiva no está justificada si existía otro medio defensivo menos lesivo de igual o mayor eficacia que el usado.

Será medio defensivo idóneo y necesario aquél que cumpla los requisitos copulativos de eficiencia y economía. El primero dicta que el medio sea el más efectivo para neutralizar la agresión de manera pronta y definitiva de entre los disponibles. El defensor no está obligado a optar por medios de dudosa eficacia, o cuyo empleo signifique un esfuerzo o costo mayor, ya que ello significaría ponerse en desventaja y asumir riesgo de pérdida del bien jurídico (Wessels, 1980: p. 95/ Jakobs, 1995: p. 473/ Roxin, 2006: t. I, p. 629). Tampoco tiene el deber de elegir un medio que sólo rechace parcialmente la agresión, ya que significa sufrir destrucción parcial del bien defendido. A su turno, la economía exige que el medio defensivo cause el menor daño al agresor de entre todos los disponibles. Si sólo hay un medio eficaz disponible, ese será el necesario, salvo que ocasione daños extremadamente desproporcionados en los bienes jurídicos del agresor, caso en el cual su uso no está autorizado. Aquí el principio de proporcionalidad opera como criterio de corrección máximo, excluyendo los medios extremadamente desproporcionados o lesivos en relación al grado de peligro del ataque (Cerezo: 1997: p. 225/ Iglesias, 1999a: pp. 204, 342/ Zilio, 2012: p. 164/ Stratenwerth, 2016: p. 239/ Luzón, 2016: p. 417). De no aceptarse esta limitación la norma se reduce al absurdo de que siempre será objetivamente idónea la defensa que acabe con la vida del agresor (Baldó, 2016: p 458). De lo antes dicho, vemos entonces que el medio, para ser considerado defensivo, debe tener un *mínimum* de idoneidad, que está determinado por su aptitud para eliminar pronta y totalmente la agresión y su *máximum* está fijando antes de lo que se considere extremadamente desproporcionado en cuanto a lesividad. En consecuencia, el exceso intensivo en la defensa tiene lugar únicamente cuando se incurre en extrema desproporción en relación a la entidad del ataque. Sin embargo, determinar cuan pronunciada deba ser esa desproporción entre los bienes contrapuestos es una cuestión respecto de la cual no hay una solución clara (Stratenwerth, 2016: p. 239).

Si el agredido tiene varios medios defensivos a su disposición, para determinar cuál es el racionalmente necesario se debe distinguir: a) Si todos los medios son igual o similarmente lesivos, cualquiera de ellos será el necesario; b) Si tienen grados lesividad relevantemente distintos, se debe optar por el menos lesivo siempre que sea igualmente

eficaz que los otros de mayor entidad. En ambos casos se debe excluir el medio que cause al agresor lesiones extremadamente desproporcionadas en relación al ataque. Si entre los varios medios defensivos a disposición del agredido, concurren medios ofensivos y protectivos, deberá optarse por estos últimos siempre que sean igualmente eficaces y seguros que los ofensivos (Baldó, 2016: pp. 457 y 458/ Ebert, 2005: p. 92). Según Jakobs, la defensa protectiva es aquella que lesiona los bienes jurídicos del agresor como consecuencia accesoria y la defensa ofensiva es aquella en que la lesión es intencionada (1995: p. 472). Ambas se distinguen de la llamada defensa pasiva, que es aquella en que no se lesionan bienes jurídicos del agresor y no constituye conducta típica –cubrirse, esquivar los golpes-, por lo cual no se considera jurídicamente una defensa (Gómez, 1991: p. 206).

Conforme a este principio no entrarían en juego la ponderación de los bienes jurídicos confrontados, toda vez que se permite causar daños desproporcionados al agresor. Esto quiere decir que se autoriza una injerencia desproporcionada la esfera de sus bienes jurídicos, pudiendo afectarse otros bienes de distinta especie o grado. La entidad de los bienes jurídicos sólo se tomaría en cuenta para apreciar cuando hay desproporción extrema o crasa.

Una opción que se ha formulado por parte de algunos partidarios del principio de menor lesividad es admitir la aplicación de los límites o restricciones ético-sociales, formuladas por la jurisprudencia y doctrina alemana, frente a agresiones de bagatela, provenientes de niños, dementes, ebrios, parientes, agresiones provocadas, entre otras (Gómez, 1991: pp. 315, 369/ Jiménez Díaz, 2007: p. 44/ Zilio, 2012: pp. 350 y 351/ Mir Puig, 2016: p. 446/ Tavares, 2018: pp. 338-340). Esto se traduce en que frente a ellas el agredido debe actuar escalonadamente, ejerciendo la defensa en tres niveles sucesivos (elusión, protección defensiva, resistencia defensiva) según vimos en su oportunidad. De no observarse tales limitaciones la defensa sería excesiva. Sin embargo, tales limitaciones

deben rechazarse en nuestro derecho, por cuanto ellas carecen de base legal[30], desnaturalizan la legítima defensa al confundirla con el estado de necesidad -al hacerla subsidiaria-, niegan erróneamente la defensa completa como la incompleta pese a que pueden concurrir los requisitos esenciales de la agresión ilegítima y necesidad abstracta de defensa (Luzón, 2016: p. 420). Además, implican una intromisión de la moral en el campo del Derecho, con lo cual se afecta la seguridad jurídica, en cuanto a que el derecho este estatuido y no se remita a juicios éticos. En este sentido, de admitirse estas restricciones, nada impide que en el futuro se agreguen nuevas hipótesis o casos de este tipo impuestos por la ética social dominante en una determinada época o lugar. La solución frente a estos casos debe buscarse justamente en la elección del medio defensivo menos lesivo, desde luego, considerando el conjunto de las demás circunstancias concurrentes. Luzón propone una solución interpretativa en tres pasos: interpretar restrictivamente el requisito de agresión ilegítima, de manera de considerar como tales solo las más importantes agresiones antijurídicas dolosas; establecer restricciones legales a las agresiones contra bienes y la morada; y que frente a puestas en peligro que no llegan a ser agresiones ilegítimas quepa solo una reacción protectora moderada del estado de necesidad defensivo (2016: p. 420). Así, frente a agresiones de inculpables, el profesor de Alcalá señala que el medio racionalmente necesario tendría los mismos límites que el estado de necesidad defensivo: subsidiariedad y autorización sólo de una desproporción no muy grande entre los daños (2016: p. 418).

[30] Según adelantamos en el primer capítulo, las restricciones ético-sociales formuladas en principio por la jurisprudencia alemana, fueron recogidas por el legislador alemán, que en una reforma del año 1975 introdujo al § 32 del Código penal el requisito que la defensa sea requerida o indicada (*Geboten*), con lo cual se dio sustento legal a las mismas. Al respecto, Loss señala que después de esta reforma el argumento de *lex scripta* contra las limitaciones ético-sociales se consideró, al menos, como mitigado (2009: p. 258). Marcelo Sancinetti en su traducción de la obra sobre Derecho penal de Hilgendorf y Valerius, traduce la palabra alemana *Geboten* como "imperioso". De esta manera, según su traducción la norma aludida reza: *§ 32 StGB. Legítima defensa 1) Quien cometa un hecho que sea imperioso para ejercer una legítima defensa no actúa antijurídicamente. 2) La legítima defensa es la defensa necesaria para repeler una agresión actual antijurídica contra sí mismo o contra un tercero* (2017: pp. 90 y 97). El texto en alemán dice: *§ 32 Notwehr (1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.*

El mayor problema que plantea este principio es determinar cómo debe evaluarse el juicio de ponderación del medio y su grado de lesividad en relación a los bienes jurídicos del agresor. El sujeto que se ve enfrentado una agresión o ataque generalmente no tendrá tiempo y calma para reflexionar sobre qué medio defensivo debe escoger y hacer un pronóstico sobre cuáles serán los posibles daños que este pueda ocasionar al atacante. Quien es víctima de una agresión generalmente se encontrará en un estado de exaltación o apremio, en que debe tomar decisiones rápidas para conjurar el peligro. Exigirle una acabada evaluación de la situación y reflexión antes de actuar significaría ponerlo en una situación de seria desventaja frente al agresor, tornando ilusorio e impracticable el derecho de legítima defensa. No es razonable esperar de quien es agredido un razonamiento sereno y objetivo de la situación, (Bullemore y Mackinnon, 2007: t. II, p. 94), por lo que habrá de tenerse en cuenta la perturbación psicológica que enturbia la posibilidad de una defensa exquisitamente precisa (Iglesias, 1999a: p. 434). No se exige una absoluta racionalidad del medio, pues para el agredido tendría que estar en una situación espiritual tal, que pudiera serenamente reflexionar sobre ello, haciendo una especie de ecuación matemática entre medios de ataque y defensa (Sisco, 1949: p. 148). Pero el problema no termina en lo subjetivo, también pueden concurrir circunstancias fácticas que influyan en la elección. Así, las víctimas muy débiles tienden a optar por el medio defensivo más gravoso. Esto se ha sostenido especialmente respecto de la defensa de mujeres frente a agresores hombres, ya que "muchas veces la mujer no tiene más alternativa a medios que son esencialmente más gravosos para poder tener una defensa exitosa" (Villegas, 2010: p. 159). A la inversa, frente a un agresor muy peligroso –un sicario- , por lo general, también se optará por el medio más lesivo. Por lo tanto, determinar si el medio elegido fue realmente el menos lesivo, es un problema empírico de difícil solución para el juzgador.

Se han propuesto tres formas de realizar este juicio: subjetivo, objetivo *ex post* y objetivo *ex ante* o individualizador. Desde ya advertimos que estos criterios de ponderación también se aplican para determinar la realidad de la agresión y la proporcionalidad entre los medios o entre ataque y defensa.

Según la tesis subjetiva, para determinar si el medio es idóneo – menos lesivo y eficaz de los disponibles- el juzgador debe únicamente atender a la apreciación del agredido en la situación concreta en que reacciona. Por lo tanto, será medio idóneo aquél que así aparezca a los ojos del agredido al momento de repeler la agresión, lo que este creyó necesario, aunque posteriormente se demuestre que no lo era. Partidario de esta tesis fue Carrara, para quien la legitimidad de la defensa se mide según la opinión racional del amenazado y no según el frío cálculo del juez, excluyendo sólo los casos de error grosero e inexcusable que se sancionan como excesos culposos (2000: t. I, pp. 168 y 169). Adhiere a esta tesis Alimena, para quien la necesidad debe evaluarse tal como se presenta ante la conciencia del que se defiende, agregando que "sería vano juzgar la necesidad tranquilamente como la juzgamos nosotros lejos del peligro" (1915: t. I, p. 138). Otro secuaz fue Cuello Calón, para quien la apreciación de la necesidad es subjetiva y ha de estimarla quien se defiende (1930: p. 353). En Argentina fue seguida por Sisco (1949: p. 150). Mas actualmente, adhiere a ella Gómez, para quien el hombre razonable no existe en realidad, solo vive el hombre concreto y real, por lo que no se le puede juzgar con el cartabón de un hombre razonable o prudente. Es el hombre concreto con su propia psicología, historia y antecedentes con el agresor, el que enfrenta el peligro y que infiere con sus propias condiciones como debe responder para salvar sus bienes. Según el autor, para determinar la proporcionalidad de la defensa, deben considerarse también, entre otros factores, la situación mental, la representación, el estado emotivo de quien sufrió el ataque. Incluso sostiene que también debe considerarse la clase social y superestructura moral del agredido, ya que estas pueden influir en su apreciación de la gravedad del ataque, el temor, la motivación que lo lleven a reaccionar en forma que lo hizo (1991: pp. 289, 297, 298, 301). Esta última idea encuentra su origen en Von Jhering, para quien la intensidad del dolor moral depende de la sensibilidad subjetiva del agente. Así, el oficial militar será más sensible a un ataque a su honor, el campesino lo será al ataque a su propiedad, pues es la base de su existencia, lo mismo es el crédito para el comerciante (2018: pp. 70 a 72). El problema de admitir esta tesis radica en que la defensa putativa sería siempre justificada a título de legítima defensa, ya que es irrelevante si el peligro era objetivamente real o no,

pues lo único que interesa es lo que el agredido apreció y se representó al momento de emprender su defensa. En consecuencia, esta tesis termina convirtiendo la legítima defensa en una causa de inculpabilidad.

La tesis objetiva *ex post* dicta que la idoneidad del medio defensivo debe realizarse por el juez apreciado únicamente las circunstancias objetivas del caso concreto *in abstracto,* sin atender a las condiciones y representaciones subjetivas del agredido en el momento de afrontar la agresión. El problema de esta tesis es que la defensa desplegada contra una agresión aparente –matar a quien nos apunta con una pistola descargada- debe siempre castigarse como delito doloso. Salvo que se considere que el sujeto obró bajo error invencible, caso en el cual se debe exculpar.

La tercera tesis denominada objetiva *ex ante* o individualizadora, indica que la idoneidad del medio se debe determinar considerado todas las circunstancias objetivas concurrentes en el caso concreto, pero juzgadas por un observador sensato y razonable, puesto en el lugar del agredido en el momento que enfrenta la agresión (Roxin, 2006: t. I, p. 631/ Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, pp. 218 y 219). Notamos que este criterio es plenamente coincidente con la denominada medida de cuidado *ex ante* del hombre juicioso y concienzudo que se utiliza para determinar si hay o no infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, el cual, a su vez, toma elementos del juicio de adecuación de la causalidad. Según aquella la medida de cuidado a ser aplicada se debe determinar *ex ante* considerado todas las circunstancias dadas en el caso particular. *Ex ante* significa que el juez debe ubicarse en la situación del autor en el momento en que este obro y deberá preguntarse cómo habría actuado un hombre juicioso y concienzudo en el lugar del autor frente a esa situación concreta. Pero el juez deberá considerar los conocimientos y capacidades especiales que tenga el autor (Hilgendorf y Valerius, 2017: pp. 297 y 298/ Wessels, 1980: p. 57/ Roxin, 2006: t. I. p. 367). Al igual que el juicio adecuación, no se toman en consideración aquellos desconocimientos que habría tenido un hombre prudente (Mir Puig, 2016: p. 258). Consideramos que esto es plenamente aplicable al momento de valorar la necesidad racional del medio, pues no es lo mismo valorar la conducta defensiva

que despliega un sujeto entrenado en técnicas de defensa personal y uso de armas, que la de aquél que no tiene estos conocimientos especiales. Ciertamente tales conocimientos y habilidades que posea el agredido deben ser considerados por el juez. Confirma nuestra observación Stratenwerth al señalar que para determinar el medio de defensa más leve importan también las capacidades del defensor. Por ejemplo, si es un mal tirador, y disparar constituye la única posibilidad de defesa, todos los riesgos estarán cubiertos por la legítima defensa, aun cuando hubiere bastado una lesión pequeña, salvo que exista una extrema desproporción (2016: p. 235). En Chile, la doctrina sigue este criterio de valoración objetivo *ex ante* (Cousiño, 1979: t. II, pp. 272 y 273/ Garrido, 2003: t. II, p. 133/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 256/ Novoa, 2009: t. I, p. 343/ Couso y Hernández, 2011: p. 219/ Balmaceda, 2014: p. 194). La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores también sigue este criterio[31].

El criterio objetivo *ex ante* es la más aceptado por la doctrina, ya que permite subsanar los problemas que surgen de las defensas fundadas en apreciaciones absolutamente erróneas del agredido y de las defensas desplegadas bajo error invencible frente a agresiones que aparentan ser reales. En España, Jiménez Díaz señala que el juicio de racionalidad es prioritariamente objetivo, pues no puede dejarse en manos de la vivencia personal del sujeto que se defiende la valoración sobre ella. Razonar de manera contraria significaría confundir el juicio de antijuridicidad con el de culpabilidad. Para esta autora, la perturbación o el miedo del agredido no deben tomarse en cuenta al momento de determinar la racionalidad del medio (2007: p. 174). Sigue esta tesis Roxin al indicar que quien por su excitación considera necesario dispararle a otro en lugar de cerrar una puerta, obra sólo en defensa putativa. Pero si un gánster lleva a cabo una toma de rehenes con una pistola descargada, matarlo a disparos será necesario, pues el

[31] A modo ejemplar podemos mencionar los siguientes fallos: CA Santiago Rol 2838-07 (23 de enero de 2008); CA Antofagasta Rol 146-06 (11 de octubre de 2006) y Rol 409-19 (22 de noviembre de 2019); CA Concepción Rol 401-06 (12 de diciembre de 2007); CA Rancagua Rol 254-07 (20 de julio de 2007); CA Valparaíso Rol 7250-00 (16 de octubre de 2001) y Rol 886-12 (20 de agosto de 2012); CA San Miguel Rol 2107-06 (24 de agosto de 2007), Rol 1129-08 (22 de septiembre de 2008), Rol 1230-16 (14 de julio de 2016) y Rol 1821-19 (16 de agosto de 2019) ; CS Rol 1376-18 (18 de octubre de 2018).

observador sensato considerara seriamente que la pistola está cargada y no tiene por qué arriesgarse. Político-criminalmente los efectos del error invencible serán en perjuicio del agresor (2006: t. I, p. 631). Luzón también sigue esta tesis, señalando que para que el medio sea necesario basta que el sujeto lo crea así al momento de defenderse, en base a las circunstancias objetivas. Aunque después se compruebe que el medio no era estrictamente necesario, si el error es invencible se puede afirmar la necesidad racional, acogiéndose una modalidad de legítima defensa que implica sólo falta de desvalor de acción y no de desvalor de resultado (2002: pp. 558-559/ 2016: p. 417). En cambio, Jiménez de Asúa considera que el exceso en los medios defensivos por error invencible no da jamás lugar a legítima defensa, sino a defensa putativa (1982: t. IV, p. 86).

Pero no solamente debe evaluarse si el agredido optó por el medio defensivo menos lesivo, sino que además se debe determinar si su utilización concreta fue necesaria. Si solo puede repelerse al agresor mediante un disparo, siendo suficiente lesionarlo, no podrá justificarse un disparo dirigido intencionalmente a la cabeza (Stratenwerth, 2016: p. 236). El uso de un medio necesario más allá de lo requerido para repeler la agresión corresponde al exceso intensivo. Justamente este ha sido definido como el uso inmoderado de medios necesarios (Tavares, 2018: p. 346).

Sin embargo, Baldó Lavilla considera que el principio opción por el medio menos lesivo no opera cuando la agresión ilegítima compromete intereses esenciales del agredido como la vida, la integridad física o su salud (2016: p. 457). En el mismo sentido se había pronunciado Berner al sostener que la persona, en general, es considerada sagrada y quien le agrede la habilita para defenderse de manera ilimitada, pudiendo llegar hasta la plena destrucción del agresor (2020: p. 18). Más recientemente se pronuncia en este sentido Luzón al señalar que “cuando la agresión sea muy peligrosa para bienes importantes generalmente habrá que acudir, como únicos seguros, a medios defensivos muy duros”, aunque admite que podrían existir casos en que ello no sea así, como por ejemplo, cuando el defensor esta eficazmente preparado para la defensa (2016: p. 416). Por lo tanto, frente a ataques contra la vida y graves ataques contra la integridad corporal o la salud, el

agredido puede optar por un medio defensivo que produzca la muerte del agresor, resultando tal conducta justificada. A la misma conclusión arriban los seguidores de la proporción, pues sostienen que la defensa de un bien primario no reparable permite causar cualquier daño al agresor –defensa extrema- (Nino, 2002: pp. 68, 119-120/ Gómez, 1991: p. 293), dado que es proporcionada una defensa equivalente a la agresión si los bienes jurídicos comprometidos son homogéneos. Respecto de la defensa contra ataques a la libertad ambulatoria y ataques violentos a la libertad sexual, también se sostiene que puede llegar hasta la muerte del agresor (Gómez, 1991: p. 290/ Iglesias, 1999a: p. 333/ Bettiol, 2013: p. 328). De todo ello se concluye que no existe exceso intensivo en la legítima defensa desplegada contra agresiones que atentan contra la vida, gravemente contra la integridad corporal, libertad ambulatoria o libertad sexual.

La mayoría de la doctrina chilena adhiere a la tesis de opción por el medio defensivo menos lesivo disponible como significado de la palabra "racional", rechazando la tesis de la proporcionalidad, en este sentido se pronuncian: Cousiño (1979: t. II p. 268), Náquira (1998: pp. 230-234), Cury (1996: t. I, p. 368), Garrido (2003: t. II, p. 133), Etcheberry (2004: t. I, p. 256), Novoa (2009: t. I, p. 342), Guzmán Dálbora (2010: p. 110), Villegas (2010: p. 159), Balmaceda (2014: pp. 193 y 194). En cuanto a los límites, nuestra doctrina se muestra poco consistente y carente de desarrollo. Para Etcheberry debe buscarse en la exigencia de proporcionalidad entre ataque y defensa (2004: t. I, p. 252). Cousiño rechaza el criterio de la intolerable o extrema desproporción propuesta por la dogmática alemana, señalando simplemente que no debe causarse un daño mayor que el necesario (1979: t. II, pp. 264 y 274), similar idea sostiene Náquira (1998: p. 234). Para Novoa no debe excederse el límite de los indispensable (2009: t. I, p. 342). Por su parte, Guzmán también rechaza el límite de la inusitada desproporción entre bienes en juego, pero admite como límite a la defensa frente a agresiones insignificantes el principio de dignidad humana en cuanto a valor fundamental reconocido en las Constituciones y Pactos Internacionales. En base a éste la defensa de un bien insignificante no autoriza a dar muerte al agresor, aun cuando no se disponga de otro medio de defensa (2010: pp. 125 a 132).

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha seguido tanto la tesis de la proporcionalidad como del medio menos lesivo al interpretar el requisito de necesidad racional del medio.

En cuanto a la proporcionalidad, la Corte Suprema aplica este criterio al acoger un recurso de casación en el fondo en causa Rol 1376-2018 (18 de octubre de 2018), resolviendo que "…de esa manera, las circunstancias fácticas descritas permiten tener por concurrente el requisito de la necesidad racional del medio empleado por el acusado para defenderse de la agresión de XX, al resultar su respuesta proporcional al riesgo que temía podía concretarse a su respecto, como del público que transitaba por el lugar…" (Considerando décimo).

La Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol 232-2004 (17 de diciembre de 2004), citando a Jiménez de Asúa, estimó proporcionada la defensa consistente en injuriar a un carabinero en respuesta a la injuria que este había proferido a un civil, sosteniendo que la legítima defensa es "…repulsa de la agresión ilegítima, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla." (Considerando noveno).

Respecto de los que siguen la menor lesividad, encontramos el fallo pronunciado por la Corte Suprema en causa Rol 6466-2005 (03 de mayo de 2007) que resuelve: "…la necesidad racional del medio de reacción en legítima defensa, no supone proporcionalidad matemática de los instrumentos empleados sino, como su propia redacción lo sugiere, "razonabilidad", atendidas las circunstancias del caso. Frente al ataque de un individuo y la asechanza de varios más, encontrándose la víctima en el suelo y prácticamente inmovilizada, un disparo parece haber sido lo único que podía hacer en su defensa, porque no resulta posible tampoco suponer cuál otro habría sido un elemento más efectivo y menos dañino, al cual hubiese podido echar mano en la situación en que se encontraba" (Considerando quinto).

En el mismo sentido resolvió la Corte de Apelaciones de La Serena en el Rol 89-2005 (06 de mayo del 2005) al indicar que "…importa que la reacción sea necesaria, esto es, que, dadas las circunstancias, el sujeto no disponga de otra forma menos enérgica de defenderse con éxito".

Otro fallo en este sentido pronunció la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa Rol 100-2014 (08 de mayo de 2014) al resolver que: "El art. 10 N° 4 establece que existe necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, es decir, que ésta sea el medio imprescindible para repeler la agresión. Exigiendo además que sea racionalmente necesario, es decir, que sea el menos lesivo de aquellos que están al alcance del que se defiende, para ello, debe apreciarse la realidad de las circunstancias concurrentes, tanto personales, como el hecho mismo" (Considerando sexto).

Más recientemente, se pronuncia en favor de la menor lesividad la Corte de Apelaciones de San Miguel en causa Rol 1821-2019 (16 de agosto de 2019) acogiendo un recurso de nulidad por errónea aplicación de Derecho. Se estimó justificada por legítima defensa la conducta del imputado consistente en golpear con un vehículo a un sujeto que amenazaba con un cuchillo a su hija y cónyuge, fracturándole una pierna. El fallo resolvió que: "Sexto: Que sobre la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima que caracteriza la figura de la legítima defensa, es necesario recordar que, para apreciarlo, es menester que el intérprete y el juzgador se posicionen en el momento de la agresión y en el lugar del sujeto que se defendió, vale decir, intentando una apreciación objetiva, sin incidencia de su propia imaginación o personal susceptibilidad. Llevado lo anterior al caso de autos, se traduce en considerar la situación de una persona que observa a un hombre acercarse con un arma blanca hacia su cónyuge e hija; situación que conduce naturalmente a concluir que un hombre razonable habría reaccionado para repeler o impedir una agresión de esa envergadura y, dadas las circunstancias del momento –el imputado ingresaba a bordo de su vehículo junto a su familia por un pasaje, vale decir una vía de escasas dimensiones no tuvo otra opción más que arremeter con su automóvil en la dirección que se hallaba el agresor. Séptimo: Es

sabido que la racionalidad exigida para la concreción de la figura penal en referencia no es una proporcionalidad aritmética, sino de analizar el hecho concreto con el criterio que el común de las personas enfrentaría una situación similar". La misma Corte ya había sostenido anteriormente la tesis de menor lesividad en el fallo Rol 1230-2016 (14 de julio de 2016).

De todo lo expuesto hasta aquí, observamos que determinar con precisión cuando existe exceso intensivo o propio en la legítima defensa no es una cuestión pacífica. Las tesis examinadas nos plantean dos soluciones distintas sobre cuando hay exceso. Para la tesis de proporcionalidad bastará la mera desproporción, para unos entre acción defensiva versus agresión, para otros entre bienes jurídicos afectados por la agresión y la defensa. Aún dentro de esta postura se sostiene que la proporción no es exacta o matemática, sino que relativa o flexible. Incluso algunos de sus seguidores admiten una defensa que cause una mayor afectación de bienes jurídicos del agresor admitiendo que el exceso sólo tendría lugar en casos de extrema desproporción. En cambio, para los que optan por la tesis del principio de menor lesividad el exceso intensivo tendrá lugar cuando no se utiliza el medio defensivo menos lesivo y eficaz a disposición, optando en su lugar por otro más dañino, pero siempre que su uso se traduzca en una acción defensiva extremadamente desproporcionada en relación a la entidad de la agresión. Aquí la extrema desproporción solo opera como límite máximo, lo que significa que es permitido ocasionar al agresor mayores daños que los amenazados por el ataque, siempre que no se llegue a tal extremo. Tenemos entonces que la tesis de la proporcionalidad restringe la acción defensiva a un margen más estrecho, en tanto que la tesis de la menor lesividad amplía el campo de la permisión.

Por nuestra parte, nos inclinamos por la tesis que interpreta la necesidad racional como deber de optar por el medio defensivo menos lesivo, pero admitiendo la extrema desproporción como límite máximo. Fundamos nuestra posición en razones sistemáticas al relacionar la legítima defensa con el estado de necesidad. La esencia de ambas eximentes consiste en permitir la realización de conductas típicas que afectan o injieren

en esferas ajenas de bienes jurídicos, pero en grado diferente. Teóricamente el estado de necesidad permite una injerencia menor en los bienes ajenos, dado que el sujeto que debe soportarla es inocente por la creación de la fuente de peligro, sin perjuicio de imponerse además que el necesitado no le quede otra vía menos lesiva de salvaguarda. En cambio, en la legítima defensa el grado de injerencia autorizado es mayor, por cuanto quien debe soportar o tolerar el sacrificio de sus bienes es responsable por la creación del peligro y el Derecho hace preponderar los bienes jurídicos del agredido por encima de los del agresor, pues el actuar ilícito de este último quebranta el estado de paz que impone el orden jurídico. Además, el agresor junto con afectar un bien jurídico determinado también afecta la libre determinación del agredido (Stratenwerth, 2016: pp. 225 y 228). De manera que en el estado de necesidad el necesitado deberá afectar un bien jurídico menor o de igual valor al salvado, en tanto que, en la legítima defensa, por autorizar una injerencia mayor, tal proporción no puede ser exigida, pudiendo afectarse de mayor manera la esfera de bienes jurídicos del agresor. Pero el límite será la extrema o crasa desproporción entre las conductas constitutivas de agresión y defensa, a fin que la defensa no quede autorizada de manera ilimitada. En nuestro derecho el estado de necesidad regulado en el art. 10 N° 11 CP justifica la conducta del necesitado siempre que "el mal causado no sea sustancialmente mayor al evitado". Se observa entonces que para nuestra ley el mal causado puede ser menor o mayor al evitado, siempre que en este último caso no lo sea sustancialmente. Dado que la legítima defensa permite una injerencia en bienes jurídicos ajenos mayor al estado de necesidad, podemos sostener entonces que "la necesidad racional del medio" del art. 10 N° 4 del CP autoriza afectar bienes jurídicos del agresor en una medida sustancialmente mayor al mal que amenaza la agresión, pero con el límite de la extrema desproporción ya señalado. De no interpretarse de esta manera tendríamos que sostener que la legítima defensa autorizaría una injerencia menor o igual a la del estado de necesidad, y la única diferencia entre ambas eximentes sería que en la segunda

regiría la subsidiaridad. Tal interpretación desconocería la diferencia dogmática entre ambos institutos[32].

Dentro del esquema que seguimos el principio de proporcionalidad opera como límite máximo. Consideramos que este no puede ser absolutamente desatendido, por cuanto la legítima defensa supone una situación en que colisionan o se enfrentan dos bienes jurídicos, en que la salvación del agredido pasará por la destrucción o afectación de un bien del agresor. Dado que la permisión se traduce en la autorización para injerir o intervenir afectando la esfera de derechos del agresor, la medida de tal injerencia sólo puede lograrse por medio de un baremo que permita ponderar o medir conceptos axiológicos. Este baremo no puede ser otro que la proporción, en cuanto principio rector que se halla presente en todo el ordenamiento jurídico. Para ponderar bienes jurídicos comprometidos por la agresión y la defensa, y determinar cuándo existirá una crasa o gran desproporción entre ellos, seguimos el procedimiento propuesto por Iglesias Río, para quien esta ponderación debe realizarse en tres niveles. Primeramente, deben ponderarse *in abstracto* los bienes jurídicos en juego, a fin de determinar el valor absoluto de cada uno, para lo cual puede recurrirse a las pautas que contiene el derecho positivo y también a las pautas de valoraciones supra legales o extrajurídicas, como las ético-sociales y ético-jurídicas. En este eslabón se observa que la vida, la integridad corporal, la libertad, tiene mayor valor que la propiedad. En segundo lugar, debe realizarse una ponderación en concreto de los bienes afectados, aquí se deben considerar la culpabilidad del agresor, el grado de necesidad, posibilidades de defensa, idoneidad del medio empleado, la reparabilidad del daño, el valor simbólico, sentimental o afectivo de ese bien, la situación patrimonial de las partes en conflicto. En el tercer nivel, se deben tomar en consideración los principios fundantes de la legítima defensa, esto es, el de autoprotección y el supralegal

[32] Según hemos adelantado, en este punto seguimos la interpretación de Enrique Cury, para quien el art. 10 N° 11 del CP abarca ambos tipos de estado de necesidad, esto es, justificante y exculpante. Según el desaparecido jurista, el art. 10 N° 11 comprende todas las situaciones del art. 10 N° 7 CP, tornando a éste superfluo y carente de interés, estando tácitamente derogado (2013: p. 252). De aceptarse la tesis contraria, esto es, la vigencia y el carácter justificante del art. 10 N° 7, no se altera la conclusión arribada en cuanto al mayor nivel de injerencia autorizado por la legítima defensa, toda vez que conforme esa norma el estado de necesidad solo autoriza para producir daños en la propiedad ajena en una medida no mayor al mal evitado.

de defensa del Derecho. En virtud de ellos la estricta ponderación que bienes queda desplazada, pues los bienes del agresor merecerán menor protección que los del agredido. Así frente a dos vidas humanas, la del agredido puede ser salvada a costa de la vida del agresor, pues el Derecho defiende a quien no se rebela contra él (1999a: pp. 349-356).

2.1.2 El exceso extensivo.

Según indicamos anteriormente, uno de los requisitos para que exista necesidad abstracta de defensa es que la agresión ilegítima sea actual o inminente. Este requisito no está mencionado expresamente en la ley, pero se extrae de los vocablos "impedir o repeler" que se utilizan en relación a la necesidad racional. Se impide la agresión que es inminente y se repele aquella que es actual o presente (Jiménez de Asúa, 1956: t. IV, p. 178/ Rivacoba, 1995: p. 132). De esta manera, se fijan los límites temporales dentro de los cuales se permite desplegar la defensa, los cuales van desde la inminencia del ataque, pasando por actualidad, hasta el momento en que éste termina. Actual significa que es presente y que está en desarrollo, el agresor se encuentra ya afectando o lesionando los bienes jurídicos del agredido y aún no concluye su obrar ilícito. Según Nino, se trata de una agresión en curso, pero que aún no está consumada (2002: p. 112). Inminente quiere decir que se encuentra muy próxima a ocurrir y es razonablemente esperable que ocurra según la lógica de los acontecimientos, de manera que el bien jurídico se encuentra en situación de peligro de ser lesionado si no se defiende. Según Frister, en la inminencia las intenciones del agresor estarán a la vista, siendo característicamente inequívocas (2011: p. 326). Solo en estos casos surge la *neccesitas inevitabilis* de repeler *hic et nunc* la agresión actual para evitar que se siga lesionando nuestros bienes jurídicos o bien de impedir la agresión inminente a fin de que no se produzca lesión alguna.

Este requisito proviene del Derecho romano, para el cual la reacción defensiva debía realizarse durante la vigencia del ataque, como declaraba la Ley *De vi et de vi armata*, bajo los latinismos: "*non ex intervalo sed ex continenti*" (Digesto, Libro 43, Tit. 16, Ley 9). Las Partidas igualmente recogen este requisito al señalar que el agredido *"non ha de esperar que el otro le fiera primeramente"* (Partida VII, título VIII, Ley II). La

Carolina igualmente exigió actualidad de la agresión para autorizar el ejercicio de la defensa necesaria o *Notwehr* (art. 140). Más tarde este requisito fue desarrollado por los prácticos italianos, especialmente Julio Claro, bajo la fórmula "*moderamen circa tempus*", esto es, la defensa debe ejercerse contemporáneamente con la agresión (Iglesias, 1999b: pp. 45, 62, 83, 87).

Cuando no concurre la actualidad o la inminencia de la agresión, porque el ataque cesó o bien porque no hay ninguno que de manera inminente se nos venga encima, no hay necesidad abstracta defensa. En estos casos toda acción lesiva de bienes jurídicos desplegada sobre el que fue agresor o sobre quien supuestamente lo es, no está permitida, es antijurídica y punible[33]. Por lo tanto, la acción defensiva debe desplegarse dentro de los límites temporales fijados por la inminencia y actualidad de la agresión, de manera que sea coetánea a ella. Si se obra fuera del límite temporal, no existe el derecho a ejercer defensa, el sujeto no actúa dentro de la causa de justificación y no cabe hablar de exceso. Es por ello que al exceso temporal o extensivo se le denomina impropio.

Lo anterior es claro y categórico respecto de la defensa desplegada en contra de una agresión que se creyó inminente, sin serlo realmente. En este caso puede ocurrir que la agresión nunca haya existido, o bien, que exista alguien dispuesto a agredirnos –futuro agresor- pero que aún no comienza a ejecutar su ataque, porque se encuentra en fase de planificación o preparación, sin llegar aun a la tentativa. En esta última hipótesis, toda acción lesiva desplegada por el futuro agredido contra el futuro agresor, se denomina defensa preventiva, y es antijurídica, por cuanto el futuro agredido dispone de tiempo para solicitar el auxilio de los agentes estatales a fin de conjurar el mal futuro. Sin embargo, si

[33] En este mismo sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia. Así, la Corte de Apelaciones de Coyhaique en fallo Rol 35-2019 (23 de abril de 2019), resolvió que el exceso extensivo impide apreciar tanto la legítima defensa completa como incompleta. Agrega que existe consenso doctrinario que la agresión termina cuando concurre alguna de las siguientes hipótesis: 1) cuando el bien ya ha sido definitivamente lesionado; 2) cuando el peligro inminente se haya agotado; 3) cuando se haya producido el desistimiento del agresor; o bien, 4) cuando la defensa haya surtido su efecto (Considerando primero). Igualmente, la Corte Suprema en fallo Rol 10.364-2019 (18 de junio de 2019), señala que el exceso extensivo en la defensa concurre cuando, una vez terminada o repelida la agresión, el agente ataca al agresor extemporáneamente, como el caso de quien golpea después de haber dominado o desarmado. Agrega que, en este caso, al faltar la agresión, no hay legítima defensa completa ni incompleta (Considerando decimosegundo).

el sujeto por error invencible se representó la existencia de una agresión inminente que no era tal, obra inculpablemente en defensa putativa. Disentimos de la opinión de Díaz Palos, para quien hay exceso temporal o impropio cuando la defensa se anticipa pese a no existir actualidad o inminencia (1971: p. 81), ya que no cabe hablar de exceso cuando falta el requisito esencial de agresión ilegítima, pues sin ella nunca nace el derecho a defenderse. No es posible excederse en el ejercicio de un derecho inexistente[34].

La situación es distinta respecto de la agresión que dejó de ser actual por haber concluido, cesado o terminado. Quien se defiende en contra de una agresión ilegítima ya concluida obra con exceso extensivo posterior o tardío. Este puede ser de dos tipos: extensivo posterior *longi temporis* y extensivo posterior inmediato o continuado. El primero tiene lugar cuando una vez cesada la agresión –ya sea porque se consumó el ataque o porque fue repelido exitosamente- existe un periodo de paz o calma, sin peligro de reviviscencia del ataque, luego del cual el agredido nuevamente despliega una conducta que lesiona los bienes jurídicos del agresor. Este exceso posterior *longi temporis* constituye una nueva agresión, pues es venganza o *vindicta*, por lo cual autoriza a ejercer legítima defensa en su contra. En cambio, en el exceso extensivo posterior inmediato o continuado, el agredido continúa desplegando su acción defensiva pese a que ha cesado la agresión, pero de manera inmediata y sin solución de continuidad con la defensa legítima. No media ningún periodo de paz o calma entre la defensa y el exceso. Se trata

[34] La defensa preventiva también se encuentra prohibida en el Derecho Internacional Público. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 5 d) otorga competencia a la Corte para juzgar el crimen de agresión, el cual está definido en el art artículo 8 bis, según el cual *"una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas."* Así mismo, define que *"acto de agresión"* como *"el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974.* El citado artículo enumera una serie de actos constitutivos de agresión tales como la invasión, ataque, bombardeo la ocupación militar de un Estado por otro. Sobre este punto puede consultarse: Guzmán Dálbora, José Luis (2016): *El estado de necesidad: ¿justificación de la guerra? Agresión y neutralidad en la Primera Guerra Mundial*, publicado en: "Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy", Thomson Reuters, pp. 999 a 1111, en especial ver pp. 1008 y 1009.

entonces de una prolongación de la acción defensiva más allá del término de la agresión. Según vimos, el exceso posterior inmediato es asimilado valorativamente el exceso intensivo o propio, ya que no hay diferencia alguna entre propinar un golpe más fuerte y propinar dos golpes de más al agresor (Gómez, 1991: p. 328/ Iglesias, 1999a: p. 176). Además, al igual que en el exceso intensivo, en el extensivo posterior inmediato, el agredido también comienza su obrar defensivo dentro de la causa de justificación, toda vez que existe de manera objetiva una agresión ilegítima, pero su actuar, al traspasar los límites de la permisión, se convierte en antijurídico. Por lo tanto, aquí existió necesidad abstracta de defensa *ab initio*, la cual luego desaparece. Para que opere tal asimilación la conducta desplegada durante en exceso extensivo debe ser de la misma naturaleza que la desplegada en defensa. No obra en exceso quien derriba al agresor a puñetazos y luego le dispara (Zaffaroni, 1981: t. III, pp. 643 y 644). En Alemania, asimilan el exceso extensivo tardío inmediato al intensivo Hilgendof y Valerius, pues en aquel también existió una situación de legítima defensa (2017: p. 141). También sigue esta tesis Roxin, agregando que en el exceso extensivo igualmente está presente la sobreexigencia psicológica para el agredido generado por el dramatismo de la situación, la agresión antijurídica puede generar un estado pasional asténico con efecto previo o posterior (2006: t. I, p. 935).

No obstante, hay autores como Luzón que niegan considerar como exceso al extensivo o temporal, ya que faltaría el requisito esencial de la actualidad de la agresión, por lo que no cabe apreciar eximente completa ni incompleta (2002: p. 559), aunque admite la aplicación de las reglas del error si el sujeto no fuese consciente de la falta de necesidad de toda defensa (2016: p. 419). En Alemania, también se inclinan por esa negativa con idéntico fundamento Wessels (1980: p. 124) y Frister (2011: p. 340).

Conforme a lo anterior, cuando hablamos de exceso extensivo impropio solo cabe dentro de esta denominación el exceso posterior o tardío inmediato, ya que el exceso extensivo anterior o prematuro y el posterior o tardío *longi temporis* no tienen la calidad de exceso al no concurrir el requisito esencial de agresión actual o inminente.

Pese a que *prima facie* parece claro lo antes expuesto, lo cierto es que hay discusión en la doctrina al momento de precisar con mayor agudeza las fronteras temporales de la legítima defensa. Cuándo de manera precisa comienza la inminencia y cuándo se entiende que ha cesado la agresión, son problemas sobre los cuales se han formulado diversas posiciones, las cuales abordaremos en las líneas siguientes, a fin de determinar el momento exacto en que puede ejercerse la defensa y cuando se incurre en exceso extensivo.

a).- La inminencia.

La doctrina ha situado temporalmente a la inminencia de la agresión como el punto de inicio o primer límite a partir del cual el agredido puede desplegar la defensa. Se trata del momento en el cual surge para el agredido el derecho de injerir en bienes jurídicos del agresor al amparo de la norma permisiva. Se ha definido al ataque inminente como "aquél que amenaza con desembocar o materializar la lesión o peligro de un bien jurídico ajeno de forma inmediatamente próxima, de un momento a otro sin interrupción de un intervalo temporal apreciable" (Iglesias, 1999a: p. 141). En forma más breve es "aquél cuya ejecución va a ser inmediata y no para el futuro" (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 178). Se trata entonces de un momento anterior a la materialización de la agresión o a la ejecución de la lesión en los bienes jurídicos de agredido. Pero no es un momento remoto en el pasado, sino que es muy próximo al inicio del ataque, al punto que los bienes jurídicos del agredido ya se encuentran en peligro concreto de ser lesionados, siendo necesario desplegar la repulsa tal como si el ataque fuese presente o ya estuviese en desarrollo. Según Palazzo, debe existir una proximidad cronológica de la ofensa (2008: p. 399), requisito que Zaffaroni niega dada la variable comprensión de la temporalidad, pues inminencia hay si alguien nos apunta con un arma sea que se demore dos segundos o una hora en dispararnos (1981: t. III, p. 604). Lo correcto es hablar entonces de peligro latente de lesión a bienes jurídicos del agredido (Iglesias, 1999a: p. 169). Debe tratarse de un peligro real y objetivo, evaluado desde una perspectiva *ex ante* situando a un observador razonable y prudente en el lugar del agredido al momento de la agresión (Cerezo, 1997:

p. 222). Debe consistir en una inequívoca manifestación de una situación amenazante, creadora de un peligro concreto para un bien jurídico, que sea fácilmente reconocible y objetivable, que deje en evidencia la voluntad del agresor de continuar el ataque (Iglesias, 1999a: p. 142). Nuevamente nos encontramos frente a un concepto amplio y flexible. La inminencia de la agresión deberá determinarse caso a caso, según las circunstancias concretas. No obstante, se han formulado cuatro teorías que buscan precisar cuándo se entiende que la agresión es inminente.

La primera, denominada tesis restrictiva identifica la inminencia con la tentativa. Según ella es inminente la agresión que ha superado el umbral de la fase de actos preparatorios y que ha pasado a la fase ejecutiva, existiendo principio de ejecución o tentativa. El agresor debe haber principiado la agresión mediante hechos exteriores. Verbigracia, levantar un brazo para golpear, apuntar con un arma. Esta tesis tiene la virtud de otorgar seguridad jurídica en cuanto a determinar la inminencia, ya que permite apreciarla nítidamente, pues se plasmará en hechos exteriores amenazantes. Sin embargo, su defecto es que, al exigir que el ataque se encuentre iniciado mediante la exteriorización de los primeros actos ejecutivos, coloca al agredido en una situación de desventaja frente al agresor. Puede que en ese momento ya sea demasiado tarde para emprender una defensa exitosa o que los medios defensivos a disposición se encuentren disminuidos. Seguidores de esta tesis son Jakobs (1995: p. 468) y Baldó Lavilla (2016: pp. 417- 418). Otro defecto radica en que al exigir que la agresión se encuentre en fase de tentativa limita el alcance de ella solo a agresiones típicas, siendo que sólo basta con que sea antijurídica.

La segunda tesis, más amplia, sostiene que la agresión es inminente antes de la fase de tentativa, siempre que exista un peligro efectivo para los bienes jurídicos del atacado. No se requiere que la agresión se inicie, es decir, que haya comenzado a lesionar el bien jurídico. La sola creación de una situación de peligro real es suficiente para autorizar la defensa. Este peligro puede derivarse de situaciones que no constituyen por si mismas violencia o ataque, por ejemplo, tomar un arma. Incluso se sostiene que puede haber agresión inminente cuando la agresión se encuentre en fase de actos preparatorios,

cuando según una observación objetiva guarden conexión con la agresión (Tavares, 2018: p. 334). Inminente será el ataque que razonablemente se ve venir y se determina mediante un juicio de inferencia que hace un hombre razonable en la situación concreta según la experiencia común o general (Gómez, 1991: pp. 131 y 132/ Requejo, 1999: p. 121). Pero la situación amenazante debe darse de manera real y no supuesta (Eser y Burkhardt, 1995: p. 220). Claramente esta tesis favorece la posición del agredido, pues le concede un margen más amplio para desplegar su defensa, ya que no tiene que esperar a que se verifiquen los primeros actos ejecutivos. Sin embargo, sus críticos señalan que la defensa frente a las agresiones futuras es labor de la policía. Permitir la defensa contra actos preparatorios perturba el orden social pacífico. Además, esta tesis incrementa desmesuradamente las posibilidades de error del defensor (Baldó, 2016: p. 416). Esta tesis amplia es la más seguida por la doctrina, son partidarios de ella: Antón Oneca (1986: p. 275), Jiménez de Asúa (1982: t. IV, p. 178), Zaffaroni (1981: t. III, pp. 603-604), Mir Puig (2016: p. 450), Tavares (2018: p. 334), Palazzo (2008: p. 399), Berner (2020: p. 11).

La tercera tesis se denomina de la defensa más eficaz, postula que la agresión sería ya actual desde el momento en que, de no ejercerse la defensa, el bien jurídico ya no podría ser defendido o lo sería bajo condiciones más gravosas. La defensa podrá ejercerse desde el momento en que, de omitirse, ella devendría en ineficaz. Para esta tesis la defensa podrá ejercerse en un momento anterior a la tentativa, incluso durante la fase de preparación. Lo que determina la actualidad es únicamente la circunstancia de que el aplazamiento de la defensa menoscabe las posibilidades del agredido de conjurar el mal. Esta teoría es criticada por adelantar sin base legal el inicio de la defensa, ya que permite al agredido desplegarla si lo juzga necesario, aun cuando el agresor sólo se haya limitado a amenazar o a realizar actos preparatorios, sin emprender ataque alguno (Requejo, 1999: pp. 123-126). Incluso llegaría hasta justificar una defensa preventiva si es que de otra manera ella aparece como ineficaz, olvidando la significación del principio de *ultima ratio* como uno de los pilares fundamentales de la legítima defensa (Iglesias, 1999a: pp. 151 y 154). Roxin rechaza esta tesis señalando que conforme a ella se podría obrar en defensa contra la agresión anunciada para el día siguiente, solución que sería contraria al orden social

pacífico y al monopolio estatal de la fuerza, además de darle a la defensa necesaria un carácter preventivo. Indica como seguidores de esta tesis a Schmidhäuser y a Samson (2006: t. I, p. 619). Otros secuaces en Alemania son Welzel (1956: p. 92) y Stratenwerth (2016: p. 231). En España es seguida por Luzón (2002: p. 541).

La cuarta tesis, formulada por Roxin, es intermedia a las dos teorías anteriores. Señala que hay inminencia a partir de la estrecha fase final de los actos preparatorios que preceden inmediatamente al inicio de la tentativa. Según el profesor alemán, los actos preparatorios próximos a la tentativa ya encajan dentro de lo que debe considerarse como "disponerse inmediatamente a la agresión". De esta manera, se podrá ejercer defensa en contra de un sujeto que se acerque a otro blandiendo un arma contundente de modo amenazante. En definitiva, es agresión actual aquella que ésta en fase de tentativa y también la que está en fase final de preparación próxima a la tentativa. Por el contrario, la defensa no está autorizada frente a agresiones que sólo han sido planeadas o que se encuentren en fase de preparación que aún no está próxima a la tentativa (2006: t. I, pp. 619, 621). Esta tesis es criticada por exigir al defensor un análisis o pronóstico sobre el futuro desarrollo de los hechos, pudiendo incurrir en error, puesto que el agresor podría desistirse en el último momento antes de pasar a la tentativa (Iglesias, 1999a: p. 150).

Respecto de las agresiones por omisión impropia (comisión por omisión), las teorías antes indicadas son igualmente aplicables, toda vez que la dogmática alemana admite respecto ellas tanto la tentativa como los actos preparatorios (Stratenwerth, 2016: pp. 489 y 490). La duda surge en determinar el momento exacto en que el omitir se manifiesta contra el mandato legal de actuar. El debate transcurre en torno a exigir que el garante deje pasar la primera oportunidad de salvamento o si debe esperarse a que deje pasar la última chance. Lo primero ampliaría en demasía la esfera de la tentativa y de lo punible, en tanto que exigir lo segundo sería estrechar mucho su margen (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 189). La solución correcta dependerá del grado de peligro y proximidad de producción del resultado típico. Si este es muy próximo, se exige al garante actuar de inmediato, por ende, la tentativa se verifica si deja pasar la primera oportunidad de

salvamento sin actuar. Por el contrario, si no hay proximidad del resultado típico, la tentativa comienza cuando el peligro se agudiza y el garante sigue inactivo o si derechamente renuncia a la posibilidad de intervenir, dejando que el suceso siga su curso (Wessels, 1980: p. 224).

Por nuestra parte, adherimos a la segunda tesis, toda vez que para el ejercicio de la defensa no se requiere esperar que la agresión este en fase de tentativa, pues en ese caso ya existe agresión actual. Por lo tanto, la inminencia se sitúa en una fase anterior al inicio de los actos ejecutivos del ataque, y existe desde que se exterioriza algún acto que representa un peligro real y objetivo de pérdida o lesión muy próxima de algún bien jurídico, de manera que el agredido no tenga tiempo para recurrir al auxilio estatal.

Por lo tanto, mientras no exista alguna acción de un sujeto que cree un peligro real, latente y próximo de lesión o destrucción a un bien jurídico ajeno, la legítima defensa no está autorizada, ya que no hay agresión inminente. Por ello, no cabe hablar de exceso frente a una defensa preventiva. El sujeto que lesiona bienes jurídicos de un futuro agresor que aún no desencadena peligro alguno obra ilícitamente. Pero si actuó de esa forma presa de un error invencible, obra inculpablemente a título de defensa putativa.

b).- Actualidad de la agresión.

La agresión es actual cuando es presente, es decir, cuando el agresor ya se encuentra desplegando su conducta lesiva en contra de los bienes jurídicos del agredido, los que su vez están sufriendo detrimento a consecuencia de ese actuar ilícito. La actualidad se mantiene en tanto no haya desaparecido total o definitivamente la lesión o peligro para los bienes jurídicos del agredido, sea porque todavía está latente, o porque el ataque puede intensificarse o renovarse inmediatamente (Iglesias, 1999a: p. 169). De esta manera, la actualidad es un momento posterior a la inminencia del ataque. Abarca desde la tentativa o principio de ejecución del ataque hasta la consumación de mismo, o bien, hasta la eliminación definitiva de todo peligro de reviviscencia inmediata. Pero cuando el espacio de tiempo intermedio entre la agresión y su reviviscencia se presente como

dilatado y de dudosa realización fáctica, quedara excluida la legítima defensa por falta de actualidad (Requejo, 1999: p. 158). La doctrina señala como típicos ejemplos de agresiones con riesgo de reviviscencia las que afectan la integridad corporal, como quien luego de golpear o disparar mantiene el arma en la mano y nos amenaza nuevamente (Requejo, 1999: p. 158). También se mencionan dentro de esta tipología las agresiones en contexto de violencia doméstica (Larruri, 1994: p. 23). Pero nada impide considerar dentro de tales hipótesis agresiones contra otros bienes jurídicos, como el patrimonio o la libertad sexual. El riesgo de reviviscencia de la agresión dependerá de las circunstancias fácticas concurrentes, pero debe fundarse en circunstancias reales y objetivas. Distinta es la situación cuando la defensa es exitosa, no hay riesgo objetivo que se reanude el ataque y aun así el agredido continúa la defensa para asegurarse que el agresor no reinicie la agresión. Tal agotamiento de la defensa más allá del cese definitivo de la agresión está prohibido y no lo ampara la causa de justificación (Zaffaroni, 1981: t. III, p. 644).

Una parte de la doctrina señala que la actualidad podría extenderse hasta un momento posterior a la consumación del ataque, ya que lo decisivo es la lesión a bienes jurídicos y no la consumación formal del delito, dando como ejemplos la defensa contra el ladrón que huye con el botín y la del dueño que recupera por la fuerza su auto hurtado dos días antes (Zaffaroni, 1981: t. III, p. 603/ Stratenwerth, 2016: p. 232). Sin embargo, no consideramos correctos los ejemplos, ya que el ladrón que huye aún no consuma el hurto o robo, ya que, pese a haber sacado el objeto de la esfera de reguardo del titular, aun no constituye una esfera de resguardo propia, de manera que se trata de una agresión actual no consumada. Incluso puede sostenerse que mientras huya y sea seguido a vista aún no supera la esfera de resguardo del titular. En tanto, en el segundo ejemplo ciertamente no hay agresión actual, ya que el ladrón ha constituido ya una esfera de resguardo sobre el bien, además de mediar un periodo de paz después del ataque. Sin perjuicio de ello, el dueño puede intentar recuperarlo, pero amparado en el estado de necesidad si no hay cerca algún policía a quien pedir ayuda.

Respecto de los delitos permanentes, es decir, aquellos en que la conducta típica del autor genera una situación antijurídica más o menos duradera según la voluntad de aquél y mientras exista el delito se mantiene en estado de consumación (Náquira, 1998: p. 460). Por ejemplo, el secuestro, la detención ilegal, la agresión se entiende que es actual durante todo el tiempo que se prolongue su consumación. Por lo tanto, se podrá ejercer legítima defensa en cualquier momento mientras dure dicho estado antijurídico (Roxin, 2006: t. I, p. 621).

En relación al caso de las mujeres que sufren de modo constante violencia domestica de parte de sus parejas, un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 648-2021 (24 de julio de 2021), acogió un recurso de nulidad, dictando sentencia absolutoria en favor de un mujer acusada por el delito de homicidio frustrado en contra del hombre con quien mantenía una relación de pareja, por estimar que obró en legítima defensa. La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, había condenado a la acusada por homicidio, rechazando la legítima defensa por no concurrir el requisito de actualidad entre agresión ilegítima del hombre y el actuar defensivo de la mujer (medio entre ellos dos horas aproximadamente). Sin embargo, la Corte estimó que tal razonamiento constituía una errónea aplicación del derecho, al no considerar la perspectiva de género al interpretar tal requisito, en lo relativo a las mujeres que sufren violencia doméstica, a la luz de la normativa internacional de protección a la mujer contra toda forma de discriminación (CEDAW y Convención Americana Belem Do Pará). Sobre este punto, la Corte resolvió que "puede afirmarse que tratándose de malos tratos y agresiones habituales, se configura un estado antijurídico de violencia inminente en contra de la mujer, siendo procedente a su respecto apreciar la existencia de una agresión incesante, una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa" (considerando Décimo)[35]. Por lo tanto, al igual que en los delitos

[35] Los hechos establecidos son: "1.- El 25 de octubre de 2019 en la noche, la acusada y la víctima concurrieron a casa de una amiga de aquélla a una reunión social. 2.- En ella se produjo una discusión entre Gabriela y Vidal, por lo cual ella salió de esa casa, siendo seguida por Vidal. 3.- Lo anterior, de acuerdo a los testigos, ocurrió aproximadamente a las 02:00 de la madrugada. 4.- La víctima Vidal siguió a la acusada hasta que finalmente, en las cercanías de calle Iquique con Salvador Allende, le dio alcance y la agredió

permanentes, en la violencia domestica constante contra la mujer, este fallo entiende que también existe un estado antijurídico de agresión incesante, contra el cual es posible obrar en legítima defensa mientras se mantenga el mismo. Antes de este fallo, frente a casos similares, nuestra jurisprudencia se inclinaba por rechazar la concurrencia de la eximente, sin perjuicio se estimar concurrente una atenuante de legítima defensa incompleta[36]. En otros casos se estimó concurrente la atenuante de estado de necesidad exculpante del art. 10 N° 11 incompleto, por no concurrencia del requisito de ser el medio menos perjudicial para evitar el mal, ya que la mujer podía huir o pedir auxilio a la justicia[37].

En las agresiones por omisión –impropia o comisión por omisión-, para determinar la actualidad de la agresión se debe distinguir. Si la conducta omitida ha generado un curso causal natural que ya no puede ser detenido por el omitente, la legítima defensa ya no es procedente, pues la agresión omisiva dejó de ser actual. Por el contrario, si el mal o peligro producido por la omisión puede aún ser conjurado por la conducta del omitente, la agresión omisiva aún es actual y es procedente la legítima defensa.

c).- El cese de la agresión.

El terminó o cese de la agresión constituye el límite temporal final hasta el cual es lícito obrar en legítima defensa. Traspasado dicho límite desaparece la necesidad abstracta de defensa, pues ya no existe agresión actual. Según Berner, el término natural de la situación de defensa es la victoria, siendo indiferente quien resulto victorioso. La obtiene

físicamente, con golpes de distinto tipo con pies y puños. 5.- La agresión se detuvo debido a la intervención de terceros que iban pasando por el lugar que gritaron o silbaron y Vidal dejó de agredirla. 6.- Cuando la acusada logró escapar de su agresor las 03:00 aproximadamente, se dirigió a su domicilio, ingresando al mismo. 7.- La víctima siguió a la acusada, y comenzó a tirar piedras a su domicilio. 8.- Cerca de las 05:00 horas, la acusada salió de su domicilio con un cuchillo y se encontró con la víctima en la intersección de calles Calama con Iquique, atacándolo a la altura del pecho. 9.- Existe un historial de violencia verbal y física en contra de la acusada, de parte de la víctima, durante su relación" (considerando Quinto).

[36] Por ejemplo: Corte de Apelaciones de La Serena fallo Rol 135-2017 (03 de mayo de 2017); Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, sentencia RIT 01-2010 (13 de septiembre del 2010).

[37] Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, sentencia RIT 28-2012 (28 de mayo de 2012).

el agresor cuando ha consumado su lesión y ha arrojado ya la injuria. La obtiene el defensor cuando vence al agresor, reduciendo al ladrón y reteniendo sus bienes. La victoria es la línea divisoria entre el *moderamen* y del exceso. La prosecución de la violencia privada con posterioridad a la victoria es venganza punible (2020: p. 31). En concordancia con el antiguo penalista germano, la doctrina más reciente es conteste en señalar que la agresión termina con su agotamiento, terminación o consumación fáctica-material, independiente de la consumación formal del tipo y siempre que sea imposible objetivamente una inminente repetición o reviviscencia de la misma (Iglesias, 1999a: pp. 169 y 170/ Roxin, 2006: t. I, p. 621).

Nótese que la terminación se produce entonces con el agotamiento o consumación de la agresión y no del delito. Tal consumación dependerá de la naturaleza del bien jurídico afectado (Iglesias, 1999a: p. 170). Así, en los delitos contra el patrimonio la consumación se produce cuando el ladrón sustrae la cosa y constituye una nueva esfera de resguardo sobre ella. En los delitos contra la integridad corporal ello tiene lugar cuando se produce la lesión, el golpe o la mutilación. Sería incorrecto decir que la agresión termina con la consumación del delito, ya que, en los delitos de resultado, la acción del agresor y el resultado típico del cual depende la consumación del mismo, pueden estar espacio-temporalmente separados. Por ejemplo, en el homicidio, se puede disparar contra un sujeto y este puede fallecer un mes después en el hospital. Lo correcto es entonces decir que la agresión termina cuando se ha desplegado completamente la actividad lesiva por parte del agresor, con independencia si se produce o no el resultado típico.

En base a todo lo expuesto, podemos sostener que la agresión ilegítima cesa o termina cuando se ha agotado completamente la actividad lesiva del agresor, sea porque desplegó todas las acciones destinadas a dañar los bienes del agredido, sea porque se desistió de seguirlas ejecutando o bien porque fue repelido por medio de una defensa exitosa o por la intervención de la autoridad estatal, siempre que en todos estos casos no exista un peligro real y objetivo de reviviscencia inmediata de la agresión. Por su parte, la agresión omisiva se agota o termina cuando la lesión ya no puede ser conjurada mediante

la realización de la conducta omitida, cuando se desplegó una defensa exitosa que permitió que el omitente realizara la conducta debida, o bien cuando la intervención de los agentes estatales permitió conjurar el mal.

Cuando la defensa se prolonga o continúa desplegándose con posterioridad al término de la agresión o de la defensa exitosa, se incurre en exceso extensivo posterior inmediato o impropio. En este caso el inicial agresor puede desplegar defensa sucesiva contra el agredido excedido, pues tal exceso es antijurídico al no estar cubierto por la permisión. Al mismo tiempo, en virtud del exceso cesa para el original agresor el deber de tolerar o soportar la acción defensiva, pudiendo ahora repeler al defensor que pasó al ataque.

2.1.3 El exceso en la causa.

Junto a los dos tipos de excesos ya estudiados hay un tercer tipo que la doctrina tradicional hispánica denomina exceso en la causa. Tiene lugar cuando la agresión ilegítima ha sido provocada de manera suficiente por el agresor (Carrara, 2000: t. I, pp. 163, 164/ Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 245), cuando hay cierta desproporción entre el bien defendido y el mal causado con la acción defensiva (Soler, 1992: p. 476) y cuando se ejerce defensa pese a que la agresión ha dejado de ser actual (Iglesias, 1999a: p. 434). El origen de esta denominación se encuentra en los prácticos italianos, especialmente Julio Claro quien, junto al *moderamen circa modus* y al *moderamen circa temporis*, identificó también al *"moderamen circa causam"* -la defensa no debe obedecer a un acto de venganza- (Iglesias, 1999b: p. 62).

Para Carrara y Jiménez de Asúa la legítima defensa debe tener una pureza causal, esto significa que la situación de defensa no debe haber sido provocada de ninguna manera por el agredido. El primero señalaba que no debía existir injusticia en la causa, como el ladrón o el adúltero que, sorprendido y amenazado de muerte por el propietario o el marido, lo mata; o quien excita una riña y todos los demás casos de conflicto en que el

peligro ha sido ocasionado por un hecho reprochable al agredido. Según el maestro de Pisa, en estos casos desaparece el *moderamen* (2000: t. I, pp. 163, 164). Para el segundo, la causa de la defensa se vicia cuando el defensor ha provocado suficientemente el ataque. La legítima defensa solo se concede a quien no provocó. Según el maestro madrileño, la provocación bastante vicia la legítima defensa en su causa y por lo tanto el provocador no podrá alegar defensa perfecta, solo podrá invocar atenuante privilegiada de defensa incompleta degradada por exceso en la causa (1982: t. IV, pp. 232 y 245).

Para Soler existe exceso en la causa cuando existe cierta desproporción relativa entre bien defendido y el mal causado con la acción defensiva, pero también cuando el agredido ha provocado suficientemente, de manera culpable y no dolosa, la agresión. Según el maestro argentino, en estos casos debía aplicarse la pena del delito culposo conforme al art. 35 del CP de su país, el cual sanciona con esa pena los casos de exceso en las causas de justificación (1992: pp. 476, 477). Otro seguidor del exceso en la causa fue Blasco, indicando que existe sólo cuando la agresión fue provocada de manera suficiente por el agredido (1976: p. 182).

Según Zaffaroni, el exceso en la causa es un concepto oscuro (1985: p. 494). Estamos de acuerdo en este punto con el maestro argentino, pues a la luz de lo que hemos analizado para hablar de exceso es necesario que concurran todos los elementos constitutivos de la legítima defensa, que el sujeto obre al amparo de la justificación y luego sobrepase sus límites. Para excederse el sujeto tiene que haber comenzado su obrar dentro de la justificación (Donna, 1985: p. 111). Lo que se denomina como exceso en la causa claramente no obedece a la naturaleza jurídica del exceso. Más bien se trata de casos en los cuales no concurre la necesidad abstracta de defensa o *necessitas inevitabilis*, por lo cual no es posible obrar al amparo de la justificante. En rigor, el denominado exceso en la causa no es exceso en la legítima defensa, pues en esos casos no llega a surgir la causa de exclusión de ilicitud (Vílchez, 1997: p. 106). En efecto, cuando se habla de provocación intencional de la defensa, es decir, realizada para tener un pretexto para agredir impunemente al agresor al amparo de la justificación, en realidad se trata de un caso donde

le provocador obra como un verdadero agresor. En este caso el provocador intencional tiene un cierto control –no total ciertamente- sobre el curso de los acontecimientos posteriores al acto provocador, dado que esta prevenido del ataque, por lo cual puede sostenerse que la defensa no le es permitida, ya que tal prevención impide hablar de una inevitabilidad del acto defensivo. Respecto de la provocación imprudente, esto es, realizada sin propósito de agredir al amparo de la justificante, si es suficiente excluye la justificación plena, pero claramente se admite una atenuante de eximente incompleta, ya que al haber agresión ilegítima subsiste la necesidad abstracta de defensa. Pero no cabe hablar de exceso, ya que el defensor no traspasa ningún límite de la permisión, más bien falta un requisito inesencial previsto por el legislador para admitirla en plenitud. Respecto del exceso temporal tardío *longi temporis,* no hay exceso, ya que el sujeto comienza a obrar fuera de la justificane al no haber agresión actual. En cuanto a la extrema desproporción entre bienes en juego, ya hemos visto que cuando se trata de una agresión insignificante o nimia –meras molestias- ellas no autorizan la legítima defensa por no haber necesidad abstracta. En cambio, cuando se trata de una agresión de bagatela que es respondida de manera extremadamente desproporcionada, en ese caso hay un exceso intensivo o propio en la defensa. En conclusión, estimamos que el concepto de exceso en la causa, agrupa a un conjunto de hipótesis que no corresponde a casos de exceso. Más bien se trata de casos de ausencia de necesidad abstracta de defensa, de exceso intensivo y de casos en que debe apreciarse una defensa imperfecta por no concurrir la falta la provocación suficiente. Consideramos que el denominado “exceso en la causa” es un concepto errado, originado por la falta de distinción metodológica entre necesidad abstracta y concreta de defensa.

2.2. El exceso en su ámbito subjetivo.

Según adelantamos, en la doctrina existe un arduo debate sobre la naturaleza del exceso en su ámbito subjetivo, esto es, si es doloso o culposo. Tal debate se mantiene sobre todo en aquellos países en los cuales las consecuencias jurídicas del exceso en la

defensa se encuentran reguladas expresamente en sus Códigos, es el caso de Argentina, Italia y Colombia. Dentro de este debate la mayoría sostiene, siguiendo a Carrara (2000: t. I, pp. 168 y 169), que el exceso es culposo pues implica un error de cálculo al momento de desplegar la acción defensiva, y el exceso doloso es una acción siempre punible, pues sería venganza (Maggiore, 1985: t. I, p. 430/ Antolisei, 1988: p. 265/ Núñez, 1999: p. 173/ Fiandaca y Musco, 2006: p. 266). Para otros el exceso será siempre doloso, pues el sujeto que se defiende hace lo que quiere hacer, al defenderse obra con intención de hacer daño al agresor (Impalomeni, 1916: p. 331/ Jiménez de Asúa, 1982: t. VI, p. 926/ Donna, 1985: pp. 89, 99). Otros sostienen que abarca ambos supuestos, y en ambos se aplica la pena atenuada que disponga la legislación respectiva, ya que en todos ellos el sujeto comienza su actuar al amparo de una causa de justificación, lo cual disminuye la antijuridicidad (Gómez, 1991: p. 346). En este sentido, Nino sostiene que el exceso no requiere ninguna actitud subjetiva particular, ya que –como toda justificante total o parcial- debe beneficiar aun a quien es totalmente ignorante a su respecto (2002: p. 170). En Brasil, el art. 23 del Código penal castiga tanto el exceso cometido por dolo o culpa, por lo que la doctrina de ese país sostiene que el exceso puede ser tanto doloso como culposo (Vílchez, 1997: p. 151/ Malgalhaes, 2009: t. I, p. 209/ Tavares, 2018: p. 346).

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el español, los efectos del exceso en la defensa, y en general, el exceso en las causas de justificación, no se encuentran expresamente regulados, por lo que el debate sobre la naturaleza subjetiva del exceso, en principio, carece de importancia. Ello se debe a que siendo el exceso una acción objetivamente típica y antijurídica, su ámbito subjetivo queda sujeto a las reglas generales. Así las lesiones graves, el homicidio, o los daños cometidos por exceso en la defensa, pueden cometerse con dolo, culpa o inculpablemente. La conducta típica constitutiva del exceso intensivo cometida con dolo o culpa será atenuada conforme a los arts. 11 N° 1 y 73 del Código penal, esto es, se estima concurrente respecto de ella una atenuante de eximente incompleta, pudiendo rebajarse la pena uno, dos o tres grados al mínimo de lo dispuesto por la ley para el respectivo delito. Lo anterior es aceptado por nuestra doctrina nacional sólo para el exceso intensivo (Labatut, 1992: t. I, p. 102/ Cury, 1994: t. II, p. 97/

Politoff, Mattus y Ramírez, 2004: t. I, p. 221). Sin embargo, la eximente incompleta debe extenderse también al exceso extensivo posterior o tardío inmediato, dada la homologación valorativa que se hace de este con el intensivo. En este punto cobra importancia determinar si el exceso fue doloso o culposo, pues dicha distinción se debe tomar en cuenta al momento de realizar la rebaja de pena que dispone el art. 73 del CP. Si el exceso es culposo la rebaja opera a partir de la pena mínima para el delito culposo y si es doloso se rebaja desde la pena mínima dispuesta para el delito doloso (Luzón, 2002: p. 560/ Córdoba Roda, 1966: pp. 150 y 151). Evidentemente el delito cometido por exceso culposo en la defensa tendrá una pena más baja que el mismo exceso cometido con dolo. Si la ejecución imprudente de la defensa produce un resultado innecesario, el sujeto deberá responder a título imprudente (Jiménez Díaz, 2007: p. 95). Por ejemplo, en el homicidio simple consumado cometido por exceso doloso en la defensa, la pena se rebajará a partir de 10 años y un día de presidio mayor en grado medio que es la pena mínima que dispone el art. 391 N° 2 del CP. En cambio, si se trata del mismo homicidio cometido por exceso culposo en la defensa, la pena se rebajará a partir de 61 días de reclusión menor, que es la pena mínima que dispone el art. 490 N° 1 del CP para el homicidio culposo. Otra importancia de esta distinción radica en que si el exceso es culposo y la conducta constitutiva del mismo no admite según la ley punición cuando se comete con culpa –dado el carácter excepcional de la tipicidad culposa según reza el art. 10 N° 13 del CP-, tal exceso culposo será impune. Por ejemplo, si por exceso culposo en la defensa se ocasionan daños materiales en los bienes del agresor por un avaluó superior a una UTM, toda vez que el art. 490 del CP solo hace aplicable la tipicidad culposa a los crímenes y simples delitos contra las personas, sin perjuicio de los casos donde expresamente la ley admite tipicidad culposa[38].

[38] En este caso el art. 495 N° 21 del Código penal sanciona como falta los daños causados intencionalmente o con negligencia culpable que no excedan de una UTM. Esta norma es curiosa, puesto que el delito de daños del art. 484 del CP requiere dolo en cualquiera de sus modalidades, de manera que si el daño causado con negligencia supera el monto de una UTM el hecho es atípico y solo da origen a responsabilidad civil (Garrido, 2003: t. IV, p. 433).

a). Exceso doloso o intencional.

El exceso doloso en la defensa ha sido definido como aquel en que el agente conoce bien la situación del caso concreto y los medios necesarios para alcanzar el objetivo permitido, pero supera voluntariamente los márgenes del comportamiento lícito. El sujeto realiza un fin criminal, por lo que debe responder por el delito cometido a título de dolo (Fiandaca y Musco, 2006: p. 266). El sujeto sabe que el medio de defensa es irracionalmente desproporcionado y quiere utilizarlo o continúa utilizándolo, ocasionando daños desmesurados al agresor en relación al peligro amenazado. El sujeto pudiendo utilizar sin riesgo para la defensa medios menos vulnerantes y eficaces que tiene a su disposición, prefiere utilizar los de mayor poder lesivo (Gómez, 1991: p. 348). Para Vílchez hay exceso doloso cuando el agente inequívocamente desea un resultado que traspasa lo que es necesario para poner fin al ataque. Cuando eso ocurre, el agente responderá por el exceso, o sea, por el hecho típico realizado dolosamente (1997: p. 131).

Desde antiguo se ha sostenido que el exceso doloso en la defensa es producto del ánimo de venganza que surge en el agredido, y que lo mueve a causar al agresor mayores daños que los necesarios para repeler la agresión, constituyendo un acto criminal. En este sentido Bohmero sostuvo que cuando el exceso era doloso "*ex propósito et deliberato amimus"* no podía hablarse de un verdadero exceso, sino de un ánimo de venganza castigado con la pena de muerte (Iglesias, 1999b: p. 115). Durante el siglo XIX, Berner, refiriéndose a la defensa tardía o exceso temporal posterior, afirmaba que la prosecución de la violencia privada era venganza punible, precisando que sólo pude ser penada la extralimitación dolosa en la defensa, al paso que la culposa debiera restar impune. Sostenía que la defensa existe únicamente *ad propulsandam injuriam*, y no *ad sumendam vindictam.* Todo lo que excede por mera venganza contra el agresor, queda al margen de la legítima defensa y lo faculta para defenderse a su vez (2020: pp. 10, 11, 31 y 32). Según Roxin, los excesos por impulsos éstenicos como la ira, la venganza, el furor combativo, no pueden ser admitidos por razones de prevención general y deben reprimirse mediante amenaza de pena dada su peligrosidad, pues de lo contrario "no se podría impedir la

retribución conducente al derecho del más fuerte y que habría de llevar a una grave conmoción de la paz jurídica" (2006: t. I, pp. 928 y 932).

Mientras en el exceso culposo en la defensa, el agredido hace lo que no quiere, en el exceso doloso el agredido deliberadamente supera los límites de la reacción defensiva legítima, lesionando los bienes jurídicos del agredido más allá de lo necesario para impedir y repeler el ataque. Quien se excede dolosamente conoce perfectamente la entidad del peligro que amenaza la agresión, ha evaluado correctamente los medios defensivos de que dispone en ese momento, sabe cuál es el menos lesivo que debe escoger para su defensa y sabe cómo utilizarlo. En palabras más simples, el sujeto sabe perfectamente cómo afrontar la situación de peligro creada por la agresión ilegítima. Pese a encontrarse en peligro el sujeto ha logrado ponderar perfectamente el conjunto de circunstancias concurrentes, determinando cual es el procedimiento defensivo que debe desplegar para obrar al amparo de la justificante, sin traspasar sus límites. Tiene perfecto dominio sobre el medio defensivo desplegado, sabe con qué intensidad y hasta que momento debe utilizarlo. Tampoco se ve afectado por alguna situación psíquica que afecte su culpabilidad. No obstante, el sujeto intencionadamente decide salir de los límites de lo permitido, lesionando al agresor más allá de lo racionalmente necesario para rechazar o impedir la lesión de sus bienes jurídicos. Dado que el exceso en la defensa se traduce en la comisión de una conducta tipificada penalmente –homicidio, lesiones, daños, etc.- que no queda cubierta por dicha causa de justificación, en el exceso doloso el sujeto conoce la ilicitud de su conducta, quiere su realización y sabe que ella no está cubierta por causa de justificación alguna.

Puesto que en el exceso doloso el sujeto quiere causar un mal mayor, una parte de la doctrina hispana se ha inclinado por negar en este caso todo efecto atenuante a dicho exceso. Así, De Toledo y Huerta Tocildo postulan que no debe aplicarse la atenuante de eximente incompleta a los casos de excesos conscientes en la defensa, los cuales deben catalogarse como excesos extensivos. No obstante, postulan la aplicación de una atenuante general en esos casos (1986: p. 226). Sin embargo, la mayoría de los autores se inclinan

por reconocer la aplicación de la atenuante de eximente incompleta al exceso doloso, pues en este caso se mantiene el requisito objetivo de la existencia de agresión ilegítima, por lo tanto, se trata de un exceso intensivo (Jiménez Díaz, 2007: p. 102/ Jiménez de Asúa, 1997: p. 301/ Díaz Palos, 1971: p. 142/ Luzón, 2002: p. 560).

Una consecuencia importante del exceso doloso en la defensa fue advertida por Sebastián Soler. Consiste en que no puede sostenerse que el exceso doloso, en cuanto agresión ilegítima, haya sido causado por la agresión inicial que quien sufre el exceso. Según el jurista argentino, en este caso el exceso surge de una acción dolosa, ulterior y autónoma de quien se excede, produciéndose una interrupción en la cadena causal. De esta manera, se genera nueva situación de peligro generada por quien se excesivamente reaccionó, siendo injusto juzgar al primer provocador bajo la regla de "*qui i re ilícita versatur tenetur etiam pro casu"* (1992: t. I, p 478). Esta observación resulta fundamental para admitir la procedencia de la defensa sucesiva plena en contra del exceso doloso, ya que impide considerar al primer agresor como provocador de ese exceso, concurriendo entonces el requisito de falta de provocación suficiente. Esto resulta más claro aún si el exceso doloso se produce por impulso de emoción esténica de ira o venganza y crea una nueva situación de peligro al atentar contra bienes jurídicos esenciales o primarios que nunca estuvieron en juego en la primera agresión.

b). Exceso culposo o imprudente.

La doctrina comparada ha formulado diversas definiciones sobre lo que se entiende por exceso culposo en la defensa. Para unos, hay exceso culposo en aquellos casos en que el actor supera, por negligencia, imprudencia o impericia los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad (Reyes Echandía, 1974: p. 268). También se ha afirmado que el exceso culposo supone voluntad defensiva y la presencia de imprudencia en la valoración o al escoger los medios defensivos, imprudencia que da pie para el resultado excesivo en relación al peligro (Gómez, 1991: p. 347). Otros señalan que el exceso

imprudente es aquel en que el sujeto realiza en su reacción defensiva un comportamiento negligente –infracción al deber de cuidado- que produce como resultado -no querido- una defensa no adecuada a la agresión ilegítima (Jiménez Díaz, 2007: p. 86). Por su parte, Fiandaca y Musco afirman que el exceso culposo tiene lugar cuando existen los presupuestos de hecho de una causa de justificación, pero el sujeto, por culpa, traspasa sus límites. Profundizando más el concepto, señalan que el exceso culposo se produce por un error inexcusable o vencible del agente, el cual se materializa de dos formas distintas: cuando se produce el resultado lesivo voluntariamente porque ha evaluado erróneamente la situación de hecho; y cuando la situación de hecho es valorada correctamente, pero por un error ejecutivo se causa un resultado más grave que aquél que hubiere sido necesario ocasionar. En todo caso se requiere que la voluntad del agente este dirigida a realizar el fin defensivo (2006: pp. 267 y 268). En idéntico sentido se pronuncian Crespi, Zuccala y Stella (2003: p. 55). Igualmente, para Pulitano en el exceso culposo hay un error vencible, que puede recaer sobre la situación de hecho, sobre la necesidad del uso de los medios defensivos, o en la ejecución de la reacción defensiva (2005: pp. 430 y 431).

Del cúmulo de definiciones antes expuestas podemos extraer que el exceso culposo tiene lugar cuando por infracción a un deber de cuidado el agredido que se defiende traspasa los límites intensivos o extensivos de la causa de justificación, afectando los bienes jurídicos del agresor en mayor medida de lo racionalmente necesario. La infracción al deber de cuidado puede producirse por error vencible, esto es, por una falsa concepción de la realidad que el sujeto pudo haber evitado si hubiere tomado los resguardos necesarios. Pero también puede originarse por impericia o por una inexcusable falta de conocimientos. Esta infracción al deber de cuidado puede producirse en tres formas: Al momento de evaluar la situación de peligro real que se cierne sobre los bienes jurídicos; al evaluar y escoger los medios defensivos que tenga a disposición; al ejecutar la acción defensiva.

El primer momento en que puede producirse la imprudencia es cuando el agente evalúa la situación de peligro real que se cierne sobre sus bienes jurídicos y que lo coloca

en la necesidad de defenderse. Aquí puede ocurrir que por un error vencible o inexcusable el agredido sobrevalue la entidad del peligro, desplegando una reacción defensiva más lesiva de lo racionalmente necesario. Por ejemplo, a plena luz de día un sujeto es agredido con un bastón, el cual confunde con un sable, estimando que corre peligro de perder la vida o sufrir una grave lesión corporal, extrae un revolver y mata al agresor. La agresión ilegítima debe ser real, el sujeto sólo yerra sobre la entidad del peligro, el cual cree mayor, reaccionando en exceso. Si la agresión no es real y el sujeto sólo la ha imaginado, no existe exceso en la defensa, lo que hay es una defensa putativa, caso en que el sujeto puede ser exculpado si obró con error invencible, según vimos.

El segundo instante en que puede producirse la negligencia es cuando, ya evaluada correctamente la entidad del peligro que implica la agresión, el agredido yerra al evaluar los medios defensivos que tiene a disposición, no escogiendo el menos lesivo. En ese caso el agredido, teniendo a su alcance varios medios o procedimientos defensivos igualmente seguros y efectivos, debido a su falta de cuidado opta por el de mayor poder lesivo, causando al agresor mayores daños que los necesarios para repeler la agresión. Esta falta de cuidado puede producirse al evaluar el poder lesivo de cada medio disponible, su eficacia o disponibilidad.

Luego, puede ocurrir que pese a evaluarse correctamente la entidad del peligro y escogerse el medio defensivo menos lesivo a disposición, se utilice el mismo con impericia, afectando los bienes jurídicos del agresor en mayor medida de lo necesario para repeler o impedir la agresión. Aquí el agredido utiliza el medio o procedimiento defensivo sin los conocimientos o la experiencia necesaria para dirigir y utilizar el mismo de manera moderada. Por lo tanto, hay un uso inmoderado de un medio necesario (Magalhaes, 2009: t. I, p. 209/ Tavares, 2018: p. 346). Pero también puede ocurrir que la ejecución de la acción defensiva, por impericia, error o desconocimiento del defensor se prolongue por más tiempo del necesario, es decir, persista aun cuando la agresión ha cesado.

Conforme indicamos, para que haya exceso culposo debe existir una infracción a deber de cuidado de parte del sujeto que se defiende, el cual se traduce en un resultado

lesivo que sobrepase lo racionalmente necesario. Esto implica admitir que pesa sobre quien obra en legítima defensa un deber de cuidado objetivo, idea no exenta de discusión en doctrina. A favor de la exigencia de un deber de cuidado se pronuncia Jiménez Díaz, para quien tal deber se cumple cuando el agredido emplea el medio defensivo menos lesivo de los que tiene a su disposición y lo utiliza de manera racional. Sin embargo, la autora hispana señala que al momento de ponderarse dicha exigibilidad se debe tener en cuenta el contexto de premura y urgencia en que suelen desarrollarse las acciones de defensa y la esencia misma de la justificante que permite al sujeto realizar un comportamiento peligroso. Esto significa que empleándose el medio menos lesivo de modo racional quedarán justificados los resultados lesivos que son necesarios para la defensa eficaz y también aquellos que, aun deviniendo en excesivos o innecesarios desde una perspectiva *ex post*, resultan imprevisibles o, al menos, inevitables. Menciona como ejemplo el sujeto que repele el ataque de otro de mayor fuerza física golpeándolo con una barra de hierro oxidada, posteriormente se produce una infección a causa del óxido y el agresor muere (2007: pp. 94-96). En el mismo sentido se pronuncian Fiandaca y Musco, para quienes el juicio sobre la naturaleza culposa de la superación de los límites del comportamiento permitido se efectúa según los criterios normativos previstos en el art. 43 del Código penal italiano[39]. El exceso debe depender de un error inexcusable de conocimiento de la situación particular por parte del agente o de otras formas de inobservancia de las reglas de contenido precautorio sobre el uso de los medios y modalidades de realización del comportamiento (2006: p. 266). Algo distinta es la posición de Gómez, quien sostiene que la violación de un deber de cuidado no sería fácil de establecer en caso de agresión actual e injusta, toda vez que quien se ve agredido injustamente y en peligro, no se enfrenta condiciones óptimas –por regla general- como para que pueda exigírsele prudencia, cuidado y ponderada valoración. Según el jurista colombiano, cuando está en juego la existencia, la integridad o la libertad, lo evidente y

[39] Código penal italiano, art. 43: *"El delito… es culposo, o contra la intención, cuando el acontecimiento, aunque haya sido previsto, no ha sido querido por el sujeto y se produce a causa de imprudencia o negligencia o impericia, o bien por inobservancia de la leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas."* (Jiménez Díaz, 2007: p. 98).

humano será que se obre precipitadamente y que el nivel de exigibilidad de cuidado se reduzca. Solo sería punible el exceso culposo en caso de extrema negligencia, es decir culpa extrema o grave (1991: p. 347). Entre nuestros penalistas, Bustos se pronuncia sobre la existencia de deberes de cuidado objetivo para quien ejerce la defensa, los cuales emanarían del requisito de necesidad racional. La infracción a este deber puede producirse por error o por falta de conocimiento (2002: p. 84-86).

Por nuestra parte, coincidimos con los autores en cuanto a que pesa sobre quien ejerce la defensa un deber objetivo de cuidado. Tal deber se traduce en la exigencia de evaluar correctamente la existencia y la entidad del peligro, como también de optar por el medio defensivo menos lesivo a su disposición, siempre que sea eficaz. Igualmente, tal medio debe ser usado sólo con la intensidad necesaria para repeler completamente la agresión y sólo hasta ese momento. De manera que el sujeto que obra en legítima defensa lleva a cabo una actividad típica, la cual sólo será justificada si no excede los límites normativos de la permisión. Se trata entonces de una actividad lesiva que esta reglada o limitada en su ejercicio. Si consideramos que el juicio de adecuación para determinar la racionalidad de la defensa debe tomar en consideración todas las situaciones fácticas del caso concreto, es posible sostener entonces que las normas de cuidado que regulan el ejercicio de la defensa no solo se limitan a lo que dispone el legislador en el N° 4 del art. 10 del CP, sino que además pueden entrar en juego otras normas, dependiendo del tipo de medio defensivo que es utilizado concretamente. Así, por ejemplo, respecto del uso de armas de fuego los artículos 76 letras c) y d) y 79 del Reglamento de la Ley 17.798 sobre control de armas, exige que el titular del arma acredite aptitud física y psíquica, además de conocimientos sobre la conservación y manejo del arma. En consecuencia, si resulta un exceso en la defensa realizada usando un arma de fuego, y ello se debe a la impericia en su uso, derivada de la falta de conocimientos sobre su manejo, tal exceso es culposo al existir infracción al deber de cuidado prescrito en el citado reglamento que exige poseer los conocimientos para el uso del arma.

No consideramos que en los casos de agresiones contra bienes jurídicos existenciales –vida, graves ataques a la integridad corporal, libertad- se deba disminuir la exigencia de este deber a una culpa grave o lata, pues tal concepto es propio del Derecho civil. Más bien consideramos que en esos casos la infracción al deber de cuidado en la defensa debe ponderarse a nivel del juicio objetivo de adecuación, junto a todas las situaciones fácticas concurrentes, según analizamos en su oportunidad. Aunque en esos casos no podría darse un exceso intensivo, toda vez que por la naturaleza de los bienes atacados, la defensa puede llegar hasta la eliminación del atacante. Pero sí sería factible observar en estos casos un exceso extensivo posterior inmediato, como en el caso del que habiendo intentado matar a otro, ha sido reducido y desarmado, pese a lo cual continúa siendo golpeado por el agredido.

c). Exceso inculpable.

Así como el exceso en la reacción defensiva puede originarse a consecuencia de un actuar consciente y voluntario del agredido –doloso o culposo-, también el exceso puede surgir de un actuar inconsciente o involuntario. En este caso estamos en presencia de un exceso inculpable, es decir, aquél en que el agredido no pudo controlar y dirigir la respuesta defensiva, toda vez que se encuentra privado o profundamente perturbado de sus facultades mentales, de manera que no puede conocer lo injusto de su actuar y determinarse o conducirse conforme a ese conocimiento. El exceso inculpable es impune, ya que está ausente la culpabilidad del agente, de manera que el ilícito constitutivo de exceso no puede ser reprochado, no obstante ser objetivamente antijurídico.

En derecho comparado, el § 33 del Código penal alemán regula el exceso inculpable al establecer que "si el autor excede los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o pánico, no será penado" (Jescheck y Weingend, 2002: p. 528). La doctrina germana señala que esta norma sólo se aplica a los llamados arrebatos asténicos como el miedo o terror, en tanto que los esténicos o impulsivos como la ira, la indignación, la venganza, el furor combativo, no caben dentro de la aplicación de dicha norma (Stratenwerth, 2016: p. 243/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 140/ Roxin, 2006: t. I, p.

932). Ello se funda en que las situaciones emocionales asténicas afectan la capacidad de reconocer la existencia de posibilidades de defensa, sin motivar a su vez –como las no asténicas- un traspaso consciente de la legítima defensa (Frister, 2011: p. 340). La exculpación en estas hipótesis tiene lugar cuando se supera consciente como inconscientemente los límites de la defensa (Wessels, 1980: p. 124/ Eser y Burkhardt, 1995: p. 245/ Stratenwerth, 2016: p. 243/ Jescheck y Weingend, 2002: p. 529). Frister comparte esta tesis, agregando que ello es así ya que la norma regula situaciones tipificadas en que hay un error invencible del tipo permisivo (2011: p. 340). Se sostiene que en estas hipótesis hay una doble reducción de la culpabilidad, derivada tanto de la disminución del injusto por la situación objetiva de legítima defensa, como de las situaciones emocionales mencionadas que dificultan la correcta apreciación y mesura de la defensa necesaria, de manera éste no alcanza el límite mínimo de punibilidad (Wessels, 1980: p. 124/ Stratenweth, 2016: p. 242/ Jescheck y Weingend, 2002: p. 529). Rechaza esta idea Roxin, para quien en estos casos el fundamento de la exculpación radica en la ausencia de necesidad preventivo especial y general. Quien incurre en estos excesos es un ciudadano integrado, caracterizado por su pusilanimidad asustadiza que no requiere intervención preventivo-especial. Siendo un delito de debilidad su impunidad tampoco exhorta a la imitación (2006: t. I, p. 927). Según Maurach y Zipf, un sector minoritario de la doctrina germana ve en el § 33 una causa personal de exclusión de la pena –excusa absolutoria-, fundado en que esta norma contendría un juicio promedio no susceptible de individualización acerca de la culpabilidad (1994: t. I, p. 579). Seguidor de esta última posición fue Von Hippel, quien distinguiendo entre causa inculpabilidad (falta de elemento subjetivo del delito) y excusa (impunidad por razones de equidad), señalaba que la norma del § 33 era causa de excusa, fundada en la concurrencia de la situación objetiva de legítima defensa más la emoción (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 925). Una tercera interpretación sostenida por Schröder, señala que el citado artículo es una regla probatoria, pues contiene una presunción irrefutable de ausencia de imprudencia (Iglesias, 1999a: p. 440).

En Italia, el inciso segundo del art. 55 del Código penal (inciso recientemente incorporado por la Ley 36 del 26 de abril de 2019) establece que queda excluida la punibilidad cuando la persona que obró en defensa de su incolumidad o la de otro, comete exceso en estado de grave perturbación proveniente de la situación de peligro[40].

En Chile no existe norma que regule el exceso inculpable en la defensa, por lo cual debemos remitirnos a las reglas generales sobre causas de inculpabilidad contenidas en el art. 10 del CP y lo señalado por la doctrina. En base a ello, puede sostenerse que son cinco las circunstancias que pueden dar lugar a que el exceso en la defensa sea inculpable: cuando el agredido reacciona presa de privación total de la razón, miedo insuperable, fuerza moral irresistible, error invencible o cuando el exceso es producto del caso fortuito.

La primera causa que puede dar lugar a un exceso inculpable es la privación total de la razón por causa ajena a la voluntad del agente, conforme al art. 10 N° 1 del CP. En este caso el sujeto se encuentra privado o profundamente perturbado en sus facultades mentales, debido a lo cual no le es posible medir su reacción defensiva, sobrepasando sus límites. A diferencia de la locura o demencia, en que el sujeto carece por completo y de manera permanente de las facultades psíquicas para representarse el deber jurídico y ajustar su comportamiento a éste, en la privación total de la razón el sujeto no es un enajenado, es decir, no presenta una enfermedad o condición psiquiátrica permanente. Si bien antiguamente la concepción de imputabilidad se restringía a una noción biológica-psiquiátrica, siendo inimputable solo aquel que por condicionamiento biológico o patológico era incapaz de conducirse racionalmente, hoy en día tal concepción está abandonada dados los avances de la psicología y psiquiatría. De esta manera, inimputabilidad no equivale necesariamente a enfermedad mental. No todo estado de

[40] Art. 55 Código penal italiano: *"Eccesso colposo. Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".*
"Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto".

inimputabilidad supone que el sujeto sea enajenado, tampoco no toda enfermedad mental equivale a inimputabilidad del hechor (Guzmán, 2003: p. 19). Por ello se afirma que nuestro Código sigue un sistema psiquiátrico-psicológico mixto, en cuya virtud crea un sistema de presunción de inimputabilidad sobre la base de un presupuesto psiquiátrico permanente o transitorio (Náquira, 1998: p. 356).

Conforme a nuestra ley, la privación de las facultades mentales puede ser permanente, caso en el cual el sujeto es un demente, enajenado o enfermo mental, por ejemplo, un esquizofrénico. Pero también puede ser temporal o pasajero, en este caso estamos en presencia de un trastorno mental transitorio. Este ha sido definido como "una perturbación del psiquismo, debido a causas exógenas inmediatas, que eliminan en el sujeto la aptitud, que antes de manifestarse éste poseía y que recobrará una vez concluida aquella, de comprender el injusto del hecho y evitar su realización" (Guzmán, 2003: p. 20). Consiste en un estado temporal, ya que el sujeto no es, antes ni después de cometido el hecho, un enajenado y, por ende, no tiene secuelas posteriores (Politoff, Matus y Ramírez, 2004: t. I, p. 307). Se trata de un fenómeno originado por causas exógenas y no psicopatológicas, transitorio, rasgos que lo distinguen de la enajenación mental. Pero al igual que esta, alcanza una intensidad suficiente como para incidir en las funciones intelectivas y volitivas (Guzmán, 2003: p. 20).

El exceso en la reacción defensiva justamente puede obedecer a que el agredido se encuentra en un estado de trastorno mental transitorio desencadenado por la agresión ilegítima, el cual no le permite ajustar su reacción defensiva a lo racionalmente necesario. Sin embargo, no vemos obstáculo para que este sea provocado también por cualquier otra causa anterior endógena o psicopatológica ya presente en el sujeto, de manera que la agresión viene sólo a gatillar para que ella se manifieste. En este sentido se pronuncian Politoff, Matus y Ramírez al afirmar que "no puede excluirse que exista una base interior en el sujeto que lo predisponga a una reacción anómala, frente a un estímulo exterior desencadenante" (2004: t. I, p. 308). Ejemplo de esto pueden ser las fobias o miedos patológicos irracionales a ciertas situaciones o estímulos que no suelen alterar a la

generalidad de las personas, patología que puede ser preexistente en el agredido y que puede causar una privación de la razón dentro de la cual reaccione de manera desmesurada frente a la agresión. Otros ejemplos son la personalidad psicopática, las neurosis y la histeria.

Algunos trastornos mentales transitorios son el estado crepuscular epiléptico, un acto de cortocircuito protagonizado por una personalidad psicopática explosiva, un brote psicótico que remite sin secuela, un episodio catatónico, paroxismo emocional, alteraciones agudas de la conciencia producidas por consumo de alcohol o drogas (Náquira, 1998: pp. 370 y 371), la hipnosis (Balmaceda, 2014: P. 220), y el síndrome de abstinencia en drogodependientes (Mir Puig, 2016: p. 609). En el campo de la psiquiatría, en lugar de trastorno mental transitorio, se habla, más bien, de grave alteración de la conciencia, fenómeno que no tiene límites precisos y abarca diversos grados de conductas inconscientes que van desde la epilepsia hasta la imperfecta ebriedad del sueño. Estas alteraciones se presentan en tres variedades: Amnesias lacunares, en que afloran recuerdos del hecho, pero hay discontinuidad del curso amnésico, las imágenes amnésicas son aisladas, aparecen en forma de flash; Obnubilación de la conciencia, en que hay un debilitamiento de la función perceptiva, tornándose difuminado el medio circundante, dejando desconcertado y perplejo a quien lo padece; y la Conciencia crepuscular, en la cual la opacidad sensorial no es uniforme, ya que el sujeto solo percibe un punto o zona central, quedando en la oscuridad el resto del campo perceptivo. En cuanto a las causas de la grave alteración de conciencia, se indica que estas son de una variada gama, las cuales van desde lo somatógeno de la confusión mental, hasta las reacciones vivenciales anormales de Schneider, motivadas por la emoción violenta, el efecto reflejo del pánico u otro estímulo amenazante, la epilepsia (Cabello, 2005: t. I, pp. 251-253, 427-429).

Actualmente, también se incluyen entre los trastornos mentales transitorios los llamados fenómenos emotivos o pasionales, cuando la alteración afectiva llega a tal grado que anula el entendimiento del sujeto y pasa a gobernar su voluntad. Esto ocurre con mayor frecuencia en las emociones primarias como la ira o el miedo (Guzmán, 2003: p.

21). Este último se encuentra reconocido por el legislador como causa de inculpabilidad cuando es insuperable, y lo analizaremos en algunas líneas más. Pero la ira u ofuscación han generado controversias a nivel dogmático en cuanto a su admisión como causa que pueda fundar un trastorno mental transitorio con efectos eximentes de responsabilidad penal. Su análisis resulta relevante en este punto, dado que muchas veces el exceso en la defensa puede deberse al estado emotivo de rabia del agredido.

En nuestro derecho positivo, el art. 11 N° 3, 4 y 5 del CP sólo reconoce una atenuante para la conducta cometida en respuesta a una provocación o amenaza, vindicación de ofensa y cometida con arrebato u obcecación, cuando estos son causados por estímulos tan poderosos que naturalmente pueden producirlos. El arrebato es entendido como la ofuscación pasajera, un acceso súbito e intenso de la pérdida de control de los actos propios. En tanto que la obcecación es la ofuscación tenaz y persistente, típicamente una pasión, que priva del normal discernimiento (Labatut, 1992: t. I, p. 214/ Novoa, 2009: t. II, p. 36). En ambos casos las posibilidades del agente para determinarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del Derecho se encuentran mermadas. A pesar de su intensidad, son, en todo caso, menos que una perturbación total de la razón. Por lo tanto, el fundamento de la atenuación es un estado de exigibilidad disminuida (Cury, 1994: t. II, p. 115).

La doctrina más tradicional sostiene que si bien el trastorno mental transitorio puede provenir de cualquier causa, se deben excluir los estados pasionales producidos por la ira ante la provocación, la sed de venganza, la obcecación producida por los celos, todos los cuales son recogidos explícitamente por nuestro Código como atenuantes (Politoff, Matus, Ramírez, 2004: p. 307).

Sin embargo, la doctrina hoy mayoritaria reconoce que hay casos en que el arrebato u obcecación pueden derivar en perturbaciones emocionales intensas, dando lugar a una privación transitoria de la razón. En este sentido, Cury afirma que existen motivaciones éticamente reprobables como el impulso vindicativo, que a causa de la fragilidad humana es preciso reconocerle una capacidad para originar perturbaciones emocionales muy

intensas en la generalidad de los hombres. Si bien en la generalidad de los casos las emociones y las pasiones no bastan para configurar una privación de la razón, hay situaciones extremas en que esos sentimientos, actuando sobre una personalidad determinada de base patológica o con sensibilidad exasperada, provocan un estado de inimputabilidad. Según el desaparecido profesor, si bien la ley exige a todos un cierto grado de control sobre sus emociones y pasiones, ese reclamo no puede llegar a límites irreales (1994: t. II pp. 54 y 116). Abona lo anterior Náquira al sostener que una reacción psicopatológica de un sujeto imputable ante una situación existencial traumática, como el paroxismo emocional, constituye un trastorno mental transitorio (1998: p. 370). Según Balmaceda, el paroxismo emocional es una circunstancia en la cual el sujeto se ve expuesto a una emoción de extrema intensidad, lo que le provoca un estado de exaltación (2014: p. 221). Para Guzmán la última etapa de la ira[41], denominada rabia, da lugar a una fase de alteración de la conciencia de neta imputabilidad, ya que la ira se ha apoderado por completo de la dirección de la conducta individual del sujeto. La rabia se correspondería con el pánico en la escala de intensidad del miedo. Según el profesor porteño, en la normalidad de los casos las emociones, por hondas que sean, dejan a salvo la imputabilidad del hechor, permitiendo solo reducir la pena en virtud de la atenuante de arrebato u obcecación. Sin embargo, estas circunstancias, en cuanto a alteraciones psíquicas, se vinculan cuantitativamente con la privación total de la razón, de manera que pueden configurarse situaciones de super-arrebato que por su extremo vigor de trauma psíquico anulan las facultades intelectivas y volitivas (2003: pp. 23 y 24).

En el derecho y doctrina comparada se observan diferentes soluciones a este problema. En Argentina, el art. 81 del CP sólo reconoce atenuación de la pena a quien matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable. La emoción violenta ha sido definida como "un estado psíquico de duración breve que obnubila la consciencia y perturba la voluntad por conmoción súbita y explosiva, caracterizado por la rapidez y el ímpetu con que surge y domina", y por ser

[41] Las etapas de la ira son cinco, en orden sucesivo: simple exaltación, protesta interior, rebelión personal, ira desatada y finalmente la rabia (Guzmán, 2003: p. 24).

una “situación de magnitud tal que bloquee o anule en forma grave y profunda la conciencia” (Marianetti, 1999: p. 251). Para Zaffaroni se trata de un caso de imputabilidad disminuida (1985: p. 541). Según Soler, se trata de estado psíquico, un impulso desordenadamente afectivo que es destructivo de la capacidad reflexiva de frenación o inhibición. Pero indica que hay casos extraordinarios en que la emoción violenta determina una verdadera situación de inimputabilidad. Agrega que el efecto de las emociones es extraordinariamente poderoso, pudiendo incluso un shock emotivo determinar una muerte inmediata. Estos casos serían distintos de la emoción violenta y son propios de la parte general (1992: t. III, pp. 70, 75, 76). Enfocando lo anterior en el exceso en la legítima defensa, Carlos Santiago Nino señala que la acción defensiva descontrolada por miedo o furor debe ser tratada como cualquier situación de violencia moral, salvo que, en casos extremos se configure un cuadro de inimputabilidad. Por el contrario, indica que si el temor del agente no alcanza a excluir totalmente la voluntariedad de su acto y es un homicidio, se puede aplicar la atenuante del homicidio por emoción del art. 81 CP (2002: pp. 174 y 175). En consecuencia, vemos que en la doctrina del país trasandino se acepta que la emoción violenta por furor o ira pueda alcanzar un grado superior que constituya una causa de inimputabilidad.

En la doctrina colombiana, el jurista Orlando Gómez admite al miedo o pánico como perturbaciones emocionales profundas que generan un estado de inconsciencia transitoria y que exculpan el exceso intensivo en la defensa. Pero señala que nada impide que la cólera extrema o furor también dé curso al exceso inculpable, pero siempre y cuando la cólera determine un estado psíquico de alteración momentánea de la conciencia. La sola ira motivadora de un exceso consciente no excluye la responsabilidad por el exceso, siendo sólo una circunstancia atenuante (1991: pp. 359 y 366).

En Italia, el art. 90 del *Códice penale* dispone tajantemente que “los estados emotivos y pasionales no excluyen ni disminuyen la imputabilidad” (Guzmán, 2003: p. 22). La explicación de esta disposición se encuentra en el hecho que el legislador italiano exige que la alteración mental que excluye la imputabilidad tenga carácter patológico. En

este sentido, los arts. 88 y 89 del Código hablan de "vicio de la mente", entendiendo por tal un estado mental efecto de una enfermedad mental que excluye o reduce la capacidad de entender y querer (Antolisei, 1991: pp. 446 y 450). Pese a ello, Fiancada y Musco admiten efecto exculpante a los trastornos afectivos de elevada intensidad, siempre que este irrumpa en un sujeto con personalidad débil y tenga las características de un estado transitorio de enajenación (2006: p. 253). Francesco Antolisei admite que los estados emotivos y pasionales puedan incidir en la imputabilidad, pero solo cuando ellos sean manifestación de un estado histérico, epileptoide o de cualquier patología, como ocurre a veces en las formas más graves (1991: p. 451).

En Alemania, el § 20 del Código penal reconoce expresamente como causa de inimputabilidad la profunda perturbación de la conciencia. Según Roxin, se trata de trastornos profundos de la consciencia de origen no patológico en que incurren sujetos normales. Entre ellos menciona los estados pasionales intensos, en que el sujeto actúa en estado de excitación extrema y destrucción de las instancias de control (2006: t. I pp. 828-832). En el mismo sentido, Stratenwerth identifica dentro de ese género al arrebato emocional como fenómeno de etiología psicológica normal, que no acompañado de otras manifestaciones defectuosas, en principio puede excluir la imputabilidad (2016: p. 285). Sin embargo, respecto del exceso inculpable en la legítima defensa, regulado en § 33, la mayoría de la doctrina germana señala que esta norma sólo se aplica a los llamados arrebatos asténicos como el miedo o terror. En tanto que los esténicos o impulsivos como la ira, la indignación, la venganza, el furor combativo, no caben dentro de la aplicación de dicha norma y, por lo tanto, no exculpan el exceso intensivo en la defensa (Mezger, 1958: p. 272/ Maurach y Zipf, 1994: t. I, p. 579/ Frister, 2011: p. 339/ Stratenwerth, 2016: p. 243/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 140). Según Roxin, de admitirse lo contrario, ello daría lugar a situaciones de auto justicia ejercidas bajo el lema "a un hombre se le nubla la vista", lo cual es extremadamente peligroso desde el punto de vista de la Psicología social, ya que daría lugar a agresiones latentes en amplios círculos de la población, por lo cual debe conminarse penalmente. Sin perjuicio de ello, admite frente a excesos esténicos una atenuante (2006: t. I, p. 931).

En España, el Código penal, al igual que el nuestro, no regula el exceso en la legítima defensa. Sin embargo, la doctrina de manera unánime admite el exceso intensivo inculpable cometido bajo miedo insuperable, en cuanto emoción asténica (Jiménez Díaz, 2007: p. 140). No obstante, algunos autores hispanos admiten que los estados emocionales esténicos puedan exculpar el exceso. Así, Jiménez de Asúa rechaza el criterio de la mayoría de autores germanos que solo aceptan la perturbación por emoción asténica como exculpante del exceso, indicando que las emociones esténicas también pueden causar perturbación. Según el maestro, la situación asténica de miedo, en ciertos estados avanzados, se mezcla casi siempre con un profundo sentimiento de cólera (1982: t. VI, p. 927). Más recientemente, Valle Muñiz admite que el exceso en la defensa puede deberse al miedo, terror u otra alteración emocional análoga (1992: p. 568).

La psiquiatría forense sostiene que la ira es una emoción, y que toda emoción admite tres grados: simple, en que el sujeto se encuentra equilibrado compensado; violenta, en que hay una grave perturbación de la psiquis, de manera que el sujeto queda a merced de impulsos y automatismos; y patológica, en que hay desconexión de las funciones cognoscitivas. No obstante, afirma que la ira debe someterse a un juicio estimativo de excusabilidad de las circunstancias que provocaron su aparición (indignación, justo dolor) por parte del juez, a fin de no beneficiar a los sujetos coléricos, iracundos, intemperantes, violentos o mal educados (Cabello, 2005: t. II, pp. 41, 46, 103).

En base a todo lo expuesto, podemos sostener que el estado emocional esténico de arrebato u obcecación, en principio, solo tiene efecto atenuante respecto de los excesos en la defensa que puedan cometerse bajo sus efectos, conforme al art. 11 N° 5 del CP. Pero cuando el arrebato esténico alcanza un nivel mayor, al punto de afectar profundamente la conciencia del sujeto –como la rabia desatada-, el exceso en la defensa cometido en ese estado es inculpable. En este caso estamos en presencia de una privación total de la razón por trastorno mental transitorio, que es causa de inimputabilidad conforme al art 10 N° 1 del CP. Esta interpretación es perfectamente compatible con nuestro derecho positivo,

dada la inexistencia de una norma, como la alemana, que regule el exceso inculpable en la defensa limitándola a determinadas hipótesis.

El miedo insuperable es admitido unánimemente por la doctrina hispana comparada como causa que exculpa el exceso en la defensa. En nuestro país la doctrina también se ha pronunciado en el mismo sentido (Cousiño, 1979: t. II, p. 272/ Labatut, 1992: t. I, p. 102/ Cury, 1994: t. II, p. 97/ Garrido, 2003: t. II, p. 119/ Politoff, Mattus y Ramírez, 2004: t. I, p. 221). El miedo es un estado emocional asténico o depresivo. Es definido como "un estado emocional provocado por la amenaza de un mal que altera sustancialmente la capacidad de determinación y de decisión de un sujeto, por temor a que este llegue a materializarse" (Jiménez Díaz, 2007: p. 144). Según esta definición, el miedo no priva o anula en el sujeto que lo sufre su capacidad de decisión y determinación. En efecto, siendo un estado emocional o afectivo, implica una situación de total conciencia, actuando como un motor que mueva la inteligencia y la voluntad (Cabello, 2005: t. II, p. 32). De manera que el sujeto que obra impulsado por miedo es, en principio, responsable penalmente por el delito cometido bajo ese estado emocional, salvo que este miedo alcance una entidad tal que sea capaz de producirle una alteración psíquica.

El miedo que es considerado causa inculpabilidad es el denominado miedo insuperable conforme reza el art. 10 N° 9 del CP. Este corresponde a un concepto normativo, correspondiendo a aquel miedo que el ordenamiento jurídico no exige al sujeto que supere o venza. Se trata de una causa de exculpación por no exigibilidad de otra conducta, el sujeto no puede ser reprochado dada la anormalidad de las circunstancias que impiden que su voluntad obre libremente. Para tener tal carácter el miedo debe originarse por la amenaza de un mal grave, real, ilícito, actual o inminente que sea capaz de causar un estado de alteración psíquica en el sujeto, de tal manera que no pueda determinarse conforme a los mandatos de derecho, viéndose impulsado a infringir la norma para conjurar el mal. Además, el sujeto no debe tener la obligación de soportar el peligro en atención a su profesión, como el caso de los policías, bomberos y soldados. Algunos autores exigen como requisito del miedo insuperable que no exista otra forma que evitar

el mal distinta a la comisión del delito (Labatut, 1992: t. I, p. 150). Este requisito debe ser rechazado dado el carácter subjetivo de la eximente, pues el miedo insuperable impide al sujeto apreciar la situación para determinarse conforme a la norma (Cury, 1994: t. II, p. 87). Queda fuera de este concepto los miedos patológicos o fobias, los cuales deben ser tratados como causas de privación total de la razón.

En cuanto al criterio para determinar cuándo el mal es de aquellos capaces de producir un miedo con efecto alterador en las facultades de determinación del sujeto, existen tres fórmulas. La primera es el del hombre medio ideal puesto en el lugar del autor *ex ante,* con todas las circunstancias concurrentes del caso (Jiménez Díaz, 2007: p. 147/ Cury, 1994: t. II, p. 86/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 348/ Balmaceda, 2014: p. 236/ Velásquez, 2013: p. 548/ Mir Puig, 2016: p. 625). Será insuperable aquel miedo producido por un estímulo capaz de producir una perturbación psíquica de nivel intolerable en un hombre medio. Bajo tal fórmula normativa se excluyen aquellos miedos ocasionados por amenazas de males menores que no causarían alteración en un hombre medio, pero si en un sujeto pusilánime o cobarde. Igualmente, deja fuera a los miedos patológicos o fobias. Este criterio ha recibido críticas por parte de la doctrina, señala que no corresponde aplicarlo, pues siendo el miedo insuperable una causa que incide en la culpabilidad, el juicio de reproche debe ser personal (Politoff, Matus, Ortiz, 2002: p. 148). Otra crítica apunta que este criterio del *homunculus normalis* no es una magnitud determinable, sino algo ficticio que conduce a un incierto juico de probabilidades (Henkel, 2008: p. 132). Por lo tanto, surge la segunda fórmula, según la cual el carácter insuperable del miedo deberá medirse caso a caso, estándose a la vivencia subjetiva del sujeto que sufre el miedo. Se trata entonces de un juicio individualizado donde deberá tenerse en cuenta la edad, sexo, desarrollo cultural, entorno en el cual vive quien lo padece. El miedo que es pueril para uno será insuperable para otro (Cousiño, 1992: t. III, p. 245). Un tercer criterio, que podemos denominar personal-objetivo, señala que debe tomarse en consideración la entidad del mal y las condiciones personales del sujeto (Politoff, Mattus y Ortiz, 2002: p. 149/ Labatut, 1992: t. I, p. 150). Así, por ejemplo, una mujer se afecta más fácilmente que un hombre y un joven más que un adulto (Jiménez de Asúa, 1982: t. VI, p. 911).

Respecto de la entidad del mal amenazado, debe tratarse de un mal grave. Se consideran por tales aquellos que pueden afectar bienes jurídicos personalísimo esenciales tales como la vida, la integridad corporal, la indemnidad sexual, la libertad. Pero, dado que el legislador no establece limitaciones, no pueden excluirse *a priori* del ámbito de aplicación de la eximente los males que amenacen otros bienes jurídicos de otra índole. Debe ser titulares de estos bienes en propio afectado, sus parientes o personas con quien tiene vínculo afectivo (Jiménez Díaz, 2007: pp. 156 y 157).

En cuanto al grado de afectación psíquica que debe producir el miedo en el sujeto para considerarse insuperable, es importante precisar que este estado emocional es susceptible de gradación. Así, Jiménez de Asúa, siguiendo a Mira López, señala que las fases del miedo son las siguientes: Primera fase: estadio de prudencia, el sujeto desea pasar desapercibido o huir. En lo subjetivo, se producen negación del deseo, autojustificación; Segunda fase: estadio de cautela, el sujeto ya entra en el campo de acción del miedo, esta atemorizado, pero cuenta con el dominio de sus respuestas ante la situación. Sus movimientos son estrictamente controlados, subjetivamente es cauteloso, desconfiado y pesimista, aparenta tranquilidad; Tercera fase: estadio de alarma, aparecen movimientos superfluos que demuestran alteración motriz, temblores e inicio de retroceso. Subjetivamente esta alarmado, siente que no puede controlar el curso de sus pensamientos, se empieza a obsesionar con el inminente daño. El juicio pierde claridad y hay penosa impresión de insuficiencia; Cuarta fase. Estadio de angustia, hay desorganización funcional, desaparecen los procesos de excitación e inhibición, el diencéfalo empieza a adquirir dominio sobre la corteza cerebral, se produce la llamada tempestad visceral. En lo subjetivo, el ánimo es ansioso y angustiado, el miedo se torna colérico, hay mezcla de temor y furor incontenibles, el sujeto siente enloquecer; Quinta fase, estadio de pánico, hay una dirección automática de la conducta, la corteza cerebral queda desactivada por el miedo. Hay movimientos reflejos incontrolables. En lo subjetivo, hay un dominio de la persona subconsciente o profunda, el sujeto apenas se da cuenta de lo que ocurre o de lo que realiza, pueden producirse vivencias de pesadilla seguidas de rápida de amnesia; Sexta fase, estadio del terror, es la fase final del miedo, el sujeto pierde la intelección, la

sensibilidad y la potencia motriz. Se encuentra petrificado, inmóvil, inerte, "muerto de miedo". Incluso podría ocasionarse la muerte del sujeto. En el plano subjetivo, no hay vida personal ni subjetiva, la amnesia es absoluta e irreductible. Según el maestro español, las primeas dos fases del miedo no constituyen eximente, a lo sumo pueden constituir una eximente incompleta. La tercera y cuarta fase (alarma y angustia) corresponden a la causa de inculpabilidad de miedo insuperable. En la quinta fase, cuando hay dominio del encéfalo sobre la corteza cerebral, existe un estado de inimputabilidad. En tanto que la sexta fase o estadio de terror, dado que el sujeto yace inmóvil y ajeno a lo que se desarrolla, hay ausencia de acto (1982: t. VI, pp. 897-905).

En conclusión, el miedo en materia penal produce diversos efectos dependiendo de su grado de intensidad. En sus tres primeras fases sólo constituye un estado emocional que no incide en la culpabilidad del sujeto activo, aunque podría eventualmente constituir una eximente incompleta si comenzare a incidir en las facultades volitivas. En sus fases cuarta y quinta constituye causa de inculpabilidad conforme al art. 10 N° 9 CP, toda vez que al afectar las facultades volitivas el sujeto no puede determinarse conforme a la norma, estando impedido de superar los impulsos producidos por el miedo. Si la quinta fase de pánico es muy intensa, al punto de producir en el sujeto movimientos reflejos o incontrolados, se considera al sujeto inimputable, pues hay una privación total de la razón por trastorno mental transitorio, debiendo aplicarse el art. 10 N° 1 CP. En su fase final o de terror, hay ausencia de acción.

Por último, la doctrina señala que es posible que concurra el miedo insuperable junto a otros estados emocionales como la ira o venganza, siendo ambos compatibles (Jiménez Díaz, 2007: p. 167/ Velásquez, 2013: p. 548). Sin embargo, lo determinante para eximir de responsabilidad penal el exceso intensivo en la defensa, es que este sea impulsado por el miedo insuperable.

La fuerza moral irresistible prevista en el art. 10 N° 9 del CP ha sido admitida expresamente por nuestros penalistas como una causa que puede originar un exceso inculpable en la defensa (Cury, 1994: t. II; p. 97/ Garrido, 2003: t. II, p. 119/ Politoff,

Mattus y Ramírez, 2004: t. I, p. 221). Otros la admiten implícitamente al aceptar como causa de inculpabilidad del exceso en la defensa la no exigibilidad de otra conducta (Cousiño, 1979: t II, p. 272). Ha sido definida como:

"un estímulo de origen externo o interno, cuyo enjuiciamiento ético-social es análogo al del miedo, afecto parental o sentido de la obediencia, el cual desencadena en el sujeto un estado grave de conmoción psíquica, suficiente para alterar profundamente en un hombre medio la capacidad de autodeterminación" (Cury, 1994: t. II, p. 84).

La fuerza moral irresistible o *vis* compulsiva se funda en el principio de no exigibilidad de otra conducta. Según Jiménez de Asúa, el mal que origina la *vis* moral debe provenir de estímulos externos y no de los imaginarios temores del agente, debe ser injusto o ilícito, inminente, grave en el sentido que debe ser capaz de producir una impresión en un hombre razonable y medianamente enérgico. En este punto el maestro madrileño precisa que no hay gravedad cuando existe una evidente desproporción entre el mal causado y el evitado. Además, el amenazado no debe tener la obligación de soportar el mal con que se le conmina y no debe existir el deber de evitar el mal de otro modo (1982: t. VI, pp. 886 y 887). No se toman en cuenta como estímulos las deformaciones educacionales o hábitos contraídos por el agente durante su existencia. Tampoco se consideran aquellos que provienen de la psiquis del sujeto, las cuales corresponden a casos de privación temporal de la razón. Igualmente, quedan fuera los impulsos vindicativos y la ira, los cuales sólo tiene efecto atenuante conforme a los N° 4 y 5 del art. 11 CP (Cury, 1994: t. II, p. 85).

En definitiva, se requiere que el estímulo externo origine en el sujeto una constricción moral de tal magnitud que le impida determinarse libremente. Debe originar una perturbación psíquica profunda que reduzca de manera efectiva la capacidad de autodeterminación en un hombre medio. Lo que falta es la normalidad de la motivación que está en la base del juicio de culpabilidad (Cousiño, 1992: t. III, p. 255). Llevado al exceso en la defensa, el estímulo –constituido en este caso por la agresión- debe ser de tal naturaleza que impulse al agredido a sobrepasar los límites intensivos y extensivos de la justificante. En consecuencia, el sujeto es plenamente consciente de sus actos, comprende

la injusticia del mismo, pero no es capaz de ajustar su reacción defensiva a lo racionalmente necesario, dado que su voluntad se encuentra coaccionada.

El error invencible igualmente es admitido por nuestra doctrina nacional como causa de exculpación del exceso en la defensa (Cousiño, 1979: t. II, p. 272). Por error entendemos la divergencia entre la representación del agente y la realidad (Jiménez de Asúa, 1982: t. VI, p. 313). En el exceso en la defensa por error, estamos en presencia de una falsa representación acerca de la concurrencia del requisito de necesidad racional del medio empleado para la defensa. Este puede revestir dos formas: error sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de la necesidad racional y error sobre los límites de la justificación. En el error fáctico, el sujeto cree equivocadamente que ha elegido el medio defensivo menos lesivo de los disponibles o bien cree que lo está usando con moderación, cuando en realidad ha elegido el más lesivo o lo ha empleado inmoderadamente. También hay error sobre lo factico si erróneamente sobrevalua la intensidad de la agresión y reacciona de manera desmedida. En el error sobre los límites de la justificación, el sujeto se excede debido a que cree que la ley permite desplegar cualquier respuesta defensiva, cree estar autorizado para utilizar cualquier medio de defensa y con cualquier intensidad (Jiménez Díaz, 2007: p. 125). Hay una representación errónea sobre la valoración jurídica de la conducta desplegada, pues el sujeto la cree justificada o conforme a derecho.

Sin embargo, para excluir la culpabilidad debe tratarse de un error invencible, inevitable o no imputable al agente. La doctrina plantea dos formas de determinar la vencibilidad del error. La primera es la postura objetiva, que fija un estándar de deber de cuidado exigible al hombre medio diligente. Conforme a ella el error invencible será aquel no imputable a la culpa del agente por inobservancia del deber de cuidado, por imprudencia, impericia o negligencia, tanto en el conocimiento de los hechos como del derecho que fundamenta tales hechos (Antolisei, 1988: p. 292/ Herrera, 1991: p. 54 / Náquira, 1998: p. 126/ Jescheck y Weingend, 2002: p. 492). La segunda es la postura subjetiva, que postula que siendo el error un elemento que incide en la culpabilidad, este

debe determinarse conforme a las capacidades y conocimientos personales del autor. Para ello se exige que el sujeto haya desplegado un esfuerzo de conciencia que quepa exigirle según las circunstancias del caso, su personalidad, ámbito vital y profesional, como para comprender lo ilícito de su obrar (Stratenwerth, 2016: p. 308). Según esta tesis, no existe un deber general de adquirir conocimientos jurídicos y exigirlo infringe el principio de culpabilidad, la vencibilidad se determina según las capacidades individuales del sujeto (Roxin, 2006: t. I, pp. 878-879). El error vencible o inexcusable, para la tesis objetiva, es aquél que el agente pudo haber superado si hubiera desplegado la debida diligencia o cuidado. En cambio, para la tesis subjetiva, el error vencible será aquel que el autor hubiera podido evitar en caso de haber desplegado todas sus capacidades espirituales, conocimientos e ideas valorativas éticas (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 163). No obstante, se sostiene que cuando el hecho no solo constituye una infracción jurídica, sino que además un atentado al orden moral, el error es por regla general de naturaleza vencible (Jescheck y Weingend, 2002: p. 493). En la doctrina nacional, Politoff, Matus y Ramírez, adhieren a la tesis subjetiva, señalando que la excusabilidad se determina en base a las características personales del autor y sus posibilidades de integración en la sociedad que le han sido dadas, tesis que tiene sustento normativo en los art. 110 del Código Tributario y art. 207 del Código de Justicia Militar. Indican que el nivel de conocimiento exigido es solo el de un hombre profano (2004: t. I, pp. 331-332).

La doctrina alemana se muestra dividida en cuanto a la naturaleza jurídica de estos casos de error. Welzel sostiene que tanto el error sobre los presupuestos de hecho, como sobre los límites de la justificación, constituyen casos de error de prohibición o sobre la antijuridicidad, pues en ambos el sujeto obra con dolo y conoce el tipo, solo que cree que su conducta está autorizada por el ordenamiento jurídico (2004: p. 181). Esta postura se funda en la denominada teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el dolo solo abarca el conocimiento de los elementos objetivos que conforman el tipo, en tanto que el conocimiento sobre la antijuridicidad se sitúa en la culpabilidad. Para Roxin también en estos casos hay un error de prohibición (2006: t. I, p. 871). Otro sector sostiene que el error sobre las circunstancias de hecho de la permisión constituye un error de tipo, en tanto

que el error sobre los límites de la justificación es un error de prohibición indirecto (Wessels, 1980: p. 129/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 170). Esta segunda postura se sustenta en la teoría restringida de la culpabilidad, según la cual el dolo abarca también el conocimiento de los elementos negativos del tipo, esto es, la no concurrencia de una causa de justificación. En la doctrina española, Jiménez de Asúa comparte la tesis de Welzel, sosteniendo que se trata de casos de error de prohibición (1982: t. VI, pp. 551 y 701). Más recientemente, Jiménez Díaz sostienen que en ambos casos hay un error indirecto de prohibición, ya que el sujeto sabe, en general que la conducta está prohibida, pero cree que obra justificado (2007: pp. 127 y 128). En Chile, Cury estima que en ambos casos estamos frente a un error de prohibición o sobre la licitud de la conducta (1994: t. II, pp. 66- 68).

No cabe duda que el error respecto de los límites de la justificación es un error de prohibición, dado que en este caso el sujeto conoce perfectamente lo que hace en el plano factico y quiere su realización, solo que cree que su conducta es justificada o conforme a derecho. Pero la controversia surge respecto del error sobre la concurrencia de las circunstancias fácticas de la justificación, específicamente de la racionalidad del medio defensivo –elección y utilización del menos lesivo-. Aquí el sujeto desconoce realmente lo que realiza en el plano factico, cree que su defensa es racional y que concurre tal elemento del tipo permisivo, cuando en realidad ha excedido el alcance de la permisión. Si se sigue la teoría restringida de la culpabilidad, esta hipótesis se debe tratar como un error de tipo. Si el error es vencible se excluye el dolo y se debe sancionar a titulo culposo, siempre que la ley contemple un tipo culposo para esa conducta, en caso contrario es impune. Si el error es invencible se excluye el dolo y la culpa, siendo la conducta impune por faltar la culpabilidad. Si se adopta la teoría de la culpabilidad, el conocimiento sobre las causas de justificación se sitúa dentro de la culpabilidad, de manera que un error sobre ellas deja intacto el dolo. Para esta solución, si el error es vencible, el dolo no se excluye, pero se reconoce en favor del sujeto una atenuación. Si el error es invencible, se excluye la culpabilidad.

Los partidarios de tratar el error sobre los elementos facticos de una causa de justificación como un error de tipo, estiman que ello es acorde con la diferencia valorativa que existe con el error sobre los límites de la permisión. En el primer caso, el sujeto conoce la norma permisiva y quiere su realización, pero yerra en llevarla a cabo por no conocer las circunstancias de hecho concurrentes. No hay una voluntad rebelde al Derecho. En cambio, en el segundo caso, el sujeto desconoce la norma y sus representaciones erradas son contrarias al orden jurídico, contienen una rebelión contra éste (Wessels, 1980: pp. 136-139). Por esa razón, el error de tipo vencible excluye el dolo y la conducta solo se sanciona a título de culpa, si la ley admite tipicidad culposa para ella, en caso contrario es impune. En cambio, el error de prohibición vencible no excluye el dolo y solo admite atenuación de la pena. En Chile, Politoff, Matus y Ramírez son partidarios de tratar el error sobre los elementos facticos de una causa de justificación como casos de error de tipo, siguiendo la teoría restringida de la culpabilidad y por las razones de justicia antes mencionadas (2004: t. I, pp. 329-330).

Sin embargo, la mayoría de nuestra doctrina nacional adhiere a la teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el conocimiento sobre la ilicitud de la conducta no forma parte del dolo, sino que es un requisito de la culpabilidad (Balmaceda, 2014: p. 228). Por otro lado, si bien nuestro derecho positivo no regula los efectos del error, la teoría del error de prohibición es admitida en nuestro derecho en virtud de la presunción de culpabilidad contenida en el art. 1 del CP, en el cual el legislador utiliza la voz "voluntaria", lo cual significa que el sujeto debe ejecutar el hecho de manera libre, inteligente, intencionada y con conocimiento de su ilicitud. (Cousiño, 1992: t. III, p. 204). A ello se suma lo dispuesto en los arts. 224 y 225 del CP que sancionan a los jueces que dictaren sentencia manifiestamente injusta con ignorancia inexcusable en causa criminal o civil, de lo cual se desprende *a contrario sensu* que puede haber casos excusables. Si ello se admite respecto del conocimiento del Derecho que tengan los jueces, con mayor razón debe aplicarse al común de los ciudadanos cuyas posibilidades de conocer las normas jurídicas son más limitadas (Cury, 1994; t. II, pp. 73 y 74/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 331). También se debe considerar lo dispuesto en el art. 110 del Código Tributario y art. 207 del CJM. El

primero establece una atenuante o eximente de responsabilidad penal por infracción a las normas tributarias cuando el sujeto por sus escasos recursos pecuniarios, su insuficiente ilustración u otra causa justificada, ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas. La segunda disposición exime de responsabilidad por infracción a deberes militares, cuando su ignorancia fuere excusable atenido su nivel de instrucción del sujeto y demás circunstancias.

En cuanto a los efectos del error de prohibición en nuestra ley, se sostiene que si es invencible excluye la culpabilidad, pero esta exculpación no se extiende a los coautores y partícipes que conocen la ilicitud de la conducta. Por el contrario, si es un error vencible solo se aplica una atenuante de eximente incompleta conforme al art. 11 N° 1 del CP (Cury, 1994: t. II, p. 75). Etcheberry postula una solución diferente para el caso del error de prohibición vencible, señala que en este caso el agente de haber conocido la ilicitud de su conducta se habría desistido de obrar, no existiendo relación de causalidad entre error y resultado, por lo que no se justifica castigarlo ni a título doloso, ni culposo, ni tampoco otorgando una atenuante. En suma, para este autor, el error de prohibición no admite grados, de manera que tanto el invencible como vencible, excluyen el dolo y la culpa, siendo la conducta impune. (2004: t. I, pp. 339-340).

Distinta solución formula en España Jiménez Díaz al sostener que en el exceso en la defensa por error vencible queda subsistente la reprochabilidad a título culposo, pues en ese caso el agente pudo haber superado tal error si hubiese empleado la debida diligencia y cuidado. En este caso propone aplicar la pena del delito culposo, rebajada además por la atenuante de eximente incompleta de legítima defensa. Agrega que ello implicaría fijar una diferencia penológica con la defensa putativa por error vencible, en la cual sólo se aplica la pena del delito culposo, sin aplicar la atenuante de eximente incompleta. Esta diferencia se funda en que en el exceso por error hay una agresión real, y por ende, necesidad abstracta de defensa, mientras que en la defensa putativa la agresión ilegítima no existe (2007: pp. 128, 136).

Respecto del exceso defensivo producido por caso fortuito, conforme a lo ya expuesto, y siguiendo a Rodríguez Mourullo (1963), consideramos que la eximente de caso fortuito prevista en el art. 10 N° 8 del CP constituye una causa de exculpación fundada en la ignorancia invencible del sujeto acerca del curso causal, la cual le impide comportarse de modo diverso. La eximente requiere la concurrencia de una conducta desplegada por el agente como *conditio sine qua non*, más un hecho imprevisible e incalculable, de cuya suma surge el resultado punible, o bien la convergencia de dos conductas humanas que producen dicho resultado. Lo importante es que la conducta humana aparezca siempre como *conditio sine qua non* del resultado imprevisible.

Finalmente, es importante destacar que todas estas circunstancias no se toman en cuenta al momento de realizar el juicio sobre la racionalidad de la defensa, pues conforme señalamos, dado que está en juego la determinación de la antijuridicidad de la conducta, tal juicio es objetivo *ex ante*. Por lo tanto, en ese momento no deben tomarse en cuenta la perturbación, el miedo insuperable o el error invencible, dado que la licitud de la conducta no puede quedar entregada a las apreciaciones subjetivas o vivencias del agente. Las causas de exculpación como el miedo insuperable solo se tomarán en cuenta al momento de valorar el exceso, una vez afirmada su existencia (Jiménez Díaz, 2007: p. 175). Lo anterior significa que, aun cuando el sujeto obre inculpablemente, si desde el punto de vista estrictamente objetivo concurren todos los requisitos de la legítima defensa, la conducta es conforme a Derecho, y por ende, justificada, siendo inoficioso entrar a determinar la culpabilidad. Ello se funda en dos razones: una lógico formal y otra material. Según la primera, el juicio sobre la antijuridicidad de la conducta antecede al de reproche o culpabilidad, primeramente, se debe analizar la conformidad de la conducta desplegada por el sujeto con el ordenamiento jurídico y solo una vez afirmada la contradicción de aquella con este se debe proceder a determinar la culpabilidad. El segundo fundamento indica que hay una diferencia sustancial entre la declaración de irresponsabilidad penal por estar justificada la conducta y la exculpación por miedo insuperable. La legítima defensa excluye la responsabilidad penal y civil, en tanto que la exculpación por miedo

insuperable excluye la responsabilidad criminal, pero deja subsistente la civil (Jiménez Díaz, 2007: pp. 175-177).

Capítulo III

La falta de provocación suficiente.

En el presente capítulo se analizará el requisito de la legítima defensa de falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. La importancia de su estudio, para efectos de nuestra tesis, radica en que la exigencia de este requisito, a primera vista, impide reconocer en favor del agresor ilegítimo el derecho a ejercer una legítima defensa sucesiva con efecto plenamente eximente de responsabilidad penal en contra del exceso en la defensa. Ello es así por cuanto se entiende que el agresor provoca con su ataque la reacción defensiva y el eventual exceso en la defensa en que pueda incurrir el defensor. Sin embargo, el análisis dogmático del mencionado requisito es necesario para determinar si existen hipótesis de defensa sucesiva en las cuales la agresión primera no impida reconocer aquella en forma plena, por estimarse que la primera agresión no constituyó una provocación suficiente del exceso intensivo o extensivo inmediato en la defensa. En el desarrollo del presente capítulo partiremos por analizar el concepto de provocación, requisitos, sus orígenes históricos, las distintas teorías que se han planteado respecto de cuando se entiende que es suficiente. Luego, se indicarán los distintos tipos de provocación en su aspecto subjetivo, a saber; la provocación meramente dolosa, la intencional o pretexto de defensa y la provocación culposa. También abordaremos las distintas soluciones que ha formulado la dogmática penal comparada respecto a la defensa del provocador.

1. Concepto y orígenes.

En nuestro derecho positivo el reconocimiento de la justificante de legítima defensa propia se encuentra condicionada a que la agresión ilegítima no haya sido suficientemente provocada por parte de quien se defiende, según reza la circunstancia tercera del art. 10 N° 4 del CP. El legislador no reconoce la defensa con pleno efecto

eximente a quien provoca suficientemente el ataque. Respecto de la defensa de próximos parientes y de extraños, nuestro legislador exige que el defensor no hubiere participado en la provocación, según disponen los números 5 y 6 del art. 10 del CP. Según Zaffaroni, se trataría de un elemento negativo del tipo permisivo (1985: p. 492). No obstante, se trata de un requisito que es inesencial o accidental, toda vez que en caso de no concurrir, la defensa no queda cubierta por la justificante, siendo antijurídica y punible, pero se reconoce en favor del agredido provocador la atenuante de eximente incompleta conforme al art. 11 N° 1 del CP, toda vez que su conducta tiene un menor grado de injusto.

Nuestro Código penal no define lo que se entiende por provocación, por lo cual es necesario remitirse a las definiciones que entrega la doctrina. Así, Jiménez de Asúa, siguiendo a la jurisprudencia española, definió provocar como "irritar o estimular a uno, con palabras o actos, para que se enoje" (1982: t. IV: p. 236). Otros la definen como "todo comportamiento que haya tenido alguna influencia en el desencadenamiento de la agresión ilegítima del provocado" (Iglesias, 1999a: p. 450). Para Zaffaroni, Aliaga y Slokar, la provocación es una conducta anterior a la agresión, jurídicamente desvalorada y que opera como motivo determinante de la agresión antijurídica (2007: pp. 488 y 489). Según Palermo, "solo el comportamiento provocador antijurídico y culpable constituye una provocación" (2007: p. 409). Para Roxin, la provocación es una conducta previa antijurídica, que menoscaba de modo antijurídico un bien jurídico del lesionado, que guarda una estrecha conexión temporal y adecuada proporción con la agresión que provoca. Según el profesor alemán, las provocaciones ético-socialmente reprobables aún se mueven dentro del Derecho y solo merecen una censura ético-social, debiendo ser jurídicamente toleradas o pagadas con la misma moneda (2006: t. I, p. 644). En similar sentido Jakobs, para quien la provocación debe ser antijurídica, no siendo tales los comportamientos raros, descorteses o inmorales. Agrega que la provocación solo afecta el derecho de repeler el ataque que tiene lugar en esa misma situación (1995: p. 488). Para Maurach la provocación debe consistir en una conducta jurídicamente reprobable (1994: t. I, p. 457). En cambio, para Stratenwerth la provocación es más amplia, ya que puede ser jurídica o socialmente reprobada (2016: p. 237). Para Juárez Tavares la provocación debe

ser antijurídica, pues la provocación antiética o antisocial no impide el reconocimiento de la legítima defensa (2018: p. 342).

Entre nuestros penalistas nacionales, Etcheberry define provocación como "ejecutar una acción de tal naturaleza que produzca en otra persona el ánimo de agredir al que la realiza" (2004: t. I, p. 257). A su turno, Cousiño, desde una óptica finalista, luego de definir la provocación como "irritar o estimular a uno con palabras u obras para que se enoje", señala que conlleva una carga subjetiva, pues la finalidad del provocador es que la persona a la cual se dirige se enoje, no siendo provocaciones aquellas ejecutadas sin culpa (1979: t. II, p. 287). Para Náquira la provocación es "toda acción u omisión voluntaria que, desde la perspectiva de un hombre medio y conforme a los patrones ético-sociales imperantes, aparezca como objetivamente idónea para molestar, irritar o enfadar a una persona y, eventualmente, motivarla a protagonizar una agresión" (1998: p. 236). Según Novoa, la provocación importa una acción positiva que tiende a la lesión de un derecho, puede estar constituida por cualquier palabra, inflexión de voz, gesto o hecho que irrite a otro. Señala como ejemplos: Mirar fijamente a la dama que nos acompaña, la burla intrascendente, el hurto, un adulterio (2009: t. I, p. 348).

Del cúmulo de definiciones antes citadas se desprende que los elementos que conforman la provocación son: a) Una acción u omisión voluntaria, esto es, imputable a título de dolo o culpa; b). Antijurídica, es decir desvalorada por el Derecho; c) Desplegada por el futuro defensor; d) Que sea capaz de hacer que el provocado agreda ilegítimamente al provocador; e) Implícito en lo anterior se encuentra la circunstancia que el acto provocador sea conocido por el provocado; f). Debe ser inmediatamente anterior a la agresión, es decir, ligadas con estrecha relación temporal, sin solución de continuidad.

Se observa especial debate en la doctrina respecto del segundo de los requisitos antes anotados, esto es, sobre si la provocación debe constituir una conducta antijurídica o no, discusión que cabe analizar sucintamente para efectos de nuestro estudio. Al respecto, las posiciones de la doctrina pueden sistematizarse en tres.

La primera sostiene que basta una conducta ético-socialmente reprobable que provoque la agresión para excluir la legítima defensa plena. Esta posición fue adoptada por la jurisprudencia alemana, que estimó como provocación el hecho de que un pasajero abriera reiteradamente la ventana de un tren, a fin de hacer que se fuera de su lado un alcoholizado polizón con quien compartía una cabina de primera clase, conducta que finalmente hizo que este último atacara al primero (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 99). En España, parece ser seguida por Díez Ripollés, para quien la provocación puede ser una conducta socialmente inadecuada o contraria a la moral cívica, aunque precisa que para ser considerada suficiente debe consistir en una conducta ilícita (2020: p. 313-314). Esta tesis es rechazada, sosteniéndose que quien obra de modo contrario a lo ético-social aún se mueve dentro del Derecho (Roxin, 2006: t. I, p. 644). También se sostiene que dentro de una sociedad pluralista difícilmente puede existir un acuerdo sobre los criterios ético-sociales, por ello es al derecho positivo a quien le corresponde fijar la directriz temporal (Loss, 2009: p. 259). Por nuestra parte, en base a lo anotado, podemos decir que esta tesis adolece de inseguridad jurídica, al resultar indeterminados los criterios de ética social al cual atenerse para valorar la conducta hipotéticamente provocadora.

La segunda, dominante en la doctrina, y a la cual adherimos, postula que la provocación debe constituir una conducta antijurídica, tesis que se funda en las críticas a la tesis anterior ya anotadas (Jakobs, 1995: p. 487/ Roxin, 2006: t. I, p. 644/ Maurach, 1992: t. I, p. 457/ Iglesias, 1999a: p. 477/ Zaffaroni, Aliaga y Slokar, 2007: pp. 488 y 489/ Zilio, 2012: p. 291/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 228/ Mir Puig, 2016: p. 456).

Una tercera postura ecléctica, plantea que la provocación puede consistir en una conducta antijurídica, o bien, ético-socialmente reprobada (Stratenwerth, 2016: p. 237). La jurisprudencia alemana exige que la conducta ético-socialmente reprochada se equipare en desvalor a una acción antijurídica, por ejemplo cuando iguala a una injuria grave (Loss, 2009: p. 259).

A la luz de los amplios conceptos de provocación que entregan los penalistas nacionales ya citados, puede sostenerse que nuestra doctrina se inclina por la primera de

estas posiciones, eso sí, limitado por el requisito legal de suficiencia que luego pasaremos a analizar.

En cambio, existe unidad de criterio en relación a que no constituye provocación la conducta lícita o la que aparece como justificada (Roxin, 2006: t. I, p. 640/ Luzón, 2016: p. 421). La acción jurídicamente mandada o permitida no produce una restricción del derecho de legítima defensa, aunque el autor supiera o tuviese que saber que con ello podía inducir a otro a una agresión antijurídica (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 99). En este caso, el ejercicio de ese derecho no constituye la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (Frister, 2011: p. 335). Por lo tanto, quien ejerce válidamente un derecho u obra al amparo de una causa de justificación puede oponer legítima defensa plena en contra de quien le agreda por sentirse provocado por tales acciones lícitas. Así, para Jakobs, quien entra en la casa donde vive, que ha sido ocupada por un camorrista, conserva todo el derecho a la legítima defensa, aun cuando esté deseando que se produzca la agresión (1995: p. 488). Igualmente, el policía que cumple con su deber (vrg. detención del delincuente flagrante, cursar una infracción) conserva el derecho pleno a la legítima defensa, aun cuando con su intervención provoque la ira del afectado. Nótese que en todos estos casos de provocaciones lícitas el aspecto subjetivo del agente es irrelevante, éste podría incluso desear que el afectado se ofusque y lo agreda, pese a ello su derecho a ejercer legítima defensa permanece intacto.

En cuanto a los orígenes de este requisito, al igual que el resto de las disposiciones relativas a la legítima defensa propia y de extraños, fue tomado por nuestro legislador, en idénticos términos, del art. 8 del Código español de 1848, según consta en el acta de la sexta sesión de la Comisión Redactora (Rivacoba, 1974: pp. 253-254). La falta de provocación suficiente se encuentra igualmente presente en otros Códigos hispanoamericanos que tomaron como fuente el modelo español[42]. En la madre patria, el

[42] Código penal argentino art. 34 N° 6 letra c); CP peruano art. 20 N° 3 letra c); CP uruguayo art. 26 c); CP ecuatoriano art. 33 N° 3; CP venezolano art. 65 N° 3.3; CP panameño art. 32 N° 3; CP salvadoreño art. 27 N° 2 c); CP nicaragüense art. 28 N° 4 c); CP guatemalteco art. 24 N° 1 c); CP hondureño art. 24 N° 1 c); CP Federal mexicano art. 15 IV; CP cubano art. 21.2; CP puertorriqueño art. 25. Por el contrario, no contemplan el requisito de falta de provocación suficiente los Códigos penales de Bolivia art. 11 N° 1;

requisito se mantuvo sin variaciones en todos los Código penales que sucedieron al de 1848, a saber, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y el actual de 1995.

En base a lo anterior, si bien se ha sostenido que este requisito es típico de las leyes españolas y Códigos que le han seguido (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 232), lo cierto es que tal afirmación no es del todo exacta, pues el derecho anglosajón o *common law* también existen ordenamientos que exigen la concurrencia de este requisito para reconocer la legítima defensa plena. En efecto, en Estados Unidos los Códigos penales de varios Estados contemplan expresamente el requisito de falta de provocación para recocer la *self defense*. Por ejemplo, los de Wisconsin (secc. 939.48.2), Alabama (secc. 13A-3-23 c.a) y Texas (secc. 9.31. N° 3, b, 4)[43]. Igualmente, el *Model Penal Code* de EEUU en la sección 3.04 (b) (i) niega la justificación cuando *"the actor, with the purpose of causing death or serius bodily injury, provoked the use of the force against himself in the same encounter"* [el actor, con el propósito de causar la muerte o lesiones corporales graves, provocó el uso de la fuerza contra sí mismo en el mismo encuentro].

Paraguay art. 19; Costa Rica art. 28; Colombia art. 32 N° 6 y Brasil art. 25, con la salvedad que este último fue colonia portuguesa. Cabe señalar que otro país de habla hispana –ex colonia de española- que también exige la falta de provocación suficiente como requisito de la legítima defensa es la República de Guinea Ecuatorial, toda vez que en dicho país africano aún sigue vigente el Código penal español de 1944 con las modificaciones introducidas hasta 1968, año en que obtuvo su independencia de España (art. 8 N° 4 circunstancia tercera).

43 *Criminal Code Wisconsin*, secc. 939.48. (2) *Provocation affects the privilege of self-defense as follows: (a) A person who engages in unlawful conduct of a type likely to provoke others to attack him or her and thereby does provoke an attack is not entitled to claim the privilege of self-defense against such attack,* ...[La provocación afecta el privilegio de la defensa propia de la siguiente manera: (a) La persona que adopte una conducta ilícita de un tipo que pueda provocar que otros le ataquen y, por lo tanto, provoque un ataque no tiene derecho a reclamar el privilegio de la defensa propia contra ese ataque,...]; *Criminal Code Alabama*, sección 13A-3-23 (c) *Notwithstanding the provisions of subsection (a), a person is not justified in using physical force if: (1) With intent to cause physical injury or death to another person, he or she provoked the use of unlawful physical force by such other person.* [No obstante lo previsto en la subsección (a), una persona no está justificada en usar la fuerza física si: (1) Con la intención de causar daño físico o la muerte a otra persona, él o ella provoca el uso de fuerza física ilícita por parte de la otra persona]; *Penal Code Texas*, secc. 9.31. N° 3 (b) *The use of force against another is not justified: (4) If the actor provoked the other 's use or attempted use of unlawful force,…* [El uso de fuerza contra otro no está justificado (4) Si el actor provocó a otro a usar o intentar de usar ilícitamente de la fuerza…].

El requisito de falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende aparece por primera vez en el Código Penal español de 1848. El Código hispano anterior de 1822 no lo contemplaba, como tampoco otros Códigos penales europeos decimononos como el francés de 1810 o el bávaro de 1813. Sin embargo, históricamente su origen se encuentra en la obra de los postglosadores y prácticos italianos, quienes tras recepcionar del Derecho canónico la cláusula *moderamen inculpae tutelae* inician una línea de interpretación restrictiva de la legítima defensa, la que se acentúa progresivamente hasta el siglo de las luces. Destacan aquí los aportes de Ángelo Aretino, Alberto Gandino y Julio Claro. De esta manera, la formula canónica se concreta en un esquema tripartito: *moderamen circa tempus* (la defensa debe ser contemporánea a la agresión), *moderamen circa modum* (proporcionalidad en los medios) y *moderamen circa causa* (la defensa no debe obedecer a un acto de venganza). El exceso en cualquiera de estos requisitos debía sancionarse con pena atenuada[44] (Iglesias, 1999b: p. 62).

Para los postglosadores italianos incumplía el requisito de *moderamen circa causa* el *auctor rixae o auctor pugnae* (el autor de la riña o pelea), existiendo entonces un exceso en la causa. No se excusa de pena a quien ha condicionado la agresión intencionadamente (*ut offenderatur*), dado que queda deslegitimado en la causa, conforme al principio *versari in re illicita* (Iglesias, 1999b: p. 97). Según este principio, originado en el Derecho canónico medieval[45], quien realiza un acto ilícito debe responder de todas las consecuencias derivadas de este, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles por él. La máxima completa reza: *"versari in re ilicitta imputatur omnia quae secuntur ex delito"* o bien *"qui versatur in re illicita repondit etiam pro casu",* se trata entonces de

[44] Así lo señalaba Julio Claro en su obra "*Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*", Libro V "*Homicidium"* N° 34, de 1656 (Iglesias, 1999b: p. 62). En el mismo sentido se pronuncia casi un siglo más tarde el comentarista germano Von Böhmer en su obra "*Elementa Jurisprudentiae Criminalis*", *De Homicidio*, &CCVI, de 1749 (Iglesias, 1999a: p. 447).

[45] Según Löffler, fue establecido entre los años 1191 y 1198 por la *Suma Decretalium de Bernardus Papiensis.* Sin embargo, Jiménez de Asúa, siguiendo a Pereda, indica que su génesis es mucho más antigua y se remonta a imprecisas fórmulas que aparecen en los concilios de Ancira (año 314), Nantes (659), Worms (868), Tibur (895), agregando que el *versari* también se encuentra en las Decretales de Gregorio IX (1234). En un principio este apotegma se aplicaba sólo los casos de "*homicidium casuale*", pero durante los siglos XII y XIII se hizo extensivo a los demás delitos (1982: t. VI, pp. 274-276).

un criterio de responsabilidad objetiva (Cerezo Mir, 1962: p. 47). En consecuencia, quien provocaba la agresión debía responder penalmente de todas las consecuencias derivadas de ella, fueran queridas o no, no pudiendo ampararse en la defensa legítima. Más tarde el jurista y eclesiástico español Diego de Covarrubias (1512-1577), siguiendo a Tomás de Aquino[46], trató de buscar una vinculación subjetiva entre la actividad ilícita y el resultado, acuñando el concepto de voluntad indirecta, apropósito de su estudio sobre el homicidio. Así, distinguía entre *homicidium voluntarium* y *homicidium casuale,* el primero podía cometerse con voluntad directa o indirecta de matar, siendo esta última una voluntad imperfecta o impropia que sólo daba lugar a una *poena* extraodinaria Este planteamiento de Covarrubias es tomado por Carpzovio, quien lo desarrolla, para luego formular por primera vez la idea del *dolus indirectus* (Schaffstein, 1957: pp. 168, 170, 174). Para Capzovio quien efectúa algo ilícito es responsable de lo que sigue más allá de la intención y de la voluntad, si el resultado podía ser previsto fácilmente, aunque con la restricción de que no sobrevenga *per accidens*, sino *per se*. En similar sentido se pronunció Von Böhemer, al señalar que quien quiere el antecedente quiere también lo consiguiente, no sólo lo absolutamente necesario, sino también lo que comúnmente y con facilidad puede y suele derivarse de ello. De esta manera, se atribuye al sujeto a título de dolo, tanto lo querido de manera directa como indirectamente (Torio, 1976: p. 29). Según Jiménez de Asúa, el dolo indirecto daría posteriormente nacimiento al moderno delito preterintencional o *praeter intentionem* (1982: t. VI, p. 280).

[46] Suma Teológica, parte I-II, Cuestión 20, artículo 5, al tratar sobre los acontecimientos subsiguientes de un acto voluntario, Santo Tomás de Aquino señala: "Un acontecimiento subsiguiente no hace malo al acto que era bueno, ni bueno al que era malo. Por ejemplo, si uno da limosna a un pobre y éste la emplea para pecar, nada se le imputa a quien dio la limosna y, de un modo semejante, si alguien soporta pacientemente una injuria que se le ha hecho, no por eso queda disculpado quien la hizo. Luego, el acontecimiento subsiguiente no aumenta la bondad o malicia del acto." A continuación, el Santo italiano hace una distinción respecto si el acontecimiento subsiguiente es premeditado o no, señalando: "Si es premeditado, es claro que añade bondad o malicia, pues cuando uno piensa que de su obra pueden seguirse muchos males, y no por eso desiste, su voluntad se muestra mucho más desordenada. Pero si el acontecimiento subsiguiente no es premeditado, entonces hay que distinguir. Porque si se sigue de por sí o en la mayoría de los casos, ese acontecimiento aumenta la bondad o malicia del acto, pues es claro que es mejor por su género el acto del que pueden seguirse muchos bienes y peor aquél del que derivan naturalmente muchos males. Pero si el acontecimiento subsiguiente es accidental y excepcional, no aumenta la bondad o malicia del acto, pues no se juzga una cosa por lo que es por accidente, sino por lo que es de por sí" (1989: t. II, p. 209).

Por otro lado, respecto del castigo al provocador no existió acuerdo entre los posglosadores. Von Böhemer era partidario de sancionar con una *poena extraordinaria*, es decir atenuada. En cambio, el jurista germano Carpzovio señala en su obra *Practica Nova,* (1652) que no existe atenuación alguna para los casos de exceso, debiendo aplicarse la *poena ordinaria* (Iglesias, 1999b: p. 97). Así, Böhemer planteaba como caso típico de provocación al adúltero que sorprendido *in fraganti* por el marido engañado que amenaza con matarlo, no tiene más remedio que matarle para salvar su propia vida.

Más tarde, ya durante el siglo XIX, la exigencia de ausencia de provocación aparece mencionada en la obra de Giovanni Carmignani, quien, tratando la legítima defensa dentro de la fuerza moral, exige como requisito de la misma que el temor (del cual nace la reacción defensiva) fuese producido injustamente y que el agente no le haya dado motivo, inmiscuyéndose en el hecho ilícito (1863: p. 76). Después, Joaquín Francisco Pacheco, comentando el Código hispano de 1848 explicó el contenido de este requisito, señalando al respecto: "si yo he provocado con mis actos o con mis palabras la agresión de otro, por más que la agresión sea ilegítima, siempre esa agresión ha sido motivada por mí, y nunca puede ser legítima la acción para contrarrestarla o defenderse de ella." Luego agrega: "Yo soy la primera causa de todo; yo no soy inculpable: mi defensa tiene un origen bastardo y manchado." Avanzado unas líneas, señala que el derecho de defensa no puede reconocerse íntegramente en ese caso pues "Falta la inocencia primera, condición esencial al derecho que examinamos…" (1881: t. I, p. 154). A su turno, sobre este punto los redactores Vizmanos y Álvarez, simplemente se limitan a decir que no es justo que al hombre provocador se le considere como al que no lo es. (1853: t. I, p.74). Posteriormente, se ocupa del tema Carrara, quien considera como requisito de la defensa legítima que no exista injusticia en la causa, lo cual no concurre cuando el agredido ha cometido una acción injusta que motiva la agresión. Cita como ejemplos al adúltero y al ladrón que sorprendidos en flagrancia matan al marido y al dueño que lo amenaza de muerte, el sujeto que excita una riña y todos aquellos conflictos en que el peligro que se corre es consecuencia de un acto que se puede reprochar a quien luego se defiende. Señala que en

estos casos hay exceso en la causa (2000: t. I, pp. 163-164). Cabe señalar que el maestro toscano era partidario del *versari in re illicita,* pese a que en su misma época esta anticuada regla ya era rechazada por juristas germanos como Köstiln, Geyer, Klein y Berner (Jiménez de Asúa, 1982: t. VI, pp. 281-283).

De lo visto hasta aquí, se observa que el requisito de falta de provocación suficiente es un resabio del principio medieval canónico del *"versari in re illicita",* en virtud del cual se hace objetivamente responsable al autor de un acto ilícito de todas las consecuencias derivadas de este, sean queridas o no, previstas o imprevisibles. Por lo tanto, la naturaleza de este requisito obedece a un momento anterior al nacimiento del clasicismo penal surgido en Alemania, el cual distinguió y desarrollo las categorías dogmáticas de la Teoría del delito. Lo paradójico es que el requisito ha subsistido en las legislaciones hasta hoy en día, pese a que, por su fundamento, es contrario al principio de culpabilidad, piedra angular del moderno Derecho penal[47]. Es por ello que hoy en día, según veremos, algunos penalistas proponer una interpretación restrictiva del requisito de falta de provocación suficiente, a fin de limitar los efectos del *versari*, compatibilizándolo con el principio de culpabilidad.

Durante el siglo XX, parte de la dogmática alemana formuló, como fundamento para excluir la justificación en casos de provocación dolosa o culposa de una situación de necesidad o defensa, la tesis denominada *actio illicita in causa.* Esta tesis se erige como una excepción general a la operatividad de las causas de justificación. De manera similar a la *actio liberae in causa*, esta teoría plantea que, si el propio sujeto anteriormente ha

[47] Otra manifestación del *versari in re ilícita* que subsiste hasta hoy en día en nuestra legislación son los delitos calificados por el resultado, en que sólo basta un vínculo de causalidad entre la conducta ilícita y el resultado más grave para sancionar al sujeto como autor del este tipo calificado. Ejemplos: art. 141 inciso cuarto CP, que sanciona el secuestro con resultado de grave daño a la persona o intereses del secuestrado; art. 348 CP, que tipifica el abandono de niños con resultado de lesiones graves o muerte; art. 317 CP, eleva la pena cuando a consecuencia de fabricar o vender medicinas adulteradas o deterioradas, expender otras sustancias peligrosas para la salud, envenenar o infectar aguas o bebidas, diseminar gérmenes patógenos con propósito de producir enfermedad, se produce la muerte o enfermedad grave de una persona; art. 443 inciso tercero CP, sanciona con mayor pena el robo de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público si con ocasión de éste se produce interrupción o interferencia de suministros domiciliarios.

provocado dolosa o imprudentemente la situación de colisión de bienes jurídicos, su subsiguiente acción típica de salvaguarda de sus bienes no queda amparada por la causa de justificación, debiendo responder penalmente por ella. De esta manera, se sustituye la falta de antijuridicidad de la última acción por la antijuridicidad de la conducta anterior provocadora de aquella, imputándose esa actividad posterior en sí misma no prohibida y su resultado a la primera acción. El momento en que se comete la acción antijurídica y culpable es aquél en que se crea la causa de justificación dolosamente y con voluntad delictiva. La conducta anterior del sujeto es causa para todo el curso posterior del hecho. El fundamento de la exclusión de la justificación se debe a que la provocación intencionada de la situación de necesidad, por parte de quien posteriormente resulta necesitado, aumenta la exigibilidad general y modifica la ponderación de intereses en juego en perjuicio del necesitado. Este principio no opera cuando provocador y agente salvador o defensor son personas distintas. Seguidores de esta teoría y que la aplican para fundar la exclusión de la justificación en los casos de provocación dolosa en la legítima defensa son los alemanes Kohlraush, Lange, Lenckner, Baumann, Schmidhäuser y Bertel (Luzón, 1994: pp. 62, 64-67). Actualmente, esta tesis es seguida por Frister quien admite la causación mediata del resultado a título de *actio illicita in causa* siempre que la conducta provocadora cumpla todos los presupuestos objetivos y subjetivos de la imputación (2011: p. 334). Igualmente, adhieren a ella Eser y Burkhardt, quienes la consideran apropiada, indicando que el provocador fue libre (*in causa)* de producir o impedir un comportamiento delictivo que origina una legítima defensa, la justificación se excluye al retrotraerse a la causa no permitida (1995: pp. 239-240). En contra de esta tesis se manifiesta Roxin, quien la considera contradictoria, ya que para la *actio illicita in causa* el acto defensivo se consideraría a la vez conforme a Derecho, esto es, justificado por legítima defensa y también como antijurídico, en cuanto consumación de un delito doloso, siendo entonces este constructo un rodeo generador de confusión (2006: t. I, p. 641). A esta crítica Luzón agrega otra más importante: que el provocador –incluso intencionado- carece de dominio del hecho sobre el curso de los acontecimientos y con ello la cualidad de autor del delito de lesión, pues queda entregado a la libre decisión del provocado

dejarse o no incitar por la provocación, pasando a ser agresor y exponerse al peligro de lesión por la acción defensiva (1994: p. 69). Por su parte, Iglesias agrega que otra paradoja de esta teoría consiste en que para castigar al provocador, la conducta provocadora tendrá que ser necesariamente penalmente antijurídica, pues de lo contario, la *actio praecedens* no reuniría las características del tipo objetivo por el que se es castigado, creándose una tipicidad ficticia (1999a: pp. 470-471). A ello podemos agregar que de exigirse que la provocación sea típica, siéndolo también la agresión del provocado, ninguno podría alegar legítima defensa, ya que ambos obran de modo antijurídico.

Para Luzón la teoría de la *actio illicita in causa* no es aplicable a las causas de justificación que excluyen el desvalor de acción y de resultado, entre las cuales se incluyen la legítima defensa, el ejercicio de un derecho o deber y el consentimiento del afectado. Esto se debe a que en ellas el resultado lesivo no es desvalorado por el Derecho, pues el bien jurídico afectado no sería digno de protección en ese caso concreto debido a la propia conducta del titular de aquellos, que no es inocente por la creación del peligro. Por otro lado, en estos casos, al provocador le falta dominio del hecho respecto de la acción provocada, la cual depende totalmente de la decisión del provocado. Sin embargo, agrega que en este caso el provocador no queda impune, pues al esperar una agresión de parte del provocado, lo que falta entonces es necesidad del medio defensivo empleado. Distinta es la situación de las causas de justificación que sólo excluyen el desvalor de acción, pero no de resultado como el estado de necesidad, pues en ella sí sería aplicable la tesis de la *actio illicita in causa*. Esto se debe a que en ellas el provocador conserva el dominio el hecho, crea de manera directa e inmediata el peligro, puede dejarse llevar por los impulsos de la ira y agredir, o bien, abstenerse de ello. Por otro lado, el afectado por la situación de salvaguarda y que sufre la pérdida de sus bienes jurídicos es totalmente inocente por la creación del peligro, por lo cual no pierde la protección del derecho, teniendo derecho a la reparación civil[48]. No obstante, el profesor español agrega una limitante, al señalar que

[48] Esta observación se funda en el art. 20. 2°del Código penal español de 1994, norma que hoy figura casi idéntica en el art. 119 3ª del CP de 1995, el cual dispone: *"3.ª En el caso del número 5.º serán responsables*

la *actio illicita in causa* solo es admisible respecto de los delitos puros de causación de resultado, pues en ellos la forma de la acción carece de tipificación especial. Por contrario, en los delitos con modalidades de ejecución legalmente descritas, no es admisible la *actio illicta in causa*, si la conducta en su conjunto (provocación dolosa o imprudente más el resultado) no se ajusta a la descripción típica, pues lo impide el principio de legalidad (1994: pp. 70-86).

Otras crítica que se formula a la tesis de la *actio illicita in causa*, señala que no puede asimilarse a la *actio liberae in causa*, dado que ambas operan dentro categorías jurídicas distintas, la primera dentro de la antijuridicidad y la segunda en la culpabilidad (Jubert, 1992: p. 77). La teoría de la *actio liberae in causa* surge para equiparar la conducta no libre al momento de ser ejecutada, pero libre *in causa*, a la acción libre *in actu*, a fin de poder castigar aquella. En cambio, en la *actio illicita in causa*, el sujeto crea una situación de justificación para luego obrar bajo su amparo, la ilicitud de su conducta está

civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales." En Chile, no existe una norma que consagre expresamente el derecho a la indemnización civil a favor que quien sufre la perdida de sus bienes o derechos a consecuencia de la acción salvadora justificada por estado de necesidad. La mayoría de nuestra doctrina penal tradicional se muestra contraria al deber reparación civil respecto del estado de necesidad justificante, pues lo impide la unidad del ordenamiento jurídico, al ser lícita la conducta lo es para todo el ordenamiento. La salvedad está dada en caso que el necesitado se hubiere hecho más rico a consecuencia de la acción salvadora (Cury, 1994: t. I, p. 374/ Garrido, 2003: t. II, p. 192/ Etcheberry, 2004: t. I, p. 264). A favor se manifestó Novoa, por razones de equidad y justa distribución de daños provocados por peligros de orden natural (2009: t. I, pp. 363 y 364). En el mismo sentido se pronuncia García Soto, para quien en este caso el resarcimiento es ajeno al problema de la justificación y no significa romper la unidad del ordenamiento, proponiendo de *lege ferenda* incorporar al CP una norma que regule este tema (1999: p. 220). Todas estas posiciones –por su data- razonan en base al estado de necesidad justificante del art. 10 N° 7 del CP, pero no se pronuncian respecto del estado de necesidad exculpante del art. 10 N° 11 del CP incorporado por la Ley 20.480 el año 2010. Respecto de esta última norma, nos pronunciamos a favor de la reparación civil del afectado por la acción de salvaguarda, toda vez que el estado de necesidad exculpante excluye la culpa, pero no la antijuridicidad de la conducta. En este caso, la acción típica salvadora no es penada ante la imposibilidad del legislador de optar por uno u otro bien jurídico en conflicto. Al ser ambos de igual valor, simplemente se limita a respetar a quien resultó vencedor en la situación de colisión, excluyendo su reproche por no ser normales las circunstancias concomitantes que motivaron la conducta.

en la acción previa, es decir *in causa*. Si bien ambas figuras comparten una estructura similar (primer momento en que el sujeto provoca la ausencia de un elemento esencial del delito y un segundo momento en que obra típicamente estando ausente ese elemento), desde el punto de vista sustantivo no son equiparables. La *actio liberae in causa* el reproche se retrotrae al instante en que el sujeto se auto provoca un estado de inimputabilidad, pues en ese instante debió asumir las consecuencias de todos los posibles actos que podía realizar en bajo ese estado. Este razonamiento no es replicable en la *actio illicita in causa*, pues la licitud o ilicitud de la conducta no depende de la voluntad del agente, sino que es el ordenamiento jurídico quien en forma objetiva atribuye tal carácter. Otra diferencia entre ambas figuras radica en que no es posible concebir la existencia de una *actio illicita in causa* culposa, dado que ésta exigiría la concurrencia de la culpa tanto en la causa como en el resultado, es decir, doble imprudencia, situación que no podría ocurrir ya que el resultado lesivo siempre será doloso. El sujeto puede haber causado culposamente la situación de necesidad, pero al momento de salvaguardar sus bienes jurídicos realizará la acción típica dolosamente (Alonso, 1989: p. 78).

Como puede apreciarse, la teoría de la *actio illicita in causa* vino a morigerar los efectos extremos a los que conducía la medieval teoría del *versari.* En efecto, mientras que para los versaristas el provocador incluso debe responder por las consecuencias fortuitas de su actuar previo, la a*ctio illicita* exige que en el sujeto provocador concurra dolo o culpa respecto del resultado típico. Esto la hace compatible con el principio de culpabilidad. Sin embargo, en la legítima defensa fracasa, dado que el provocador no genera de manera directa la situación de conflicto, sino que este se origina por la conducta agresora del provocado, quien es libre para responder o no a la provocación. No hay una causación directa del peligro por parte del sujeto provocador, el curso causal de los acontecimientos se interrumpe por la voluntad libre del provocado, quien puede reaccionar o no frente al acto provocador.

Otros autores alemanes entregan distintos fundamentos por los cuales la provocación hace decaer la legítima defensa plena. Para Wessels quien provoca intencionalmente la agresión para poder lesionar al tercero bajo pretexto de defensa incurre en un abuso del derecho, razón por la cual no puede invocar la justificante (1980: p. 96). Esta teoría carece de mayor desarrollo, pero entendemos que su formulación por parte de la doctrina tudesca se funda en el tenor del art. 226 del Código civil alemán que define textualmente el ejercicio abusivo del derecho como el sólo tiene por objeto causar perjuicio a otro. En España esta tesis es seguida por Muñoz Conde y García (2010: p. 327).

A su turno, para Roxin el provocador carece de legitimación para llevar a efecto el fin supraindividual de la defensa, ya que no puede erigirse como defensor del ordenamiento jurídico aquel que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica (2006: t. I, p. 640). En el mismo sentido se pronuncia Stratenwerth (2016: p. 237). Entre los españoles esta tesis es seguida por Cerezo Mir (1997: t. II, p. 229). Es rechazada por Luzón Peña, ya que incluso en los casos más graves de provocación de propósito, la agresión sigue siendo ilegítima y no se ve por qué el Derecho no va a necesitar ser defendido por el provocador, ni por qué el provocador ante el agresor y ante terceros estaría ilegitimado para actuar en defensa propia (2016: p. 421). Por nuestra parte, consideramos que esta tesis no es más que un desarrollo de la tesis de Carrara de la ilegitimidad en la causa. Esta tesis parece tener sustento en nuestro derecho positivo si consideramos que el art. 10 N° 5 y 6 del CP, relativo a la defensa de próximos parientes y de extraños, permite al defensor intervenir en defensa del acometido, aunque este hubiere provocado suficientemente el ataque, siempre que el defensor no haya participado de alguna manera en los actos de provocación.

En cambio, para Jakobs el fundamento de la limitación radica en la teoría de la injerencia, conforme a la cual los derechos y bienes jurídicos de cada sujeto conforman esferas jurídicas autónomas y separadas, de modo que cuando la esfera de un sujeto injiere

indebidamente en la esfera de derechos de otro crea una situación de conflicto y para solucionarlo debe soportar parte de los costes. Los bienes jurídicos puestos en juego por parte del sujeto que crea el conflicto –el injerente- se devalúan al haberse introducido este mismo en dicha situación de peligro. En la defensa provocada culpablemente, el conflicto no puede ser solucionado solo a costas del agresor o del defensor-provocador, dado que ambos son co-responsables por el ataque, han configurado una relación en que ceden recíprocamente a lo agresivo. En otras palabras, han organizado sus respectivas esferas de tal modo que en lugar de evitar el conflicto entran en colisión, uno provoca el conflicto y el otro cede ante la provocación agrediendo. En consecuencia, debe operar una distribución de costes, que se traduce en una disminución de las facultades defensivas: el agredido debe esquivar el ataque en la medida de lo posible y en caso de no ser posible, mantenerse dentro de la proporción del estado de necesidad defensivo (1995: pp. 484-487).

En España, sigue esta tesis Iglesias Río (1999a: p. 446), igualmente los autores argentinos Righi (2002: p. 99) y Palermo (pp. 397- 398, 406-408). También se pronunció en favor de la tesis de la injerencia, pero con distinta consecuencia, Marxen señalando que quien conduce a otro a una situación de peligro tiene un deber de garante, por lo cual debe adoptar medidas de protección para impedir las lesiones. En el caso del provocador, dado que crea la situación de peligro para el provocado, surgen para él deberes de garante, debiendo enfrentar la agresión con medios cuidadosos (Iglesias. 1999a: pp. 462-463). Aquí la posición de garante emana del omiso aseguramiento por la creación de una fuente de peligro. Esto significa que quien activa una fuente de peligro debe impedir que ésta desarrolle una actividad lesiva sobre un bien jurídico, en otras palabras, impedir que dañe a terceros (Dopico, 2018: p. 11).

Sin embargo, esta teoría es criticada, ya que en la injerencia no sólo basta con crear la situación de riesgo, sino que también debe existir una relación de antijuridicidad entre la infracción de la norma por medio de la conducta precedente, el peligro y el resultado

de la omisión, relación que no existe a causa del actuar libre del provocado-agresor que se interpone en el medio (Loss, 2009: p. 262). Otra crítica señala que en caso que fuese absolutamente indispensable ejercer defensa en contra del provocado por no haber otras opciones menos lesivas, el deber de garante se traduciría simplemente en un deber de soportar el ataque. Una última critica indica que, en todo caso, la situación de peligro es creada por quien se deja arrastrar por la provocación (Iglesias, 1999a: p. 463). Esto resulta del todo acertado, por cuanto no existe una causación mecánica del peligro, en el sentido que una vez originada la fuente de riesgo esta seguirá en movimiento conforme a las reglas de causalidad natural si nadie la detiene. Muy por el contrario, tal como lo observa Luzón, al provocador le falta dominio sobre el curso de los acontecimientos y, con ello la cualidad de autor de la lesión, ya que queda a la libre decisión del provocado y, por tanto, en sus manos el dejarse incitar o no por la provocación, pasando a la agresión, exponiéndose con ello al peligro de la lesión producida por la defensa (1994: p. 69). De esta manera, el peligro es creado por la decisión dolosa del provocado de atacar o agredir, siendo él quien produce el quiebre de la paz e injiere ilícitamente en la esfera de derechos del agredido provocador.

2. La suficiencia.

El legislador no niega el derecho a defenderse a quien simplemente provoca la agresión desde el punto de vista meramente causal. Para negar la justificante plena se requiere que la provocación sea además suficiente. Un gesto, palabra o acción carente de intencionalidad o imprudencia podría desencadenar la agresión de un iracundo pendenciero o de un ebrio, pero no pueden ser estimados como provocación "suficiente" para efectos de negar el derecho a la legítima defensa plena. En estos casos, la intemperancia y el mal carácter son la verdadera causa de la agresión, por lo que no se menoscaba el derecho del agredido a defenderse (Núñez, 2000: t. I, p. 361). Por lo tanto,

la mera provocación en sentido causal de la agresión no basta para negar el derecho a defensa perfecta al provocador, sino que el legislador requiere que esta sea además suficiente.

Determinar cuándo concurre dicha suficiencia resulta sumamente problemático, pues sobre este punto no existe acuerdo en la doctrina. Debido a ello ha sido calificado como un requisito perturbador y generador de innumerables confusiones y controversias (Quintero, 2002: p. 515/ Nino, 2002: p. 129), incluso se ha recomendado su eliminación (Bacigalupo, 1998: p. 126). El motivo radica en que no se visualiza por qué razón debe reducirse el grado de justificación de la conducta defensiva si la agresión no pierde su carácter antijurídico por el hecho de existir provocación previa, igual existe necesidad abstracta de defensa. Lo normal es no reducir la justificación y que el provocador responda penalmente por la provocación si esta es típica, a su vez, que el agresor responda por su agresión, valorándose la provocación sufrida al momento de determinar la pena de este último, si es que corresponde (Quintero, 2002: p. 515).

Según veremos, son diversas las tesis sostenidas al respecto por la doctrina que buscan delimitar el umbral de lo que debe entenderse por suficiente. Al igual que lo dicho en su oportunidad respecto de la formula "necesidad racional del medio", se observa aquí que la fuente del problema interpretativo es la misma, esto es, el carácter de concepto normativo de textura abierta de la expresión "suficiente" que emplea el legislador. Esta es definida como "bastante para lo que se necesita" y como "apto o idóneo" (RAE, 2020). Como puede apreciarse, se trata de un término de los que Carrió identifica como vagos, por no tener definidos sus linderos, lo cual es propio de aquellos conceptos que identifican una propiedad que en los hechos se da en forma de un continuo (1979: p. 29). De esta manera, una vez más nos encontramos frente a lo que Atienza y Ruíz denominan un "concepto jurídico indeterminado", vago y de textura abierta, que requiere un trabajo de concreción, esto es, de ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables, para efectos de resolver el caso concreto (1991: p. 108).

Enfocado desde la óptica de interpretativa, el problema es determinar cuándo debe entenderse que la provocación es suficiente para hacer decaer el permiso para obrar en defensa mediante la repulsa del agresor. Históricamente la doctrina ha interpretado el requisito en términos demasiado amplios (entendiendo que hay provocación suficiente cuando se da motivo a la agresión), o bien, en términos demasiado estrictos (entendiendo que solo es provocación suficiente aquella que justifica la agresión) (Cobo del Rosal y Vives 1999: p. 513). Al respecto, existe un cúmulo de teorías que han oscilado entre ambos extremos, las que pasaremos a analizar.

a). Tesis de la agresión o restringida.

Para esta primera postura la provocación suficiente equivale a agresión ilegítima o antijurídica. Esto significa que para ejercer la legítima defensa se requiere que el defensor no haya sido el primer agresor. En otras palabras, quien se defiende no debe haber incurrido, a su vez, en una agresión ilegítima que desencadene el ataque de la víctima. Por lo tanto, el requisito no hace más que indicar implícitamente la máxima de que no procede la legítima defensa en contra de legítima defensa o que no existe la legítima defensa recíproca.

Esta tesis persigue, por una parte, restringir las limitaciones a la norma permisiva de la legítima defensa, de manera que el agredido no se vea expuesto a perder la justificación y padecer el ataque por cualquier conducta ilegítima en la que incurra previamente. Por otra parte, también busca alcanzar seguridad jurídica, pues de no exigirse una agresión antijurídica como provocación suficiente nadie estaría nunca seguro de que alguno de sus actos jurídicamente inocentes no pudiera originar la reacción violenta de otro frente a la cual no podría defenderse (Nino, 2002: pp. 136-137).

Esta tesis postula una interpretación correctora de tipo restrictiva, esto es, que busca limitar o circunscribir el significado *prima facie* de la disposición legal a algunos supuestos que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él (Guastini, 1999: p. 39). Se observa que la finalidad no es otra que satisfacer el sentimiento de seguridad jurídica, limitando el alcance del requisito, a fin de dejar fuera de su espectro de alcance

conductas que generan dudas en cuanto a su suficiencia provocadora, ampliando con ella el alcance de la justificación. El argumento que se utiliza para tal efecto, es el de disociación, el cual consiste en introducir subrepticiamente en el discurso del legislador una distinción en la que este no ha pensado, a fin de reducir el campo de aplicación de la norma a sólo algunos supuestos de hecho previstos por ella (Guastini, 1999: p. 43). En este caso, del universo de conductas que puedan provocar suficientemente una reacción agresiva, el alcance se restringe sólo a la agresión ilegítima.

El primer promotor de esta tesis fue Silvela al señalar que "la provocación será suficiente sino cuando explique de una manera cumplida el ataque mismo. Entendida de este modo las palabras, basta que el que se ve obligado a defenderse no haya empezado por ser injusto agresor, …" (1874: t. II, p. 192). Luego, esta tesis fue seguida por Castejón (1931: p. 119), Ferrer Sama (1946: t. I, p. 286) y, en un principio, por Jiménez de Asúa, quien finalmente la abandona ante las críticas de Soler y Antón Oneca (1982: t. IV, p. 236). En Chile, esta postura fue seguida por Pedro Ortiz Muñoz, quien sostuvo que la ley no se refiere a la provocación que inicia el desenvolvimiento causal, sino a la que es suficiente, esto es, idónea para producir una reacción violenta del provocado. Tal reacción únicamente se produce cuando se encuentra amenazado alguno de sus bienes jurídicos. Agrega que hay provocación suficiente cuando se pone en peligro un interés protegido por el orden jurídico, por lo cual provocación suficiente y agresión son una misma cosa. Concluye que el provocador es agresor. Finalmente, indica que el que actúa para repeler una provocación suficiente, se defiende; y el que contrataca al provocado continúa con su primera agresión (2018: t. I, pp. 551-552).

Sebastián Soler criticó esta postura acudiendo al modelo dogmático del legislador racional, señalando que ella interpreta el requisito como si este no existiera y los únicos requisitos de la defensa fueran la agresión ilegítima y la necesidad. Por lo tanto, la disposición es interpretada como si el legislador no hubiese querido decir nada. Si provocación suficiente es agresión ilegítima, no era necesario que la ley digiere dos veces la misma cosa (1992: t. I, p. 454). En similares términos se pronunció Antón Oneca, para

quien esta tesis puede valer *de lege ferenda*, incluso puede dar una orientación restrictiva del precepto, pero no puede admitirse en el terreno dogmático porque entonces el requisito tercero sería perfectamente inútil, ya que cuando hubiera provocación suficiente faltarían también respecto de la conducta del provocador los dos primeros requisitos (1986: p. 279). Para Zaffaroni tampoco es admisible que la provocación suficiente sea agresión, porque ello por definición ya excluiría la legítima defensa, puesto que no se admite legítima defensa contra legítima defensa (1985: p. 494). También rechaza esta tesis Gómez, para quien son distinguibles ambas situaciones. Señala que la provocación u ofensa, aun siendo un hecho injusto, no autoriza la defensa puesto que no crea un peligro inminente. En cambio, la agresión no es un estado emocional, sino una situación de hecho que significa la probabilidad inmediata de daño. Para el jurista colombiano la provocación suficiente reconoce, en el fondo, la situación de quien es ofendido en forma grave e injustificada y que cede ante la irracionalidad humana de la reacción emocional, que en sí es ilícita y de contenido vindicativo (1991: pp. 191-192). Según Iglesias Río, entender provocación suficiente como agresión ilegítima convierte en superfluo este requisito, el injustamente provocado sería más bien injustamente agredido y tendría derecho a defenderse. Por lo tanto, la provocación no puede llegar al punto de justificar la reacción del provocado, siendo ese su límite (1999a: p. 450). Siguiendo la misma línea, para Cobo del Rosal y Vives, la ley no se ha referido a provocaciones que justifiquen el acto agresivo, sino solo a aquellas que la excusen, entendido de ese modo el requisito no es superfluo, pues la agresión sigue siendo antijurídica (1999: p. 514).

En Chile, Novoa adhirió a la crítica que Soler hizo a esta tesis, agregando otros dos argumentos fundados en razones de texto: i) que la legítima defensa de parientes y extraños se admite por la ley, siempre que el defensor no haya participado en la provocación, lo que hace insostenible aseverar que provocación es igual a agresión, pues en ese caso la ley no permitiría que un extraño lo defendiera legítimamente; ii) que el art. 11 N° 3 del CP atenúa la pena de quien comete el delito habiendo precedido provocación proporcionada, lo cual da cuenta que no es agresión, pues si así fuese se hubiera eximido de responsabilidad y no simplemente atenuado la misma (2009: t. I, p. 348). Más

recientemente entre nuestros connacionales, Couso sigue esta tesis, señalando que quien agrede no es un simple provocador, sino que agresor ilegítimo con lo cual queda excluida a su respecto la legítima defensa tanto completa como incompleta (2011: p. 220).

Esta tesis que identifica provocación suficiente con agresión ilegítima fue sostenida –en parte- por Carlos Santiago Nino, para quien la provocación suficiente incluye a la agresión ilegítima, pero no se superpone completamente con esta. Según el jurista argentino el concepto provocación alude, más que agresión, a una conducta consciente que es imputable a quien tiene pleno dominio de sus actos. De esta manera, la provocación suficiente puede consistir en una conducta deliberada que no es agresión o en una agresión ilegítima consciente y voluntaria. El desaparecido jurista refutó la crítica de Soler, señalando que la circunstancia primera y tercera aluden a cuestiones diferentes. La circunstancia primera alude a la agresión ilegítima desplegada por el destinatario de la acción defensiva. En tanto que la circunstancia tercera, se refiere a la falta de agresión ilegítima por parte de quien despliega la defensa. Señala que la interpretación correcta del requisito de falta de provocación suficiente sería que: se excluye la legítima defensa cuando hubo de parte del defensor una agresión ilegítima previa. Respecto al carácter reiterativo de dicha interpretación, señaló que la sobreabundancia de disposiciones legales no es un vicio jurídico demasiado perturbador y en muchos casos es perfectamente aceptado como una forma de lograr mayor claridad expositiva (2002: pp. 134-139).

Es importante señalar que los seguidores de esta tesis abogan *de lege ferenda* por la eliminación del requisito de falta de provocación suficiente de la legislación, toda vez que desnaturaliza la institución de la legítima defensa y la trastrueca (Ortiz, 2018: p. 553/ Nino, 2002: p. 139)[49].

[49] En Argentina, los proyectos de Código penal de los años 1960 y 1979 proponían eliminar el requisito de falta de provocación (Nino, 2002: p. 139). El Código penal colombiano en su art. 32 N° 6 no contempla este requisito, el cual fue eliminado durante las discusiones que tuvieron lugar en la Comisión redactora del proyecto (Gómez, 1991: p. 184). Igualmente, el proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, al regular la legítima defensa, no contemplaba el requisito de falta de provocación suficiente.

b). Tesis de la agresión ilegítima acabada.

Para esta tesis la provocación suficiente es aquella conducta ilícita que ya ha lesionado bienes jurídicos de un tercero, es decir, una agresión ilegítima ya consumada o acabada. Mientras la agresión es inminente o actual cabe legítima defensa en su contra. Una vez concluida la agresión ya no cabe la legítima defensa, pues faltaría el requisito de actualidad, pero puede ser considerada provocación suficiente de la venganza del agredido. En este sentido, una injuria, una lesión corporal, un daño a bienes ajenos, un robo, mientras son inminentes o actuales constituyen agresiones ilegítimas, admitiendo repulsa a título de legítima defensa. Una vez conjuradas o concluidas, pueden ser consideradas como provocadoras de la respuesta vindicativa del que fue víctima de la injusta agresión. Debe tratarse de una agresión que lesione un bien jurídico penal. Por lo tanto, aquellas conductas que no han lesionado bienes jurídicos no constituyen provocación suficiente. Esta tesis fue esbozada por Cousiño, aunque sin desarrollar, ni visualizar mayormente sus alcances (1979: t. II, pp. 292 y 294).

Esta tesis tiene una triple ventaja. En primer lugar, permite superar la deficiencia de la tesis restringida, pues a diferencia de aquella, no vacía de contenido al requisito tercero del N° 4 del art 10 del CP. En segundo lugar, interpreta el referido requisito de un modo acorde con el principio de seguridad jurídica, dejando fuera del alcance de la norma las conductas pertenecientes al indefinido y mutable espectro de lo ético-socialmente reprobable. Al limitarla a la agresión ilegítima acabada, dota a la norma de límites definidos y reconocibles *ex ante*. En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, fija el mínimo de significancia que debe tener la conducta precedente para ser considerada provocación suficiente, medida que es la conducta antijurídica y típicamente penal, interpretación que es acorde con un Derecho penal liberal en que el límite de lo penalmente relevante está fijado por la afectación a bienes jurídicos.

Sin embargo, a fin de evitar darle una alcance desmedido a la justificante de legítima defensa, se hace necesario imponer dos limitaciones a la respuesta agresiva del provocado por la agresión ilegítima acabada: Como primera limitación, este ataque debe

producirse dentro de un breve periodo de tiempo desde que acaba la agresión provocadora, es decir, debe tener lugar de manera inmediata. Si transcurre un largo periodo de tiempo entre una y otra, ya no puede considerarse como provocación suficiente que excluya la defensa plena del provocador, pues el provocado ha tenido tiempo para apaciguar su ánimo vindicativo. La segunda limitación, radica en que debe exigirse cierta correlación de equivalencia entre la agresión acabada provocadora y la agresión del provocado. Así, la injuria liviana no puede considerarse provocación suficiente de un ataque homicida como respuesta del injuriado.

c). Tesis de la renuncia manifiesta a la protección jurídica.

Esta tesis es sostenida por el profesor español Diego Luzón Peña, quien luego de analizar las otras tesis relativas a cuándo deben entenderse que la provocación es suficiente, observa que ninguna de ellas es capaz de explicar por qué no cabría legítima defensa en contra de la agresión provocada, si pese a la provocación la agresión continúa siendo objetivamente antijurídica y la defensa conforme a Derecho. No existiría fundamento para convertir la defensa lícita en ilícita, pues subsiste la necesidad de defensa del orden jurídico y del bien jurídico amenazado.

Según el profesor de Alcalá, la provocación suficiente, sólo puede ser aquella que es capaz de convertir en ilícita la defensa que en principio es legítima, lo cual sólo será plausible cuando el Derecho no necesite ser defendido por una persona en concreto, por no estar legitimado para ello. Indica que esto sólo puede ocurrir cuando el provocador objetiva y abiertamente, es decir, a los ojos de todos ha renunciado a la protección jurídica de la legítima defensa y quiere resolver el conflicto como una situación interna. Ello sólo ocurre en los supuestos de provocación o aceptación libre de una riña mutuamente consentida o de un duelo. En tales casos es evidente que todos los contendientes han dejado en claro que quieren resolver sus cuestiones al margen del Derecho, renunciando a la protección y defensa jurídica, no estando legitimados para defender el orden

jurídico[50]. Mientras ninguno de los contendientes abandone la lucha, mostrando su voluntad de retornar a la legalidad, el contendiente, incluso aunque no agreda y se mantenga a la defensiva, no puede invocar legítima defensa completa, pues faltará el último requisito. Esto significa que en estos casos debe aceptarse la eximente incompleta. El contendiente solo recupera su derecho a la legítima defensa si el otro utiliza instrumentos más peligrosos que los acordados (por ejemplo, en la pelea a puños uno saca un cuchillo) o si abandona la lucha, pues en ese caso ya no hay mutua aceptación de la riña[51]. Por el contrario, en los restantes casos de provocación: intencional, dolosa, culposa y fortuita, no estamos ante una provocación suficiente en sentido legal.

Distinto es el tratamiento que el maestro español da a la provocación intencional o de propósito, esto es, a la cometida con dolo o intención de lesionar al amparo de la legítima defensa. Indica en primer lugar, que en este caso no hay impunidad de la provocación intencional (entendemos que ha querido referirse al acto defensivo), pues falta el requisito de necesidad racional del medio, ya que al tener todo preparado el provocador puede reaccionar con medios menos lesivos contra el agresor, lo que no hace porque no quiere al no ser su ánimo defensivo (salvo que el agresor se comporte de un modo más peligroso al esperado). En segundo lugar, la provocación dolosa además de ser ilícita en si misma (por ejemplo, injurias o amenazas), se puede considerar como inducción o incitación indirecta a una tentativa (idónea o no), cuya punición dependerá si

[50] En relación a la riña o acometimiento recíproco, nuestros tribunales han resuelto de manera uniforme que ninguno de los contendientes puede invocar legítima defensa, por cuanto todos son agresores ilegítimos recíprocos (Tribunal Oral en lo Penal de Concepción RIT 380-2008, 10 de noviembre de 2008, Rol 290-2008, 07 de septiembre de 2008/ TOP La Serena RIT 133-2009, 21 de octubre de 2009/ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 129-2009, 30 de abril de 2009/ TOP de Chillán RIT 88-2007, 10 de septiembre de 2007/ TOP Valparaíso RIT 84-2005, 23 de julio de 2005).

[51] Sigue este razonamiento la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el fallo Rol 64-2016 (25 de abril de 2016), en el cual acoge un recurso de nulidad por considerar que el imputado obró en legítima defensa, pese a estar trabado en riña, dado que el occiso en un momento sacó un cuchillo atacando con este al encausado, quien se lo arrebató y sin solución de continuidad procedió con el mismo a herirlo mortalmente. La Corte considero que tal obrar fue instintivo, casi sin pensarlo, lo que conlleva a estimar que el imputado no estaba en condiciones de buscar una forma distinta y menos lesiva para poner término a la riña con su antagonista (considerando Séptimo). Se dictó sentencia de reemplazo absolutoria.

se considera punible la conducta del "agente provocador" (2002: pp. 568-569/ 2016: pp. 423, 424).

En la doctrina italiana, Fiandaca y Musco se pronuncian, en parte, a favor de esta tesis, señalando que la legítima defensa no se aplica cuando la situación de peligro es causada voluntariamente por el sujeto que reacciona, lo cual tiene lugar respeto del provocador, de quien acepte un duelo, de quien enfrente una situación de riesgo prevista y aceptada, y de riña, dado que los participantes tienen la intención de agredirse mutuamente. Sin embargo, admiten que aún en estos casos el sujeto que ocasionó el peligro puede defenderse, lo que tendrá lugar cuando la reacción de la víctima sea absolutamente imprevisible y desproporcionada. En riña, ello tiene lugar cuando uno de los contendientes agreda de manera más grave y peligrosa. Inclusive admiten la legítima defensa en favor del ladrón, que es perseguido y víctima de un disparo de fusil por parte del propietario de la cosa sustraída (2006: pp. 290 y 291).

d). Tesis de la adecuación empírico-cultural.

Esta fue formulada por Jiménez de Asúa luego de abandonar su inicial postura, en la cual identificaba la provocación suficiente con la agresión ilegítima. En este cambio de postura, el maestro español consideró que la provocación suficiente debe determinarse en cada caso de manera empírico-cultural (1982: t. IV, p. 236). El maestro no desarrolla esta tesis y simplemente se limita a citar jurisprudencia de su época, exponiendo los hechos y criterios de solución empleados. Influida por el maestro español, parte importante de la doctrina argentina se inclina por esta tesis. Así, para su discípulo Frías Caballero, la suficiencia únicamente debe examinarse caso por caso, sin que exista al respecto ninguna norma con validez general, aunque admite la exclusión de las provocaciones insignificantes –broma, gesto, chiste- (1993: p. 290). En el mismo sentido se pronuncia Núñez, para quien la medida que confiere a la provocación el carácter de suficiente no es posible establecerla en abstracto, debiendo surgir del examen de cada caso en particular. Sin embargo, admite como limitante la proporción entre provocación y agresión (2000: t. I, pp. 364-365). También adhiere a ella Fontán Balestra, admitiendo como límites la

significancia, la proporción y la temporalidad que denote nexo causal, rechazando la actualidad –ya que provocación no es agresión- (1998: pp. 291 y 292). Siguiendo la misma línea de pensamiento, Creus considera que provocación suficiente es aquella que, según un sentido social de normalidad, tiene idoneidad para motivar el ataque (2010: t. I, p. 319).

En Chile, son partidarios de esta teoría Politoff, Matus y Ramírez, quienes señalan "que hay que renunciar a cualquier esfuerzo por definir cuantitativa como cualitativamente lo que debe entenderse por suficiente asunto que queda entregado al criterio del juez en cada caso concreto". Solo indican como límites que la provocación sea próxima e inmediata en el tiempo y de relativa gravedad, de manera que no son suficientes viejas rencillas, como tampoco una injuria leve respecto de una agresión con arma de fuego (2004: t. I, p. 222). Otro secuaz de esta tesis es Labatut, para quien la provocación suficiente es aquella que pueda ser estimada bastante o idónea para explicar de modo satisfactorio la reacción del provocado, siendo ello una cuestión de hecho que el juez debe resolver teniendo en consideración las personas y circunstancias del caso. Sin embargo, admite como límites la proporción y la inmediatez de la reacción del provocado (1992: t. I, p. 99). También pareció inclinarse por esta tesis Del Río, al señalar que suficiente es la que revista cierta gravedad habida consideración de las personas y circunstancias del caso (1935: t. II, p. 169). Más recientemente, toma partido por ella Couso al señalar que la provocación suficiente es aquella conducta que hace explicable, natural, la agresión del provocado (2011: p. 220).

De lo expuesto se puede decir que para los partidarios de esta tesis la fórmula que emplea el legislador de "provocación suficiente" correspondería a un principio regulativo en los términos definidos por Henkel, esto es:

> "que no entraña contenido valorativo ni medida de valor algunos, sino que es neutral, y por ende, tampoco procura normas ni es constitutivo para la sentencia. Como principio puramente formal, no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, sino contiene tan solo la instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento" (2008: p. 126).

Por lo tanto, no hay dación de norma, sino una renuncia a establecerla, la cual se funda en la multiplicidad de factores asaz diversos que varían en caso concreto, lo cual

impide fijar una norma precisa para regular todas las posibles hipótesis de puedan darse en la realidad. Al aplicar el concepto regulativo el juez no realiza un proceso silogístico de subsunción de una premisa menor a un mayor, sino que debe crear la norma aplicable al caso particular con ayuda del elemento regulativo que fija el camino para llegar a ella (Henkel, 2008: pp. 73, 81 y 127).En conclusión, conforme a esta tesis corresponderá a los tribunales determinar en cada caso concreto si la provocación tuvo el mérito o no para ser considerada suficiente, conforme a las particularidades de las circunstancias fácticas del caso en cuestión.

El problema de esta tesis radica en su inseguridad jurídica, dado que abandona por completo la tarea de interpretar el concepto para dejar entregada su determinación a los tribunales. Por otro lado, deja completamente abierto el concepto de suficiencia a un abanico muy amplio de casos que van desde el hecho ético-socialmente reprobable hasta el acto antijurídico que no alcance a constituir agresión ilegítima. En consecuencia, serán las normas de la cultura imperantes en un tiempo y lugar determinado las que determinarán si la provocación del agredido puede considerarse o no como suficiente, debiendo el tribunal estarse a ellas para dotar de contenido, en el caso concreto, a este requisito de la legítima defensa. Las supuestas reglas ético-sociales no son más que construcciones *ad-hoc* (Loss, 2009: p. 264). Atenerse a ellas significa caer en la justicia del cadí, en la cual la resolución del asunto se hace en base a consideraciones éticas, en lugar de aplicar una justicia racional en la cual la resolución se realiza en base a reglas previamente conocidas. El problema de fondo radica en que el alcance de la norma permisiva queda absolutamente indeterminado *ex ante* y con ello el alcance del *ius puniendi*. En efecto, para el sujeto que obra en defensa no será posible determinar *a priori* si su conducta previa constituye provocación suficiente o no, y en definitiva, si su acto de defensa es permitido o ilícito. Entendemos que debido a ello es que sus seguidores han introducido criterios delimitadores, tales como la significancia, la inmediatez y la proporción[52].

[52] Recientemente también se han planteado como limitaciones los denominados prejuicios de género en casos de violencia doméstica contra la mujer. Se trata de acciones desplegadas por la mujer que al no ajustarse a un estereotipo de género elaborado por la subcultura machista (esposa obediente y sumisa) serían

La jurisprudencia de nuestros tribunales sigue esta teoría al evaluar de manera amplia y casuística la concurrencia de la falta de provocación suficiente. Así, a modo de ejemplo, la Corte Suprema en el fallo Rol 1099-2003 (17 de octubre del 2005), resolvió que ninguno de los requisitos de la legítima defensa se encuentran definidos por el legislador, de suerte que es facultad de los tribunales, en función de los hechos establecidos, determinar si ellos concurren en el caso concreto a dilucidar. Agrega el máximo tribunal, que a falta de definición legal y con apoyo del Diccionario, debe entenderse por provocar el incitar o estimular a una persona para que se irrite y obre en consecuencia y por suficiente lo bastante para lo que se necesita; apto o idóneo. De acuerdo a ello Groizard, tomando como base el significado gramatical y etimológico de la palabra, dice que por suficiente debe entenderse, apto o idóneo, o de otro modo bastante para alcanzar el logro de lo que se necesita. Por su parte, Jiménez de Asúa en las Adiciones al Programa de Carrara dice: la provocación será suficiente cuando explique de una manera cumplida y satisfactoria, el ataque mismo… (Considerandos Duodécimo y Decimoquinto). En la misma línea, el TOP de Concepción en sentencia RIT 152-2006 (28 de agosto del 2006), estimó como provocación suficiente los flirteos que durante un baile el acusado realizó a la pareja del occiso, llegando a los besos, yéndose ambos a una pieza, todo en presencia de éste y sus amigos, lo que motivo el ataque al acusado, el cual se defendió con un cuchillo causándole la muerte. Se acogió la atenuante de legítima defensa incompleta conforme al art. 11 N° 1 del CP. Por su parte, el TOP de Antofagasta en la sentencia Rol 167-2014 (28 de octubre del 2014), consideró que no constituye provocación suficiente de los golpes propinados por el carabinero afectado al imputado y que le causan lesiones leves, el hecho que este haya orinado afuera de la comisaría cerca de los carros policiales. Señaló el tribunal, que si bien tal acción es repudiable, no significó la amenaza de algún mal hacia a los carabineros, por lo que no puede estimarse como

provocadoras de la conducta violenta del hombre en contra de ella. Estos comportamientos no pueden estimarse como suficientemente provocadores, pues obedecen a un prejuicio cultural. Ejemplo de ellas son: molestar al hombre cuando esta acostado para que la ayude con las bolsas de la feria, increpar al hombre por tomar, impedirle el ingreso a la casa dejándolo afuera (Casas, 2011: p. 152). El surgimiento de estos planteamientos deja en evidencia lo maleable y mutable que resulta lo ético-socialmente aceptable.

una provocación en los términos que exige la ley (considerando Décimo primero). En una sentencia más reciente, el TOP de Punta Arenas Rol 67-2020 (28 de julio de 2020), estimó que constituye provocación suficiente el hecho que el acusado haya seguido al agresor y aceptado la riña propuesta por éste, en la cual le causa la muerte con tres estocadas en la zona torácica. Según el tribunal esa acción torno ilegítima la defensa que en un principio fue legítima (considerando decimoséptimo). Sin embargo, el tribunal acogió en favor del acusado la eximente incompleta de legítima defensa de terceros del art 11 N° 6 del CP en relación al art 11 N° 1, toda vez que resultó acreditado que el occiso había atacado previamente a un tercero en cuya defensa concurre el acusado.

e). Tesis de la previsibilidad o adecuación jurídica.

Esta postula que es solo es suficiente aquella provocación que haga prever como posible respuesta una agresión, evaluada dicha previsibilidad conforme a reglas de elemental prudencia. Debe tratarse de una conducta que sea inadecuada para la coexistencia social, toda vez que no serían suficientes, por muy previsible que sea la agresión, aquellas conductas inocuas (ejemplo: ir al domicilio, pasar frente a una patota, entrar en un bar). En otras palabras, aun cuando el sujeto prevea que su conducta pueda provocar a otro, no hay suficiencia si esta conducta no es objetivamente incitadora de una agresión. Tampoco deben tomarse en consideración las características personales del provocado que lo hagan susceptible de reaccionar de manera violenta ante cualquier estimulo, como su carácter antisocial, iracundo o pendenciero. Esta tesis es seguida por Zaffaroni (1985: p. 493) y por Righi (2002: p. 100). En España, sigue esta tesis Valle Muñiz, para quien provocación suficiente significa una adecuación normativa para motivar la agresión, criterio de adecuación que es tipo axiológico y no causal (1992: p. 586). Más recientemente, el criterio ha sido desarrollado por Iglesias Río, quien señala que:

"Ha de existir una causalidad jurídica entre provocación suficiente y agresión ilegítima; esto se traduce en una acción causalmente adecuada y objetivamente previsible, capaz de producir una

alteración emocional jurídicamente relevante a una persona razonable, que permita presumir normalmente el peligro de desencadenar una agresión del provocado. Esta causalidad ha de enjuiciarse conforme al parámetro normativo de la teoría de la imputación objetiva" (1999a: p. 452).

En Chile, se inclinó por ella Cousiño al indicar que la suficiencia "debe juzgarse objetivamente como la que normalmente, generalmente, produce enojo, excitación o irritación y no frente al caso excepcional de un sujeto patológicamente colérico iracundo" (1979: t. II, p. 291). Igualmente, la comparte Etcheberry al afirmar que suficiente significa "que sea bastante para explicar, dentro del modo habitual de reaccionar de los seres humanos (y también del modo particular de hacerlo que el provocado tenga, si el provocador lo sabe), la agresión que el provocado desarrolló" (2004: t. I, p. 257). En similares términos, Novoa (2009: t. I, p. 347). Más recientemente, se inclinó por ella Bustos, para quien suficiencia no se toma en un sentido causal, sino valorativo, análogo a la imputación objetiva (2004: t. I, p. 898).

De lo expuesto, se observa que esta teoría se empeña por interpretar el requisito de suficiente de manera objetiva, a diferencia de la tesis empírico-cultural, introduce un elemento predictivo, entendiéndolo como aquello que resulte adecuado para desencadenar una reacción agresiva. Sin embargo, en cuanto al criterio a utilizar para realizar el juicio de adecuación se observan dos corrientes: la causalidad adecuada y la imputación objetiva, las que paso a exponer.

La primera vertiente señala que para determinar la suficiencia de la provocación se debe recurrir a la teoría de la causalidad adecuada. Esta distingue entre condición y causa, no todas las condiciones son causa de un resultado, pues no son equivalentes. Condición es el género y causa la especie. Es causa sólo aquella condición que, conforme a la experiencia, es apropiada para producir el resultado determinado (Stratenwerth, 2016: p. 151). La previsibilidad se determina conforme a la experiencia, considerando lo que normalmente acaece -*id quod plerumque accedit*- en la vida cotidiana. No se requiere una certeza absoluta, sólo una cierta regularidad del acaecer. Esta regularidad es la que permite al juzgador realizar el llamado juicio de adecuación o de idoneidad, conforme al cual debe

determinarse si un resultado era esperable que se produjera por la conducta precedente del sujeto.

Dentro de esta tesis, a su vez, se han propuesto dos formas de realizar el juicio de adecuación. La primera es *ex ante*, esto es, el juzgador debe basarse en todas las circunstancia conocidas u objetivamente reconocibles por el agente en el momento y lugar del hecho, lo que pudo prever una persona sensata en el rol de autor (Wessels, 1980: p. 57). Según este procedimiento la provocación suficiente será aquella que sea previsible para un hombre prudente, tomando en cuenta aquellos conocimientos que son esperables que pueda tener y aquellos conocimientos especiales que posea, pero sin considerar aquello que es esperable que pueda ignorar. Si conforme a la prudencia era esperable *ex ante* que la conducta provocadora desate una reacción emotiva agresiva en el provocado, esta será suficiente en los términos que exige el legislador. Pero, conforme a este juicio de adecuación, si el provocador conocía el carácter iracundo o camorrero del provocado y su posible reacción, entonces ese especial conocimiento también debe considerase al momento de determinar la suficiencia, constituyendo este caso una excepción a la objetividad de este juicio. La segunda forma de realizar el juicio de adecuación es conforme al criterio del hombre medio, apreciado por el juez o perito *ex post facto* o de forma retrospectiva (Cury, 1996: t. I, p. 287), se debe considerar el actuar del sujeto y el cúmulo de condiciones existentes previas al resultado, para en base a ellas determinar si el acaecimiento del resultado era previsible para el hombre medio.

Sin embargo, la teoría de la causa adecuada ha sido criticada debido a que el juicio de adecuación no entrega resultados satisfactorios. No es posible trazar límites exactos entre condición y causa (Stratenwerth, 2016: p. 152). Si tomamos como punto de referencia al hechor y éste es un sujeto ignorante, puede considerar incluso como causa los hechizos. Si el juicio de adecuación lo hace el juez *ex post*, deberá afirmar la adecuación pues entra en juego la equivalencia de condiciones. Si el juez lo hace *ex ante*, la adecuación se transforma en un tema de previsibilidad (Cury, 1996: t. I, pp. 287-288). En el clásico caso del hemofílico, el rasguño será causa adecuada de la muerte, si el agente

sabía que padecía la enfermedad. Si lo ignoraba, no será causa adecuada. En problema se traslada entonces al plano subjetivo.

La segunda corriente señala que la suficiencia de la provocación se determina conforme a la imputación objetiva de resultado, tal como lo proponen Iglesias Río (1999a: p. 452), Bustos y Hormazábal (1999: t. II, p. 131). Esta teoría tiene por finalidad limitar los efectos de la causalidad natural, a fin de determinar, entre distintas conductas que condicionan la generación resultado típico, a cuál debe imputarse jurídicamente la generación del mismo. Para ello la conducta debe cumplir tres requisitos: no debe estar permitida por el Derecho, debe crear un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico y ese riesgo debe concretarse en el resultado típico (Cancio, Ferrante y Sancinetti, 1998: pp. 31-33). Solo la provocación que cumpla estos tres requisitos puede considerarse como suficiente. Consecuencia de la aplicación de este procedimiento es que la provocación suficiente solo puede ser un acto ilícito o antijurídico, pues la imputación objetiva exige como primera condición que la conducta no este permitida por el Derecho.

f). Tesis de la proporcionalidad.

Para esta tesis será suficiente aquella provocación que sea proporcionada o equivalente a la entidad de la agresión. No basta con que la provocación haya dado motivo a la agresión, sino que además debe existir una relación de proporcionalidad o equivalencia entre ambas, la que debe determinarse en cada caso particular. Se trataría entonces de un requisito bifronte, en el sentido que para apreciar su concurrencia se deben relacionar y comparar, en el caso concreto, la acción provocadora con la agresión ilegítima producida. Igualmente, esta tesis exige que exista inmediatez temporal entre la provocación y la agresión[53]. Entre los seguidores de esta tesis se cuentan a Antón Oneca

[53] En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia Rol 2869-2019 (11 de diciembre de 2019), al señalar que: "En conclusión sólo habrá una provocación suficiente cuando el estímulo realizado por el agredido en contra del agresor sea próximo, inmediato y de relativa gravedad (considerando Primero).

(1986: p. 279), Bunster (1983: p. 49), Cury (1996: t. I, p. 367), Garrido (2003: t. II, p. 132) y más recientemente Wilenmann (2017: pp. 425, 432-437).

Para esta postura la provocación suficiente de que habla el requisito tercero de la legítima defensa es el misma que el legislador establece como atenuante en el artículo 11 N° 3 del CP, esto es, "La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito". Por lo tanto, debemos remitirnos a lo que ha dicho la doctrina respecto de esta atenuante. En primer lugar, debe señalarse que el fundamento de esta atenuación es que el sujeto obra movido por el ímpetu emocional provocado por un estímulo externo, reconociéndose entonces una exigibilidad disminuida, pues se encuentran mermados sus frenos inhibitorios (Politoff, Matus y Ramírez 2004: t. I, p. 507/ Cury 1996: t. II, p. 110/ Labatut 1993: t. I, p. 212). Pero no se requiere acreditar que el sujeto obró bajo un estado emotivo, lo cual sólo se exige tratándose de la atenuante del art. 11 N° 5 del CP (arrebato u obcecación), aquí sólo basta que concurran los supuesto objetivos que plantea la ley (Garrido, t. I, p. 186/ Mera, 2011: pp. 287 y 288)[54]. Así, provocación será toda acción o expresión capaz de crear en el sujeto una excitación conducente a la comisión de un delito, no se requiere que sea típica ni grave (Cury, 1996: t. II, p. 110). Que sea inmediata, significa que la provocación debe haber precedido en forma inmediata a la ejecución del delito, ser cronológicamente contigua (Cury, 1996: t. II, p. 111). Según Fuensalida, si hay tiempo para que la razón recupere su imperio después de la provocación que ha exaltado las pasiones, no hay motivo para atenuar la pena (1883: t. I, p. 85). Por el contrario, si transcurre cierto tiempo o periodo de paz entre la provocación y la agresión, no opera la atenuante, sin perjuicio que pueda estimarse concurrente la de vindicación de próxima ofensa del art. 11 N° 4 del CP, pues "el sujeto

[54] En España, la atenuante de provocación y de vindicación próxima de ofensa fueron eliminadas por una reforma al Código penal llevada a cabo el año 1983 y refundidas, junto al miedo insuperable, en la actual atenuante de estado emocional contemplada en el art. 21 N° 3 del CP, que reza: *Son circunstancias atenuantes: "la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato u obcecación u otro estado emocional de entidad semejante".* El motivo de la reforma fue simplificar ciertas disposiciones del Código que resultaban innecesariamente complejas, cuanto no tautológicas entre sí (Mir Puig, 2016: p. 637). Esta observación del derecho comparado hace concluir entonces que nuestro art. 11 N° 3 del CP exigiría que la provocación cree en el provocado un estado pasional que lo lleve a delinquir, echando por tierra la tesis contraria que sostienen algunos de nuestros penalistas.

actúa bajo excitación emocional de venganza, esto es, para tomar satisfacción frente a un agravio o daño" (Politoff, Matus, Ortiz, 2002: p. 173). Por último, para reconocer la atenuación se requiere que el delito cometido sea proporcional a la provocación, ello supone una relación de equivalencia entre ambas, tanto "en su naturaleza como intensidad" (Etcheberry, 2004: t. II, p. 19). Así, una provocación leve es bastante para atenuar la responsabilidad de un delito leve (Novoa, 2009: t. II, p. 29). La proporcionalidad, debe medirse en forma objetiva, conforme al criterio del hombre medio situado *ex ante* puesto en la situación concreta, considerando todas las situaciones concurrentes (Cury, 1996: t. II, p. 111).

Una cuestión debatida que surge en este punto es la aplicación de la atenuante del art. 11 N° 3 de CP a los delitos que atentan contra la libertad sexual cuando ha mediado provocación de tipo sexual por parte de la víctima. La doctrina distingue entre la provocación discreta y la provocación deliberada. La primera es la mesurada invitación a la excitación, que es compatible con el denominado juego amoroso, la cual no sirve para configurar la atenuante, pues el hombre medio debe estar preparado para afrontarlo, sin abandonarse por completo a sus tendencias instintivas. En cambio, la provocación deliberada es aquella que busca estimular al autor más allá de los límites razonables, con el propósito de hacerlo sufrir, de satisfacer sus deseos de autocomplacencia o por cualquier otro motivo. La provocación deliberada sí da lugar a la atenuación, pues no pueden ignorarse la naturaleza humana, la violencia de las fuerzas irracionales que una actitud de esa clase puede desencadenar (Cury, 1996: t. II, p. 112)

Una consecuencia de esta tesis es que cuando la agresión ilegítima exceda en proporción a la provocación, el provocador se encuentra autorizado para ejercer legítima defensa (Antón Oneca: 1986, p. 279/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 229/ Bustos, 2004: t. I, p. 898). Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 3438-2015 (18 de diciembre de 2015), acoge esta tesis confirmando la sentencia del tribunal *a quo* que absolvió al imputado de los delitos de homicidio y lesiones graves por estimar que obró en legítima defensa, pese a haber provocado la agresión. La Corte señaló que, si bien es el imputado

el que dio origen a la pelea, fueron los familiares de la víctima los que en vez de poner término al conflicto ingresaron todos ellos al combate a fin de proporcionarle al imputado una feroz paliza, generando así una evidente desproporción de fuerzas. Si el imputado no obraba de tal manera, posiblemente el día de hoy sería el occiso (considerando Decimotercero)[55].

Recientemente, adhiere a esta postura Wilenmann, quien admite la defensa del provocador frente a una agresión desproporcionada, pero bajo estado de necesidad defensivo, siempre que concurran dos requisitos: que no sea posible para el provocador evitar el conflicto huyendo y que se defiendan intereses sustancialmente preponderantes. Por ejemplo, cuando el injuriado reacciona sacando una pistola con ánimo de matar. Agrega que la suficiencia debe medirse relacionando la triada: provocación, agresión y reacción defensiva (2017: pp. 425, 432-437).

Conforme a todo lo anterior, para concretar la aplicación de esta tesis se debe recurrir a los criterios de proporcionalidad que analizamos a propósito de la necesidad racional del medio defensivo. Según vimos, hay dos formas de medirla proporcionalidad: entre el peligro amenazado o producido por la agresión y el causado por la defensa; o bien, entre los bienes jurídicos en juego. Llevado esto a la provocación, debemos hablar entonces de proporción o correlación de magnitudes, entre el peligro amenazado por el acto de provocación y la agresión ilegítima o entre bienes jurídicos amenazados por la provocación y los afectados por la agresión ilegítima. En este último caso, debemos a su vez distinguir si el conflicto es homogéneo entre bienes jurídicos primarios o secundarios, o si es heterogéneo entre bienes primarios y secundarios.

[55] Según los considerandos Octavo, Décimo y Undécimo del fallo citado, los hechos habrían consistido en que durante una celebración de fiestas patrias el imputado le cobró a su vecino un préstamo, no recibiendo el pago sino un improperio, tras lo cual se trenza a golpes sacando la peor parte. Luego, estando golpeado y vejado, el imputado va a su casa a buscar un palo para golpear a quien lo golpeó. El imputado armado con el palo se enfrenta nuevamente a su vecino, quien es socorrido por sus familiares (al menos 4 personas) comienzan a golpear al imputado, quien toma un cuchillo y comienza a realizar movimientos cortantes y punzantes, resultando un muerto y cuatro heridos.

Sin embargo, dado que para esta tesis la provocación no es agresión, el problema que se advierte es que ésta nunca puede afectar o poner en peligro un bien jurídico del provocado, de manera que no es posible entonces realizar un juicio de proporción o medición de magnitudes entre la provocación y la agresión. En efecto, el provocador nunca menoscaba ni amenaza ninguno de los bienes jurídicos del afectado, su provocación nunca es comparable con la agresión posterior del provocado, pues esta última efectivamente amenaza, menoscaba o destruye ilegítimamente bienes jurídicos del provocador. Mientras que agresión y defensa comparten como característica común que ambas ingieren o afectan en bienes jurídicos ajenos, siendo posible compararlas en esa magnitud, esa cualidad no la tiene la simple provocación. Por lo tanto, desde ese punto de vista, ningún acto de provocación sería proporcional a una agresión ilegítima.

En vista de lo anterior, la proporción de que habla el art. 11 N° 3 del CP tendría que medirse entre el potencial de la provocación para excitar el ánimo del provocado y la agresión cometida por este. Sería proporcionada aquella agresión cuya comisión pudiese esperarse dentro del nivel de alteración del ánimo ocasionada por la provocación, tomando como modelo de medición un hombre medio (Cury, 1996: t. II, p. 111/ Garrido, 2003: t. I, p.185) puesto en la situación concreta. El problema radica en que tal modelo de medición, esto es, el *homunculus normalis* no es una magnitud determinable, siendo sólo una ficción (Henkel, 2008: p. 132), por lo cual no habría manera de determinar la proporcionalidad bajo dicho parámetro. Ante tal escenario, sólo quedaría recurrir al parámetro del hombre razonable, prudente y concienzudo puesto en la situación concreta. Sin embargo, aquí nos encontraríamos con la paradoja de que tal modelo de hombre no reaccionaria agresivamente ante una mera provocación, ya que sería más prudente y razonable evitar el conflicto. Estos problemas no son advertidos por nuestra doctrina. La respuesta para solucionar tal aporía consistiría en interpretar el art. 11 N° 3 del CP en el sentido que debe exigirse que la provocación ocasione en el provocado un estado pasional bajo cuyos efectos cometa la agresión, haciéndola explicable. Esto nos sitúa entones en la siguiente tesis que pasamos a analizar.

g). Tesis de la atenuación o inculpabilidad del agresor.

Esta tesis tiene su origen en Pacheco, quien señalo que "la provocación suficiente no puede ser otra, que la que extinga o atenúe la culpabilidad de la agresión" (1881: t. I, p. 166). Actualmente es seguida por Cobo del Rosal y Vives, para quienes es suficiente la provocación que excuse la agresión (1999: p. 514). Puede advertirse entonces que suficiente será aquella provocación que tenga cierta gravedad, de manera que pueda incidir en la culpabilidad del provocado, ya sea atenuándola o excluyéndola.

En favor del primer extremo de esta tesis se pronunció Soler, para quien es suficiente la provocación que podía excusar la agresión, es decir, que tuviera cierta gravedad proporcionada al agravio, de manera símil al agravio en los delitos de ímpetu (1992: t. I, p. 456). Este razonamiento se relaciona con lo dispuesto en el art. 81 N° 1 del CP argentino que tipifica el homicidio por emoción violenta, aplicando una pena atenuada[56]. La provocación para ser suficiente tendría que ser capaz de provocar un estado similar a dicha emoción violenta, esto es, "un estado psíquico en el cual el sujeto actúa con disminución del poder de sus frenos inhibitorios" (Soler, 1992: t. III, p. 70). Por lo tanto, se considera suficiente aquella que puede producir en el provocado un estado de emotivo violento, bajo el cual agreda al provocador.

En su otro extremo, esta tesis plantea que la provocación también es suficiente cuando constituye un estímulo que sea capaz de desencadenar una agresión antijurídica no culpable por parte del provocado. En otras palabras, es suficiente aquella que produce un estado de inimputabilidad en el agresor, caso en el cual se excluye por completo el fundamento de la legítima defensa, por ser innecesaria la ratificación del orden jurídico

[56] Código Penal argentino, *art. 81. 1° Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.*

(Bacigalupo, 1998: p. 126). La provocación debe consistir entonces en una conducta que sea capaz de generar en el provocado un estado de privación total de la razón en los términos que exige el art. 10 N° 1 del CP y que bajo ese estado agreda ilegítimamente al provocador. De esta manera, sería provocación suministrar un narcótico capaz de tornar agresivo al paciente, asustar o aterrorizar al punto que el provocado quede presa del miedo insuperable o estado de terror. También lo será ofuscar, al punto que el provocado sufra un super-arrebato esténico de obcecación o rabia desatada, en el cual no pueda controlar sus actos.

En cuanto a la forma de evaluar la suficiencia de la provocación para incidir en la culpabilidad del provocado, se han planteado dos fórmulas, una subjetiva y otra objetiva. La primera no da importancia a la conducta desencadenante de la agresión, sino solamente al efecto motivacional interno causado en el provocado, que debe corresponder a un estado de aminorada o nula capacidad de imputación. Esta fórmula es criticada ya que deja imprecisos los contornos de aplicación del requisito en estudio, pues habría que considerar las características de personalidad del agresor, quedando la extensión de la legítima defensa entregada al grado de irascibilidad, excitación, serenidad o fortaleza de ánimo del provocado (Iglesias, 1999a: p. 453). La segunda indica que, independiente de que se haya generado en el provocado un estado emotivo que influya en su imputabilidad, se debe evaluar conforme a la experiencia si la conducta provocadora condujo decisivamente a la agresión, debiendo recurrirse al juicio de adecuación.

Esta teoría es criticada, ya que introduce un requisito adicional a la agresión ilegítima no previsto por el legislador, esto es, que sea además plenamente culpable (Gómez, 1991: p. 173). En efecto, conforme a esta tesis el derecho a ejercer legítima defensa plena queda excluido cuando el agresor obra inculpablemente o con imputabilidad disminuida debido a una alteración psíquica o emocional producida por el acto provocador. Por lo tanto, no se ve razón para no limitar también la defensa cuando la inculpabilidad del agresor proviene de una enfermedad psíquica o de su inmadurez mental, pues donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Esta exigencia

adicional no es aceptable, pues conforme vimos en su oportunidad, basta que la agresión sea ilegítima o antijurídica, siendo procedente obrar en legítima defensa contra el ataque de un inimputable.

3. La provocación suficiente en su aspecto subjetivo:

La conducta suficientemente provocadora de quien luego ejercerá defensa en contra de la agresión que esta desencadene, admite dos formas de comisión en lo que respecta al ámbito subjetivo: dolosa o intencional y culposa o negligente. Por lo tanto, la provocación debe consistir en una conducta culpable, es decir, imputable o atribuible a su autor a título de dolo o culpa (Jakobs, 1995: p. 486/ Roxin, 2006: t. I, p. 644/ Loss, 2009: p. 259/ Frister, 2011: p. 334). No se consideran provocaciones que excluyan la legítima defensa, las cometidas de manera inculpable, como las que pueden provenir de un inimputable (infante o un demente), como tampoco las producidas de manera fortuita (Luzón, 2016: p. 421). Así, por ejemplo, no podrían considerarse como jurídicamente provocadoras las burlas proferidas por un niño o un loco. Tampoco lo será atropellar a la mascota de otro que rápida y súbitamente se atraviesa en la calle. A continuación, pasaremos a analizar las dos formas de imputación que admite la provocación.

a). La provocación dolosa.

Es aquella en que el sujeto provoca a otro de manera deliberada y con la intención de que este se altere anímicamente, al punto que cometa una agresión ilegítima en contra suya o de otro. En este caso el provocador quiere y busca desencadenar en otro sujeto un estado de alteración del ánimo (irritación, rabia), con la finalidad que presa de este estado agreda ilegítimamente a alguien. Por lo tanto, el provocador doloso se ha previamente representado su conducta provocadora, sus posibles consecuencias, y sabiendo que esta sería suficiente para hacer enojar o irritar al provocado, al punto que este ataque los bienes jurídicos suyos o de otro, opta por llevarla a cabo.

El dolo del sujeto debe abarcar tanto el conocimiento de que su conducta es provocadora, esto es, capaz de hacer enojar o irritar a alguien o alterarlo anímicamente, como también de que es suficientemente provocadora, es decir, que por su entidad puede hacer que el provocado agreda a otro. Para determinar este segundo punto cobra importancia la teoría que se siga sobre la suficiencia a las que nos hemos referido anteriormente, pues según la que se adopte vemos el criterio para evaluar el conocimiento del provocador doloso sobre la suficiencia de su conducta cambia. Así, tenemos que este puede evaluarse según: las circunstancias del caso concreto, patrones culturales, su previsibilidad conforme a la experiencia, según el criterio del hombre medio, el hombre prudente. Lo anterior deja en evidencia el carácter perturbador y de inseguridad jurídica que genera el requisito de falta de provocación suficiente, pues frente a éste el sujeto que pretende ampararse en la legítima defensa no tiene *a priori* manera de saber cuándo concurre o no tal requisito. En otras palabras, no tiene un parámetro cierto para determinar si su conducta previa fue o no lo suficientemente provocadora de la agresión.

La provocación dolosa no solamente puede cometerse con dolo directo, sino que también puede cometerse con dolo eventual, es decir, cuando el autor se representa como posible que su conducta sea una provocación suficiente, pese a ello la aprueba y lleva a cabo. La representación sobre la eventualidad debe recaer tanto sobre el efecto provocador de la conducta como también sobre la suficiencia. En efecto, puede ocurrir que el sujeto se represente que su conducta eventualmente pueda provocar a alguien, pero que nunca se haya representado que fuera lo suficientemente provocadora al punto de desencadenar que el provocado agreda a otro. Estimamos que este caso, en que el dolo eventual sólo recayó sobre el carácter provocador de la conducta, pero no sobre su suficiencia, debe estimarse como un caso de provocación suficiente culposa.

Dentro de la provocación dolosa se distinguen a su vez dos tipos: la provocación simplemente dolosa y la provocación intencionada o pretexto de legítima defensa. En la primera, el sujeto solo quiere enojar o exasperar a otro, pero sin pretender agredirlo posteriomente en respuesta su ataque. Por ende, no existe *a priori* en el provocador la

intención o dolo de agredir al provocado en caso que éste se torne agresivo. Se sostiene que en este caso el provocador no puede perder completamente el derecho de defensa, pues como no quería desencadenar una agresión, necesita protección frente al ataque antijurídico. Sin embargo, dado que el prevalecimiento del Derecho es mucho menor, pues ha dado motivo a la agresión, la defensa del provocador doloso quedará sujeta a las tres restricciones ético-sociales (elusión, defensa protectiva, defensa agresiva) (Roxin, 2006: t. I, pp. 641-642).

En cambio, en la provocación intencional, también llamada provocación preordenada, *pretextus defensionis* o simulación de legítima defensa, el autor realiza el acto provocador con la intención de que el provocado lo agreda para luego poder lesionarlo impunemente al amparo de la justificante de legítima defensa (Eser y Buckhardt, 1995: p. 239). De manera más precisa, se ha dicho que se trata de aquellos casos en que el autor, con el fin de ejercer una legítima defensa *a posteriori*, provoca intencionalmente a la ulterior víctima para que realice una agresión (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 99). En este caso, el sujeto tiene la intención de lesionar a un tercero, pero quiere que su acto lesivo quede impune al amparo de la legítima defensa, para ello provoca a su víctima para que ésta lo agreda ilegítimamente y luego poder lesionarlo invocando dicha causa de justificación. Por lo tanto, el sujeto crea dolosamente mediante su provocación la situación de peligro para sus bienes jurídicos, con miras a lesionar en forma justificada al eventual agresor ilegítimo. Según Jiménez de Asúa, se trata de un pretexto de legítima defensa, el provocador aparece como externamente necesitado de evitar el peligro, ha realizado habilidosas maniobras para justificar sus violencias, agregando que esta figura nada tiene que ver con la legítima defensa (1982: t. IV, p. 202). En definitiva, el provocador intencional es el verdadero agresor ilegítimo, instrumentaliza al provocado con la finalidad de poderle lesionar o matar con apariencia legítima (Iglesias, 1999a: p. 458).

La doctrina alemana es la que ha estudiado latamente la provocación intencional en la legítima defensa, inclinándose mayoritariamente por negar completamente en estos

casos dicha causa de justificación. Sin embargo, no hay unanimidad en cuanto a las razones en las cuales se funda tal negativa. Pasaremos a exponer los distintos argumentos sostenidos al respecto.

Una primera tesis, de inspiración civilista, sostiene que debe negarse la legítima defensa en los casos de provocación intencionada, ya que en este caso existe un abuso de tal derecho, siendo plenamente responsable penalmente el sujeto por el daño ocasionado dolosamente al agresor (Wessels, 1980: p. 97/ Roxin, 2006: t. I, p. 639). El defensor ya no defiende el Derecho ante lo ilícito por lo que decae todo derecho de defensa, a lo sumo podrá entrar en una situación de estado de necesidad (Stratenwerth, 2016: p. 237/ Welzel, 1956: p. 94). Esta tesis se funda en el ya citado art. 226 del Código civil alemán, que consagra expresamente la figura del abuso al disponer que*: "No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro"* (Cousiño, 1979: t. II, p. 265). En la legítima defensa, tenemos que este derecho desde su doble finalidad –individual y supraindividual- apunta, por un lado, a proteger bienes jurídicos, y por otro, a sostener la vigencia del Derecho frente a lo injusto. El ejercicio legítimo del derecho de defensa debe apuntar a estos dos fines. Por lo tanto, hay abuso del derecho de legítima defensa cuando este no persigue esa doble finalidad, sino que busca simplemente agredir bajo su amparo a otro. En este caso se produce una desnaturalización del derecho de defensa, al encontrarse ausentes los principios fundamentales que sustentan tal permisión. Según Roxin, para negar en este caso el derecho a legítima defensa, debe estarse en presencia de una provocación antijurídica. Por otro lado, el maestro alemán admite la posibilidad que el provocado deba responder penalmente por su actuar típico (2006: t. I, p. 640). En España, esta tesis es seguida por Muñoz Conde y García (2010: p. 327).

Contra esta tesis del abuso del derecho se ha pronunciado Juárez Tavares, quien señala que ella sólo sería admisible si se exigiese que el agente fuese portador de un ánimo de defesa o, al menos, actué con consciencia de que estaba sufriendo una agresión injusta. Pero para la postura que no admite elementos subjetivos en las causas de justificación, es

indiferente la postura subjetiva del agente, esto es, si tiene consciencia o voluntad de defenderse o no (2018: p. 343). Otra crítica señala que esta tesis transforma la provocación en agresión atendiendo al fuero interno del sujeto provocado, con lo cual se cae en el indeseable Derecho penal de la actitud interna. Igualmente se sostiene que esta tesis niega de antemano el derecho a la defensa del provocador intencional, siendo que este derecho solo surge cuando tiene lugar la agresión ilegítima, no pudiendo perderse un derecho que aún no ha nacido (Riggi, 2010: pp. 190 y 191).

Una segunda tesis señala que en la provocación intencional se debe excluir completamente el derecho de legítima defensa, ya que el provocador debe responder penalmente como autor doloso del resultado causado por su actuar previo, ello en virtud de la *actio illícita in causa*. La defensa aparece justificada *in actu*, pero es ilícita *in causa,* de manera que el juicio sobre la antijuridicidad se debe realizar al momento en que el sujeto origina dolosamente la situación de necesidad *in causa*. La autoría de esta teoría se atribuye a Kohlrausch y Lange (Luzón, 1994: p. 65). Actualmente es seguida por Eser y Burkhardt (1995: pp. 239-240) y Frister (2011: p. 334). Según vimos, esta teoría es criticada por Roxin, dado que no explica como un acto justificado sería a la vez antijurídico (2006: t. I, p. 641). A ello se suma la crítica de Luzón, quien señala que el provocador no tiene un total dominio del hecho, pues el ataque antijurídico depende de la libre decisión del provocado (1994; p. 69).

Una tercera tesis sostiene que debe negarse completamente la legítima defensa al provocador intencional, ya que éste ha incluido la agresión del provocado dentro de su plan, por lo que en su conducta subyace una renuncia a la protección de sus propios bienes jurídicos disponibles, lo cual se asemeja al consentimiento o a la asunción consciente del riesgo. Por lo tanto, dado que hay una renuncia a la protección jurídica, para el provocador no existe una verdadera situación de legítima defensa. El provocado actúa con antijuridicidad en la acción, pero no con antijuridicidad de resultado. Sin embargo, si el provocado reacciona de una manera no prevista y más peligrosa, el provocador puede defenderse, pero sujeto a la restricción de tratar previamente de eludir el ataque. Solo

cuando la evitación sea imposible surge para el provocado el derecho a ejercer la legítima defensa en toda su extensión. Esta limitación no rige para personas extrañas a la provocación. Por otro lado, se exige una relación causal entre provocación y agresión, lo cual no concurre si entre ambas media una distancia temporal prolongada (Maurach y Zipf, 1994: t. I, pp. 456, 458).

Esta tesis niega el carácter antijurídico de la agresión del provocado fundado en el consentimiento y aceptación consciente del riesgo por parte del provocador, quién al incitar la reacción del provocado consiente en sufrir el ataque de éste, privándolo de su carácter antijurídico, según la máxima latina *violeti non fit iniuria* (Iglesias, 1999a: p. 459).

Esta tesis es criticada por constituir una pura ficción, ya que el supuesto consentimiento no puede operar cuando el ataque del provocado afecta bienes de la colectividad o cuando afecta bienes jurídicos individuales del provocador que son irrenunciables. Esto es claro tratándose del homicidio, dado que la muerte causada con el consentimiento del sujeto pasivo es igualmente punible, como también lo es el auxilio al suicidio conforme al art. 393 del CP. No es válido el consentimiento prestado por un sujeto para que otro le cause la muerte. Si entendemos que tal consentimiento existió en algún momento, el mismo es revocado en el instante en que el provocador se ve necesitado y comienza a defenderse. Por otro lado, el provocado actúa antijurídicamente, pues nada sabe del consentimiento prestado por el provocador, hay desvalor de acción, su conducta es punible en grado de tentativa, al faltar el desvalor de resultado (Iglesias, 1999a: p. 459).

Una cuarta tesis niega el derecho de legítima defensa al provocador intencional fundado en que en éste obra sin ánimo o voluntad de defensa. Sostiene que, dado que el provocador intencional persigue en el fondo agredir al provocado bajo pretexto de legítima defensa, no concurre el *animus defensionis.* Por el contrario, éste obraría con dolo subrepticio de matar, de lesionar, dañar, etc. Esta tesis es seguida por aquellos partidarios de exigir este elemento subjetivo en la legítima defensa (Mezger, 1958: p. 170/ Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 200/ Díez Ripollés, 2020: p. 314), pero debe rechazarse desde la

tesis que señala que no cabe exigir tal elemento en las causas de justificación, dado el carácter estrictamente objetivo de la antijuridicidad. Otra crítica a punta que, si bien el ánimo de defensa puede no existir al momento de ejecutar el acto provocador, este puede surgir con posterioridad si es que el provocador se ve en la necesidad de defenderse, situación que desde luego puede ocurrir cuando el provocado reacciona de una manera imprevista y más peligrosa que la pronosticada por el provocador. A estas críticas Iglesias Río agrega que el comportamiento previo del provocador intencional correspondería al ámbito de los motivos, pero no se identifica ni deroga el elemento subjetivo de la justificación o ánimo de defensa. Voluntad de defensa y motivación agresiva pueden coexistir y no se anulan recíprocamente. (1999a: pp. 462-463).

Una quinta tesis rechaza la procedencia de la legítima defensa en la provocación intencional o de pretexto, por faltar el requisito de necesidad racional del medio defensivo. Dado que en este caso el sujeto ha preparado toda la situación para agredir al provocado, ha previsto su posible reacción, por lo que podría reaccionar antes y con medios defensivos menos duros contra el agresor, lo cual no hace, ya que quiere lesionar al provocado. Pero la defensa no se excluye cuando el agresor se comporte de un modo más peligroso a lo esperado (Luzón, 2016: pp. 423-424).

Una sexta tesis niega la legítima defensa al provocador intencional fundado en que éste induce o incita a otro a cometer una tentativa, cuya punición dependerá si la conducta del agente provocador se considere punible, debiendo cumplir para ello todos los presupuestos objetivos y subjetivos de la imputación (Frister, 2011: p. 334/ Luzón, 2016: p. 424). En nuestro derecho, la instigación o inducción se encuentra establecida en el art. 15 N° 2 del CP como forma de autoría. El inductor es definido como quien de manera directa forma en otro la resolución de ejecutar una conducta dolosa, típica y antijurídica. Se excluye la instigación en los delitos culposos y la instigación omisiva. En cuanto a los requisitos para que la instigación sea punible, estos son: que el instigado sea el autor del delito; que sea directa; determinada; debe ser aceptada por el instigado (Politoff, Matus, Ramírez, 2004: t. I, pp. 427-428). En definitiva, conforme a esta tesis tanto provocador

como provocado debe ser castigados penalmente, el primero como autor inductor y el segundo como autor ejecutor o directo de los hechos constitutivos de agresión ilegítima, siempre que ellos constituyan un delito.

Una séptima tesis de origen italiano formulada por Padovani, niega el derecho de legítima defensa al provocador intencional, a la provocación aceptada, y a la no evitada, por no concurrir en el agredido el requisito de la constricción o compulsión, es decir, que el sujeto se vea enfrentado a la situación sin salida (*bloccata*) de defenderse o sucumbir ante la agresión. Ello no ocurre si el sujeto intencionalmente provoca la agresión para golpear a otro, o cuando conscientemente se acepta una provocación (acepta batirse a golpes, salvo que alguno supere los límites de lo consentido), o no la evita pudiendo hacerlo sin perjuicio alguno (sujeto sabe que otro lo espera en cierto lugar para golpearlo y en lugar de evitarlo va a hasta allí) (2006: pp. 159-160). La tesis es criticable, por cuanto bajo sus postulados igualmente debería negarse la legítima defensa en todos los casos en que el sujeto pueda huir, pues según vimos el *commodus discessus* no es exigible. La legítima defensa no es subsidiaria, el sujeto no está obligado a esperar que ya no le quede otra salida, exigir esto sería confundirla con el estado de necesidad. Por otro lado, la última hipótesis que formula el autor italiano no es correcta, por cuanto al amenazado no tiene por qué limitársele su libertad personal, aunque concurra al lugar donde se encuentra el agresor igualmente conserva su derecho a la defensa plena.

A diferencia de todo lo antes señalado, otros autores alemanes (Bockelmann, Spendel, Mitsch, Kiefner) sostienen que el provocador intencional conserva plenamente el derecho a la legítima defensa, dado que la provocación no le quita el carácter antijurídico a la agresión y por eso el provocador no puede quedar sin protección frente al agresor (Roxin, 2006: t. I, p. 640). Esta tesis encuentra sus orígenes en los antiguos penalistas alemanes, para quienes no importaba si el agredido había dado ocasión al ataque o fuere culpable por este, pues consideraban que aún en ese caso la legítima defensa plena era procedente (Berner, 2020: p. 12/ Von Liszt, 2006: t. I, p. 228/ Merkel, 1906: p. 233/ Von Beling, 1944: p. 28). En Italia, esta tesis es seguida por Maggiore para quien ninguna

disposición legal, jurídica o moral, concede al provocado derecho de vida o de muerte sobre el provocador; luego a este también le compete el derecho de legítima defensa (1985: t. I, p. 410). En el mismo sentido Antolisei, para quien la agresión es injusta, aunque haya sido provocada por el agredido, pues la provocación no excluye la ilicitud del hecho, admitiendo la defensa plena en favor del amante sorprendido por el marido engañado y la defensa contra la reacción defensiva excesiva (1988: pp. 209 y 210).

En cambio, otro sector se inclina por reconocer al provocador intencional un derecho limitado de defensa, debiendo ejercerla de manera escalonada conforme a las restricciones ético-sociales o teoría de los tres niveles (Jescheck, 2002: p. 531/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 100). Lo anterior significa que en primer lugar el provocador intencional debe tratar de esquivar el ataque, si ello no es posible debe ejercer una defensa protectiva y soportar ligeros daños, sólo si todo ello no fuese posible puede ejercer una defensa agresiva como medida de último recurso. Esto es así ya que el Derecho no puede poner al provocador en una situación sin salida en que deba entregar su vida o incurrir en responsabilidad penal. Rechaza esta tesis Roxin, cuestionando que el provocador intencional conserve su derecho a defensa cuando no pueda huir, pues indica que ¿por qué tiene que conservar tal derecho sólo cuando no puede hacer lo que quiere? (2006: t. I, p. 641).

Una tesis intermedia propuesta por Hassemer señala que debe negarse la legítima defensa al provocador intencional sólo cuando este ha logrado transformar al provocado en un instrumento bajo su control, lo cual hace desaparecer los requisitos de la legítima defensa. Por lo tanto, niega la justificante sólo en el caso que el provocador se convierta en autor mediato por dominio de la voluntad del provocado. Esto supone que el acto provocador constituya un ardid de tal entidad que sea capaz de dominar completamente la voluntad del provocado, al punto que este obre sin posibilidades de resistirse al impulso vindicativo. Esta tesis encuentra antecedentes en la obra de Welzel, quien consideraba la provocación intencional como un caso de autoría mediata, negando la admisión de la eximente de legítima defensa en tal hipótesis, dado que desde la óptica finalista el sujeto

tenía el dominio comprensivo del hecho (1956: pp. 110 y 111). Sin embargo, el ilustre penalista alemán no avizoró que en la gran mayoría de los casos las provocaciones intencionadas no llegan al extremo de anular las facultades de autodeterminación del sujeto provocado, por lo que su planteamiento sólo sería aplicable en ese extremo. En la doctrina española adhiere a esta tesis Quintero (2002: p. 516), admitiendo la concurrencia eximente incompleta si es que el provocador no logra dominar completamente la voluntad del provocado.

Buena parte de los autores de habla hispana, siguiendo la dogmática alemana dominante, se inclinan por negar al provocador intencional o de pretexto tanto la eximente completa como la incompleta de legítima defensa (De Toledo y Huerta, 1986: p. 223/ Díaz Palos, 1971: pp. 75 y 126/ Gómez, 1991: pp. 183 y 193/ Iglesias, 1999a: p. 457/ Quintero, 2002: p. 516).

Sin embargo, hay algunos autores que admiten la defensa del provocador intencional, pero con distintas soluciones dogmáticas. Así, Valle Muñiz se inclina por reconocer una eximente incompleta de legítima defensa en favor del provocador intencional, pues entiende que en este caso se mantienen los presupuestos esenciales de la legítima defensa, esto es, la necesidad de protección individual y supraindividual del ordenamiento jurídico (1992: p. 585-586). Por su parte, si bien Jiménez de Asúa no reconocía al provocador intencional el derecho a amparase en la legítima defensa, señalaba que aun en estos casos no puede exigirse a quien es acometido, tras su previa provocación, que soporte impávido el ataque contra su vida, por lo que podrá ampararse en la causal genérica y supralegal de inculpabilidad de no exigibilidad de otra conducta, constituyendo un caso de estado de necesidad exculpante (1982: t. IV, p. 246/ t. VI, pp. 986 y 987). Igualmente, para Zaffaroni el provocador intencional que es atacado se ve en una situación de necesidad, por lo que puede obrar al amparo del estado de necesidad exculpante. Para el profesor argentino, aun cuando el provocador busque matar al provocado, falta el tipo objetivo, la provocación no puede considerarse tentativa de homicidio y además el provocador intencional no tiene dominio del hecho, no sabe qué

hará el provocado frente al acto provocador, por lo que estos casos deben resolverse de la misma forma que la provocación culposa (1985: pp. 494-495). Esta solución que se traduce en que la defensa del provocador intencional sólo podrá desplegarse de manera subsidiaria cuando no es posible huir, protegerse o recibir auxilio y sujeta a los límites de la proporción entre males. A su turno, Iglesias Río niega la defensa completa e incompleta al provocador intencional, pero excepcionalmente admite una causal de exculpación en su favor fundada en la no exigibilidad cuando la respuesta del provocado es absolutamente desproporcionada con peligro para la vida del provocador (1999a: p. 457).

En cambio, en Chile varios de nuestros penalistas, siguiendo a la doctrina germana, niegan la legítima defensa completa e incompleta al provocador intencional, quien tendrá plena responsabilidad penal por la acción cometida en contra del provocado (Etcheberry, 2001: t. I, p. 257/ Cousiño, 1979: t. II, p. 301/ Novoa, 2009: t. I, p. 349). Distinta es la posición de Politoff, Matus y Ramírez, quienes siguiendo a Jiménez de Asúa sostienen que el provocador no tiene por qué soportar impávido un ataque contra su vida, pudiendo ejercer una defensa degradada por exceso en la causa, caso en el cual se debe reconocer la eximente incompleta del art. 73 del CP, o bien, si hay riesgos para la vida o integridad física con efectos anímicos en el sujeto, puede haber una exclusión completa de la culpabilidad por no exigibilidad a través de la eximente de miedo insuperable del art. 10 N° 9 del CP (2004: t. I, p. 222).

b). La provocación culposa o imprudente.

En la provocación culposa, el sujeto obra sin intención o dolo de provocar a otro, pero su conducta, valorada razonablemente conforme a todas las circunstancias del caso concreto, permite considerar a la agresión como una consecuencia adecuada y previsible de la infracción de deber del agredido (Roxin, 2006: t. I, p. 644). Eser y Burkhardt la denominan “inmisión culposa en una situación de riesgo” (1995: p. 240). Se trata de casos en los cuales el sujeto provocador no ha buscado enojar o irritar a otro, ni siquiera ha querido originar conflicto alguno. Pero, debido a una conducta imprudente, que se traduce

en no prever que su actuar previo tenía el potencial para desencadenar una agresión ilegítima en su contra, se ha visto enfrentado a una situación de riesgo para sus bienes jurídicos. Por lo tanto, la culpa reside en que el sujeto no prevé el peligro que puede generar su conducta, la cual hubiese abstenido de realizar si hubiese empleado un mayor grado de diligencia, pues en ese caso se hubiera percatado del potencial de su actuar para desencadenar en otro una conducta agresiva. Al igual que la provocación dolosa, aquí también se exige que la conducta provocadora tenga cierta gravedad, esto es, que sea antijurídica y también que la reacción del provocado sea previsible por parte del provocador (Eser y Burkhardt, 1995: p. 241/ Roxin, 2006: t. I, p. 644/ Iglesias, 1999a: p. 477).

La mayoría de la doctrina hispana (Díez Ripollés, 2020: p. 313/ Luzón, 2002: p. 566/ Cerezo, 1997: t. II, p. 227/ Bacigalupo, 1998: p. 126/ Zaffaroni, 1985: p. 494 / Creus, 2010: t. I, p. 319) y germana (Maurach y Zipf, 1992: t. I, p. 457/ Wesels, Beulke y Satzger, 2018: p. 228/ Roxin, 2006: t. I, p. 641/ Jakobs, 1995: p. 487/ Frister, 2011: p. 334) admite que la provocación culposa es suficiente para excluir la legítima defensa plena o perfecta. Sin embargo, en contra se pronuncia Cousiño, quien desde la óptica de la teoría finalista de la acción, señala que jurídicamente los términos "provocación" e "imprudente" son antónimos, ya que no puede concebirse una provocación sin su elemento subjetivo como un inseparable *ad latere*, es decir, la acción finalista que tiene como meta enojar o irritar a otro. Según el desaparecido penalista chileno, esto vale aun en los casos extremos en que por imprudencia o negligencia en la ejecución de una acción se produzca casualmente el enojo irritación de otro, siendo este el caso de los adúlteros que son sorprendidos *in fraganti* por el marido engañado[57]. Por lo tanto, concluye, en los casos de provocación

[57] En contra de esta solución se pronunció Jiménez de Asúa, sosteniendo que "los adúlteros saben bien que su conducta se reputa –con motivo o sin él- como afrentosa para la víctima de la infidelidad, y a pesar de ello, esa ofensa de necesaria secuela, no les haría retroceder en sus amoríos ilícitos". En base a ello concluye que los adúlteros obrarían al menos con dolo eventual o bien con dolo de consecuencias necesarias (1982: t. IV, p. 246). En cambio, Jakobs sostiene que el adulterio no constituye provocación, ya que las conductas inmorales no pueden considerarse como provocadoras (1995: p. 488). Esta última posición no puede compartirse, por cuanto como observa Palazzo el adulterio es la violación de una obligación jurídicamente relevante, que es la fidelidad conyugal (2008: p. 401).

culposa siempre existe la posibilidad de legítima defensa frente al ataque del putativamente provocado (1979: t. II, pp. 304 y 305). También se pronunció en contra de la postura dominante, pero con distinto fundamento, Núñez. Para el jurista argentino la provocación exige falta de inocencia de su autor, no bastando con la imprudencia estimuladora o determinadora de la agresión para excluirla. Agrega que, aunque en este caso la génesis de la agresión no se encuentra en el propio agresor, la conducta del provocador imprudente carece de la base voluntaria indispensable para reprocharle como obra intencional suya el ataque de que es víctima. Sostiene que la voluntad del imprudente se dirige sólo al hecho calificable como tal, que es el querido por él, pero no abarca sus consecuencias, en este caso la reacción agresiva. Finaliza señalando que una broma pesada, la revelación inoportuna de una intimidad, la permanencia desmedida pero no intencional en el domicilio ajeno, la coquetería de una mujer, la exhibición imprudente de una cosa, aunque puedan excitar y desencadenar la agresión de quien la soporta, no manchan la defensa ulterior del agredido, de su persona o derechos. Por lo tanto, para el desaparecido maestro trasandino solo la provocación suficiente dolosa excluye la justificación plena a título de defensa necesaria (2000: t. I, p. 361). Otro que se pronunció en contra de estimar como suficiente la provocación culposa fue Carlos Santiago Nino, indicando que solo sería suficiente aquella provocación que busca la reacción de la víctima, sin importar cuál sea el propósito ulterior de activar la agresión. Según el jurista argentino, sólo en este caso desaparece la necesidad de defensa, ya que el provocador intencional no se ve sometido compulsivamente a la agresión de modo que la reacción defensiva sea ineludible (2002: pp. 133 y 134). En España, Rodríguez Devesa también sostenía que la provocación suficiente que excluye la defensa solo puede ser dolosa, fundado en que tal concepto era análogo al establecido en el art. 4 del antiguo Código penal español de 1944 que definía la provocación, en cuanto acto preparatorio punible, como incitar de palabra o por escrito a la perpetración de un delito (1994: p. 564)[58]. En

[58] El actual Código penal español de 1995 en su art. 18 N° 1 define de modo similar la provocación para cometer un delito, como acto preparatorio punible, al establecer que: *"1.- La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.*

México, el Código Penal Federal exige expresamente que la provocación suficiente debe ser dolosa[59].

De seguirse la tesis mayoritaria, en nuestro derecho nos encontramos con el problema de determinar cuál sería el parámetro para medir la culpa o negligencia del provocador culposo. Dado que la provocación debe ser suficiente en los términos del art. 10 N° 4 circunstancia tercera del CP, no hay un parámetro determinado para medir la misma, pues según vimos hay varias tesis al respecto. De esta manera, para el lego el requisito de suficiencia no es determinable *a priori*, no sabrá a que debe prestar cuidado para evaluar si su conducta es o no provocadora: a lo adecuado ético-socialmente, a la experiencia, a lo antijurídico, a lo que pueda alterar emocionalmente a otro. A su turno, el juez deberá optar por uno de los criterios que antes hemos aludido para determinar la infracción al deber de cuidado, el cual ciertamente puede no ser coincidente con aquél que tuvo en vista el provocador al momento de evaluar su actuar.

La doctrina distingue dos tipos de provocación culposa: con culpa consciente, es decir aquella en que el provocador reconoce y acepta la posibilidad de que su conducta pueda ocasionar que otro agreda ilegítimamente, pero lo estima como improbable; con culpa inconsciente, en que el sujeto no prevé que su conducta puede provocar a otro a cometer una agresión ilegítima, pudiendo haber pronosticado tal resultado si hubiese empleado un poco más de diligencia (Iglesias, 1999a: pp. 471-472). La distinción es importante, ya que la posibilidad del provocador de ejercer defensa varia en uno u otro caso.

En los casos de provocación con culpa consciente se ha sostenido que el provocador, en principio, no pierde el derecho a ejercer legítima defesa, dado que necesita protección frente al ataque antijurídico, pero ella queda limitada debido a que existe un

… 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción".

[59] El Código Penal Federal Mexicano al regular la legítima defensa en su art. 15 IV señala expresamente que: "no medie provocación dolosa suficiente…". Por ello, la doctrina de ese país sostiene que el concepto conlleva una carga subjetiva específica, un fin de provocar, por lo que podrá defenderse justificadamente quien ha provocado la agresión culposamente (Malo, 2003: p. 418).

menor interés de preservación del Derecho. El agredido provoca la agresión por un comportamiento precedente que le es imputable, no es completamente inocente por la creación del peligro. En efecto, pudo percatarse del deber violado y prever el posible resultado, por lo que tenía contramotivos para abstenerse de realizar la conducta provocadora. En consecuencia, el provocador que obra con culpa consciente deberá ejercer una defensa conforme a las limitaciones ético-sociales o teoría de los tres niveles (*Drei-Stufen-Theorie*). Esto significa que primero debe evitar el ataque, escapar o pedir ayuda, si esto no es posible, podrá ejercer una defensa protectiva con medios no letales, debiendo soportar los daños insignificantes y si todo ello no fuese suficiente, recién podrá ejercer una defensa agresiva (*Trutzwehr*), pero solo si le amenaza un grave perjuicio (Wessels, Beulke y Satzger, 2018: p. 228/ Maurach y Zipf, 1994: t. I, p. 457/ Roxin, 2006: t. I, p. 642/ Eser y Burkhardt, 1995: p. 240/ Frister, 2011: p. 334). A favor de admitir estas restricciones ético-sociales en el derecho español se pronuncia Iglesias Río, para quien el fundamento de ellas reside en que el provocador sólo podrá defenderse dentro de un marco de consideración social, de solidaridad para con el agresor (1999a: pp. 473-474). En similar sentido, admitiendo sólo la procedencia de una defensa limitada, en lo posible sólo protectiva o no ofensora, la que nunca sería plenamente justificada se pronuncia Jiménez Díaz (2007: p. 37). Otra solución plantea que el provocador culposo sólo puede defenderse conforme a las reglas del estado de necesidad defensivo[60] y que, en todo caso, debe

[60] El estado de necesidad defensivo o defensa contra el peligro proveniente de cosas, en Alemania se encuentra expresamente regulado en el *§* 228 del Código Civil (BGB) que es del siguiente tenor: *"Quien dañe o destruya una cosa ajena para evitar un peligro, proveniente de ésta, para sí o para otro, no actúa antijurídicamente, si el daño o la destrucción son necesarios para evitar el peligro y el daño no es desproporcionado respecto del peligro. Si el agente fue responsable del peligro, entonces está obligado a indemnizar el daño*" (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 111). Un clásico ejemplo éste es la defensa contra ataques provenientes de animales, sin mediar dirección humana. La figura permite causar un daño mayor al evitado, siempre que no sea desproporcionadamente mayor. No obstante, la doctrina alemana ha ampliado su alcance por vía de una interpretación analógica del citado *§* 228 del BGC y *§* 34 del Código Penal, a fin de dar respuestas adecuadas a todo el espectro de situaciones de necesidad cuya superación requieren distintos grados de afectación de bienes jurídicos ajenos. De esta manera, el estado de necesidad defensivo se introduce como una categoría intermedia entre la defensa necesaria y el estado de necesidad agresivo. Según Pawlik, además de los supuestos básicos del *§* 228, el estado de necesidad defensivo se aplica frente a agresiones inculpables, defensas preventivas y en los casos en que ambas partes del conflicto son competentes por la creación de la fuente de peligro (2013: pp. 20-29). Por su parte, Roxin acepta la procedencia del estado de necesidad defensivo, pero sólo en dos casos: defensa de la vida o integridad física cuando el peligro proviene de una persona que no es responsable por la creación de éste y en los casos de

responder penalmente –a título de imprudencia- por la producción de la situación de legítima defensa (Jakobs, 1995: p. 487/ Stratenwerth, 2016: pp. 237-238).

Merece que nos detengamos un poco a analizar la solución que se pronuncia a favor del estado de necesidad defensivo. Según Baldó Lavilla, esta justificante se caracteriza porque en ella existe un sujeto que es, en alguna medida, responsable por la creación de la fuente de peligro que origina la situación de conflicto. El peligro se origina o emana de la propia esfera organizativa del sujeto que posteriormente se verá afectado por la acción de salvaguarda, pero éste sujeto no es plenamente responsable -a título de dolo- por la creación del peligro. Por esa razón, el principio de responsabilidad por el hecho se ve disminuido, lo cual produce dos limitaciones a la acción defensiva dirigida en contra los bienes jurídicos del sujeto preferentemente responsable por el peligro: debe ser absolutamente requerida o necesaria y el interés salvado no debe ser inferior al sacrificado (2016: pp. 9-12, 156-157). En consecuencia, el estado de necesidad defensivo autoriza un menor grado de afectación en los bienes jurídicos del agresor que los que autoriza la legítima defensa, dado que se exige observar una cierta proporcionalidad entre bienes en juego. El daño provocado al agresor puede ser mayor al mal evitado, pero no desproporcionadamente mayor. Además, la reacción defensiva queda sujeta a las limitaciones propias del estado de necesidad agresivo, esto significa que es subsidiaria, solo puede desplegarse si hay absoluta necesidad. De manera que si es posible conjurar el peligro de otra manera, como huir o pedir auxilio a terceros o a la autoridad, el sujeto necesitado deberá hacerlo, pues en caso contrario no obra justificado.

En España, el Código penal no contempla el estado de necesidad defensivo, no obstante, abogan por su reconocimiento por vía interpretativa *praeter legem* Baldó Lavilla (2016: pp. 9 y 11) y como causa de justificación supralegal por analogía *in bonam partem* Luzón Peña (2002: p. 570). Según este último, esta eximente analógica sería aplicable a aquellos casos en los cuales no cabe la legítima defensa, pero en los que se reacciona

defensa preventiva si no es posible pedir auxilio a la policía, pero siempre que no se llegue al extremo de acabar con la vida o integridad física del futuro agresor. En los demás casos se debe aplicar el estado de necesidad justificante del *§* 34 del Código Penal Alemán (2006: t. I, pp. 706-711).

contra la persona o cosa que crea el peligro, a saber: supuestos de falta de acción, acción imprudente, acción amparada en estado de necesidad, caso fortuito, obediencia debida con disvalor de resultado, peligros provenientes de cosas o animales, agresiones a bienes patrimoniales o a la morada que no llegan a la categoría de ilegítimas, agresiones antijurídicas pero no típicas, agresiones de personas no culpables (2002: p. 571).

Siguiendo lo postulado por Baldó Lavilla, el provocador culposo sólo podría defenderse al amparo del estado de necesidad defensivo, debido a que el agresor-provocado sería preferentemente responsable por la creación del peligro, pero no totalmente, pues su reacción fue desencadenada por la *actio praecedent* del agredido. Éste, a su turno, no es completamente inocente por la creación de la fuente de peligro, a diferencia de lo que ocurre en una situación de defensa necesaria no provocada o en el estado de necesidad agresivo. Siguiendo a Pawlik (2013: pp. 27 y 28), también se puede afirmar que ambas partes del conflicto son competentes por la creación de la situación de peligro, lo cual explica la reducción del alcance de la intromisión permitida en los bienes jurídicos del agresor.

En nuestro derecho no se encuentra expresamente contemplado el estado de necesidad defensivo. Una interpretación aboga por reconocer que el art. 10 N° 11 del CP contempla el estado de necesidad defensivo, dado que la norma establece el estándar de proporcionalidad de dicha justificante. Sin embargo, en contra se sostiene que el art. 10 N° 11 del CP no contiene de modo alguno la exigencia de que el peligro tenga su origen en la esfera organizativa del sujeto menoscabado por la acción de salvaguarda, exigencia definitoria del estado de necesidad defensivo (Mañalich, 2013: p. 719). Contra ello podría sostenerse que la norma en comento no distingue el origen del mal, por lo que este podría provenir de cualquier fuente. En todo caso, de seguirse una u otra tesis, el provocador culposo podría defenderse –con efecto justificante o exculpante- amparado por las reglas generales del estado de necesidad del art. 10 N° 11 del CP, debiendo observar conforme a ellas cuatro reglas: a) actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar; b). para salvar sus bienes jurídicos debe optar por el procedimiento menos lesivo, de manera que,

si este se traduce en huir o pedir ayuda estatal, deberá hacerlo; c) No debe causar a los bienes jurídicos del agresor un daño sustancialmente mayor al evitado; d) Que el sacrificio del bien amenazado no le sea razonablemente exigible. De esta manera, la defensa sería subsidiaria, es decir, sólo puede desplegarse como medida de último recurso, cuando no sea posible ejercer una defensa protectiva, pedir ayuda a la autoridad o a terceros, huir del lugar, como formas de preferentes de conjurar el peligro. Debe existir una absoluta necesidad del acto defensivo, esto es, que la única forma de salvación del bien jurídico afectado consista en agredir o afectar los bienes jurídicos del atacante. Igualmente, debe hacerse una ponderación estricta de los intereses en juego, puede causar al agresor un daño mayor al evitado, pero no puede ser sustancialmente mayor.

Sin embargo, la crítica que puede formularse a esta postura que reconoce al provocador culposo solo la posibilidad de defenderse bajo estado de necesidad defensivo, es que pasa por alto la razón en el cual se funda la mayor amplitud de la autorización de la legítima defensa respecto del estado de necesidad. Conforme indica Kindhäuser, esta diferencia no reside en el injusto del resultado lesivo, pues conforme a ello no cabría trazar diferencia entre la mordida de un perro y la estocada con un cuchillo, sino que esta radica en que la agresión ilegítima consiste una acción humana, motivada, voluntaria y evitable, en que el agresor tiene la posibilidad de adoptar un comportamiento alternativo (2013: p. 96). El agredido provocador, tanto doloso como culposo, al igual que el agredido no provocador se ve enfrentados a la misma fuente de peligro, esto es, una acción humana agresiva que atenta contra sus bienes jurídicos, por lo cual no hay razón para limitar la defensa del primero sujetándola a las reglas del estado de necesidad defensivo. Además, conforme señala Roxin (2006: t. I, p. 708), para admitir el estado de necesidad defensivo el sujeto del cual proviene el peligro debe ser inocente por la creación de éste, cualidad que no ocurre respecto del agresor-provocado, dado que libre y conscientemente ha optado por atacar al provocador. La inocencia del sujeto agresor por la creación del peligro que de él emana es el elemento esencial que fundamenta, por un lado, la subsidiaridad de la acción de defensa, y por otro, la disminución de la injerencia que se puede ejercer sobre sus bienes jurídicos al llevar a cabo la repulsa. En efecto, dado que el sujeto agresor no es

responsable por la creación del peligro, surge para el agredido un deber de solidaridad mínima para con él, que se materializa en la subsidiariedad de la acción salvadora que tenga que emprender sobre él y en la no afectación desproporcionada de sus bienes jurídicos en caso que ella deba ejercerse.

Veamos ahora la situación del provocador que obra con culpa inconsciente, respecto de él se reconoce el derecho a ejercer legítima defensa plena contra la agresión que ha provocado, ya que el sujeto no esperaba la agresión ilegítima como posible respuesta a su conducta, viéndose sorprendido por el curso de los acontecimientos que lo ponen en situación de necesidad. De esta manera, el provocador inconsciente se ve expuesto a una situación de peligro más grave que la enfrentada por el provocador doloso y el culposo consciente. Por ello necesita mayor protección, no pudiendo ser abandonado frente a la disyuntiva de sufrir la agresión o sufrir un castigo (Iglesias, 1999a: p. 472). La absoluta imprevisión frente al eventual peligro pone al provocador inconsciente en una situación de mayor vulnerabilidad frente al ataque. A su vez, el agresor queda entonces en una situación de mayor privilegio frente al desprevenido provocador, lo cual facilita la consumación de su agresión. Es por ello que el provocador inconsciente no puede quedar desprotegido frente al peligro que no avizora, por lo cual se le autoriza para ejercer la legítima defensa plena. Esta solución ha sido criticada, por cuando la procedencia de la justificación quedaría entregada al plano puramente subjetivo o fuero interno del provocador –previsión o imprevisión respecto de las consecuencias de su conducta-, por lo que sería mejor atender a un criterio objetivo, esto es, si el agresor podía sentirse objetiva y razonablemente provocado. Si conforme a tal criterio objetivo la conducta precedente del agredido era suficiente para provocar a otro, habrá infracción al deber de cuidado y por lo tanto se excluye la justificación plena de la acción defensiva. Si bien tal provocación imprudente no produce un quiebre radical de la paz jurídica, como si lo hace la provocación dolosa, es suficiente para pervertir una legítima defensa posterior, ya que el provocador debió prever las consecuencias de su actuar, omitiendo tal conducta (Iglesias, 1999a: pp. 475-476).

Finalmente, cabe señalar que en todos los casos de provocación culposa la doctrina dominante exige igualmente que la acción provocadora sea al menos una conducta antijurídica, aunque no es necesario que constituya un tipo penal (Jakobs, 1995: p. 487/ Roxin, 2006: t. I, p. 644/ Iglesias, 1999a: p. 477). Sólo basta con que sea contraria a Derecho, es decir, que infrinja cualquier prescripción del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la provocación puede consistir en una conducta atípica, caso en el cual no cabe predicar respecto de ella que sea dolosa o culposa, pues tales categorías son propias de los actos penalmente típicos. Más bien, en este caso, dolo se toma en el sentido que el sujeto obre queriendo provocar o, al menos, dándose cuenta del sentido provocante de su acción y culpa como actuar negligente.

Capítulo IV

Sobre la admisión de la legítima defensa sucesiva como conducta justificada.

El presente capítulo tiene por objeto dilucidar si es posible reconocer al agresor inicial el derecho a ejercer defensa sucesiva con efectos plenamente justificantes en contra del defensor que obra con exceso intensivo en la defensa, indicando los fundamentos que permitan sustentar tal postura. Para ello, primeramente, haremos una breve recapitulación de lo analizado hasta ahora, para luego hacernos cargo de las distintas soluciones propuestas por la dogmática que han negado tal posibilidad, haciendo una crítica a cada una de ellas. Luego, nos haremos cargo de resolver el principal problema que *prima facie* impediría reconocer la defensa sucesiva con efectos plenamente justificantes, esto es, si la agresión ilegítima puede considerarse provocación suficiente del exceso intensivo en la defensa. Para responder a esta interrogante, analizaremos cuál sería la solución que arrojaría cada una de las tesis existentes en la dogmática sobre el alcance que debe darse al término "suficiente", las cuales vimos en el capítulo anterior. Luego nos centraremos en analizar las tesis de la proporcionalidad y de la inculpabilidad o atenuación, los resultados de su aplicación para determinar la suficiencia de la agresión ilegítima para provocar el exceso intensivo. Tomaremos postura por una de ellas, exponiendo los requisitos que deben concurrir para admitir una legítima defensa sucesiva plenamente justificada. Finalmente, nos referiremos brevemente al alcance de la defensa sucesiva, su despliegue por parte de terceros y su procedencia frente al exceso extensivo posterior inmediato o continuado.

1. Recapitulación.

Según hemos analizado, las normas que consagran la legítima defensa autorizan el despliegue de una acción típica en contra de quien ilegítimamente agrede bienes jurídicos ajenos, a fin de salvaguardar los mismos, impidiendo el ataque inminente o repeliendo el

que está en curso. Tal acción de salvaguarda, no obstante ser típica, se considera justificada, es decir conforme a Derecho, siempre que sea racionalmente necesaria para conjurar el ataque, lo que se traduce en no causar al agresor un mal innecesario. Lo que es necesario para la defensa eficaz, esto es, el grado de afectación que deba causarse a los bienes jurídicos del atacante para impedir que comience la agresión inminente o vencerlo si ésta ya es actual, se determinará fundamentalmente en base a la naturaleza de la agresión, bienes jurídicos en juego y las posibilidades de defensa concreta que disponga el agredido. Por lo tanto, los límites de la permisión están fijados por el tiempo y por la necesidad. El primero se traduce en que la salvaguarda solo puede desplegarse en tanto la agresión ilegítima sea actual o inminente, quedando vedada una vez que el ataque cesa o se conjura. El segundo límite significa que sólo se puede dañar los bienes jurídicos del agresor hasta el punto de lo indispensable para impedir que comience su agresión inminente o ponerle fin, si es que esta ya comenzó.

En tanto el agredido despliegue su acción defensa dentro de los límites de la norma permisiva, surge para el agresor el deber de tolerancia, lo cual significa que no podrá oponerse mediante una conducta lesiva a la acción de defensa. Ciertamente el agresor frente a la defensa puede evitar los golpes, cubrirse o huir, pero no podrá repelerla mediante el uso de fuerza lesiva dirigida en contra del defensor. Siendo la defensa que se ejerce dentro de los límites fijados por el legislador legítima o conforme a Derecho, toda acción que se le oponga es antijurídica. Es por ello que no existe legítima defensa en contra de legítima defensa. Siendo la acción de salvaguarda permitida por el ordenamiento jurídico, es conforme a Derecho y el comportamiento que se opone a ella es necesariamente contrario al Derecho o antijurídico. El deber de tolerancia rige *erga omnes*, lo cual significa que no sólo pesa sobre el agresor que padece el acto de defensa legítima, sino también sobre cualquier otro sujeto.

Sin embargo, la maniobra defensiva que excede los límites de la permisión, no queda cubierta por la justificación de legítima defensa y es antijurídica, siendo punible conforme a los tipos penales que sancionan el uso de fuerza en contra de otros,

dependiendo de lo que constituya concretamente ese exceso (homicidio, lesiones, daños, etc.). Excedidos los límites de la justificación, recobran su vigencia las normas que prohíben la conducta típica que excepcionalmente se permite a título de defensa legítima. A su vez, el exceso hace cesar el deber de tolerancia que pesa sobre el inicial agresor, lo cual significa que puede obrar de manera lesiva en contra del defensor que ha excedido los límites del permiso, a fin de repeler el exceso en la defensa. En otras palabras, el inicial agresor puede repeler el exceso en la defensa, toda vez que este lesiona sus bienes jurídicos más allá de lo permitido por la causa de justificación, siendo entonces una conducta ilícita.

El exceso en la defensa tiene lugar cuando la intensidad de la misma sobrepasa los límites que impone la necesidad, afectando los bienes jurídicos del agresor más allá de lo que era indispensable para impedir o rechazar la agresión. Se incurre en tal exceso cuando se usa los medios o procedimientos defensivos más lesivos, en lugar de optar por los menos lesivos e igualmente eficaces que están a disposición del defensor y cuando el medio defensivo se usa de manera inmoderada, causando más daño del necesario. El exceso temporal, es decir, aquel que se prolonga más allá del cese definitivo de la agresión, se le denomina exceso impropio, ya que no existiendo agresión ilegítima actual, constituye una nueva agresión ilegítima y no un exceso de aquello que fue inicialmente lícito. Sin embargo, cuando el exceso temporal tiene lugar de manera inmediata y sin solución de continuidad con el acto defensivo legítimo, es decir, cuando la defensa se prolonga en el tiempo más allá de lo necesario, es valorativamente asimilado al exceso intensivo o propio.

La defensa ejercida oportunamente (durante la inminencia o actualidad de la agresión) y dentro de los límites de lo racionalmente necesario para conjurar el ataque, es permitida o lícita y toda conducta que se le oponga es antijurídica o ilícita. A su turno, la defensa ejercida fuera de los límites temporales (cuando la agresión ha cesado o se ha vencido al agresor) y de lo racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión, constituye exceso y es antijurídica, siendo toda conducta que se le oponga justificada o lícita

En consecuencia, el exceso de la defensa opera como factor que torna ilícita la conducta que inicialmente era lícita o permitida y, a su vez, invierte las categorías jurídicas que inicialmente ocupan el agredido y el agresor, pasando el primero a ser agresor ilegítimo y el segundo a ser el agredido. Desde el punto de la ontología formal del Derecho, el exceso hace variar el carácter lícito de la defensa, que en principio fue conforme a Derecho, tornándola prohibida o antijurídica, haciendo que toda conducta que se oponga a este exceso sea ahora permitida o lícita.

Decimos que el exceso en la defensa es antijurídico en el sentido atribuido por Welzel a este concepto, esto es, como relación de contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico de carácter eminentemente objetiva (2004: 77 y 96). De manera más específica, el exceso sobrepasa los límites del tipo permisivo, siendo punible conforme a los tipos penales que sancionan el uso de la violencia, según aquel en que sea subsumible la conducta constitutiva de exceso. Por lo anterior, necesariamente la conducta destinada a repeler el exceso es lícita o conforme a Derecho.

Cuestión distinta es el grado de injusto de quien se excede en el ejercicio de una causa de justificación, el cual puede considerarse menor respecto de quien comete la misma conducta ilícitamente desde un inicio, lo que tendrá importancia al momento de conmensurar la pena a imponer al defensor excedido. Pero el exceso en la defensa no pierde por ello su carácter objetivamente antijurídico, ni afecta el carácter lícito o permitido de la conducta que busca repelerlo. En efecto, la antijuridicidad, en cuanto concepto relacional objetivo, sólo indica la contrariedad o no de la conducta con las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto, sin considerar elementos de tipo subjetivo o juicios de valor sobre la conducta en sí.

A modo de graficar lo antes expuesto, puede sostenerse que los límites impuestos por el legislador a la legítima defensa apuntan a establecer un punto de equilibrio entre agresión y defensa, de manera que esta última no cause a los bienes jurídicos del agresor daños innecesarios o no requeridos para conjurar el mal. Desde luego, este punto de equilibrio no significa igualdad entre los potenciales lesivos de la defensa y el ataque, por

cuanto le es permitido al defensor causar un daño mayor al agresor que el producido por la agresión o que el potencial lesivo de agresión inminente, siempre que sea necesario para impedirla o repelerla con éxito. El desequilibrio se producirá cuando el defensor opta por el medio defensivo más lesivo entre varios igualmente eficaces disponibles, cuando el medio elegido se utiliza de modo innecesario y, en todo caso, cuando existe una desproporción enorme o extrema entre los bienes jurídicos afectados por la agresión y la defensa, respectivamente. Todas estas hipótesis constituyen casos de exceso intensivo en la defensa, el cual una vez producido faculta al inicial agresor –que ahora pasó a ser agredido- para ejercer defensa sucesiva, como medio de repeler el exceso en el uso de fuerza desplegado por el inicial defensor, recuperándose de esta manera el equilibrio perdido debido al exceso en la defensa. De esta manera, se evita que tanto agredido como agresor sufran afectaciones en sus bienes jurídicos más allá de lo necesario para superar la situación de conflicto. Por lo tanto, la permisión del defensor inicial para ejercer legítima defensa limita con la permisión del agresor de ejercer defensa sucesiva, pero esta última sólo nace cuando la primera cesa a causa del ejercicio excesivo de la defensa.

Este es el esquema bajo el cual opera, en puridad, la legítima defensa y la defensa sucesiva o defensa contra el exceso en los ordenamientos que consagran esta causa de justificación de manera bipartita, es decir, exigiendo sólo sus dos requisitos esenciales para configurarla: la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio defensivo. Sin embargo, la simpleza de este esquema se perturba o altera en los ordenamientos de raíz hispánica como el nuestro, en que se exige un tercer requisito para configurar la legítima defensa perfecta, el cual consiste en la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

En virtud de esta exigencia se niega el derecho a ejercer defensa, con efectos plenamente justificantes, a aquel que mediante una conducta previa ha originado, de manera suficiente, la agresión de otro en su contra suya. El provocador suficiente queda deslegitimado para ejercer defensa legítima, toda vez que la creación de la situación de peligro para sus bienes jurídicos es atribuible, en parte, a su propio comportamiento previo

reprobable. La defensa del provocador se encuentra viciada en su causa, pues la agresión ilegítima no ha surgido de la sola motivación y voluntad del agresor, caso que se considera de pureza causal siguiendo a Jiménez de Asúa (1982: t. IV, pp. 245-246), sino que el provocador ha determinado el origen de la agresión. Por lo tanto, al provocador suficiente que se defiende sólo se le podrá reconocer una defensa imperfecta a título de eximente incompleta, morigerándose la pena conforme a los arts. 11 N° 1 y 73 del CP.

Lo perturbador o anómalo de este tercer requisito radica en que degrada la defensa del provocador, pese a que la agresión conserva objetivamente su carácter de ilegítima o antijurídica, existiendo igualmente una lesión o puesta en peligro para los bienes jurídicos del provocador-agredido y, por ende, necesidad abstracta y concreta de obrar en defensa. Esta necesidad es reconocida implícitamente por el legislador al permitir que un tercero, que no tomo parte en la provocación, pueda obrar en defensa del acometido al amparo de la legítima defensa de terceros o de próximos parientes, en su caso, según reza el art. 10 N° 5 y 6 del CP. En este caso, el tercero obra plenamente justificado, siempre que no actúe impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Pero se genera la paradoja que en una misma situación y desplegando la misma conducta, un sujeto obra justificado (el tercero defensor) y el otro no (el provocador agredido). Dicho de otra forma, frente a la misma agresión el tercero defensor obra lícitamente y el provocador agredido que se defiende obra antijurídicamente. Si bien en favor de este último debe reconocerse la concurrencia de la atenuante de eximente incompleta del art. 11 N° 1 del CP, esta no se funda en un menor grado de antijuridicidad como sostiene Náquira (1998: p. 449), dado que esta no es graduable, sino en un menor grado de culpabilidad por exigibilidad disminuida para determinarse conforme a Derecho, dada la anormalidad de las circunstancias concurrentes (Cury, 1994: t. II, p. 105).

Todo lo anterior es más patente frente a casos en que la provocación origine un ataque contra bienes jurídicos primarios o esenciales del provocador (vida o grave daño a la integridad corporal), hipótesis en la cual el acometido se verá ciertamente en la necesidad de ejercer una defensa extrema, so pena de fallecer o padecer graves secuelas.

En este caso, la provocación previa igualmente anula la posibilidad de estimar como plenamente justificada tal defensa ejercida en esa situación de extrema necesidad y peligro. Pese a que la conducta constitutiva de agresión ilegítima sea dolosa y atente contra los bienes jurídicos estimados como más valiosos por el ordenamiento jurídico y, por ende, el grado de injusto es máximo, de todas maneras se niega la justificación plena a quien la provocó suficientemente.

La doctrina ha señalado que el distinto trato que el legislador da al provocador que se defiende y al tercero que obra en su defensa, demostraría que la ley acoge la teoría del injusto personal (Zafaroni, Aliaga, Slokar, 2007: p. 491). Esta tesis postulada por el finalismo sostiene que la acción es antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor le asignó al hecho delictivo, la actitud con que lo cometió, los deberes que lo obligaban al respecto, todo junto a la lesión al bien jurídico (Welzel, 2004: pp. 107 y 108). Si esto lo enfocamos en el provocador nos obligaría a exigir en su obrar una finalidad desvalorada que sea de tal entidad que torne ilícita su defensa frente al ataque del provocado. La mera finalidad de hacer enojar o irritar a otro no sería suficiente para negar la defensa al provocador, ya que la agresión perfectamente puede ser una conducta no prevista o no querida por él. Tampoco puede sostenerse que por el mero hecho de provocar surja para el provocador un deber de soportar todas las consecuencias del hecho como lo postulaba la tesis del *versari in re illicita*. El Derecho no puede exigir al sujeto que soporte estoicamente un ataque contra sus bienes jurídicos fundamentales, por la mera causación de la agresión. La única finalidad que puede hacer ilícita la defensa del provocador, por existir un injusto personal, es que su provocación tenga por fin desencadenar la agresión del provocado para lesionarlo bajo la apariencia de una legítima defensa. Según vimos, esto es lo que se conoce como provocación dolosa preordenada o pretexto de legítima defensa, en que el sujeto en realidad obra con dolo directo de lesionar al amparo de una situación de legítima defensa pre-constituida. Bajo esta óptica finalista, provocación suficiente sería la provocación dolosa preordenada o pretexto de defensa. Quien provoca a otro con la finalidad de lesionarlo al amparo de la legítima defensa, obra de manera injusta, esa finalidad de su conducta es desvalorada por el ordenamiento jurídico, dañosa

para la convivencia social, razón por la cual se considera su ulterior defensa como antijurídica, pues con ella consuma su plan lesivo.

Sin embargo, otra parte de la doctrina rechaza la teoría del injusto personal postulada por el finalismo, ya que hace depender la antijuridicidad de la conducta de lo que hay en el fuero interno del sujeto, exigiendo un elemento subjetivo en la justificación, con lo cual el Derecho viola la intimidad de la persona, idea contraria a un Derecho penal liberal (Guzmán, 2015: pp. 123-124). En este supuesto, la legítima defensa exigiría la presencia de un *animus defensionis*, el cual queda excluido cuando se provoca previamente al agresor con el fin de lesionarlo bajo pretexto de defensa[61]. Si seguimos la tesis objetiva que rechaza el injusto personal, ella nos conduciría a buscar un fundamento diferente que explique el desigual trato que da el legislador al provocador y al tercero que obra en defensa, frente a la misma agresión antijurídica.

El clásico fundamento que se esgrime para negar al provocador el derecho a la defensa plena es que en su actuar no concurre el fin supraindividual de la legítima defensa, esto es, obrar en defensa del ordenamiento jurídico, o bien, este queda enormemente mermado. Respecto del provocador intencional se sostiene que, al romper la paz, queda deslegitimado para ser defensor del orden jurídico, no hace prevalecer el Derecho cuando únicamente está poniendo en escena una agresión con fines dañinos. En tanto que respecto del mero provocador que no busca agredir posteriormente, se señala que el interés en el prevalecimiento del Derecho es mucho menor, suscita mucho menos excitación en la población, ya que proceden de interacciones con culpa de ambas partes (Roxin, 2006: t. I, pp. 640 – 642/ Stratenwerth, 2016: p. 237).

No obstante, como indica Luzón, este fundamento no resulta convincente, ni siquiera frente a la provocación intencional, ya que no se ve por qué el Derecho no va a necesitar ser defendido por el provocador, ni por qué este no aparecería a los ojos de la

[61] Bajo este enfoque también se puede sostener que se excluye el *animus defensionis* cuando el que obra en defensa de un extraño lo hace impulsado por resentimiento, venganza u otro motivo ilegítimo, exigencia que establece el art. 10 N° 6 del CP.

comunidad como representante y guardián del Derecho. No existe por parte del provocador una renuncia ostensible a la protección jurídica (2002: pp. 566 y 567). Estamos de acuerdo con esta observación del maestro español, dado que la provocación puede consistir en un acto antijurídico de mínima entidad o nocividad para algún bien jurídico secundario, frente al cual el provocado tenga una respuesta inesperada y desproporcionada, atacando bienes jurídicos primarios del agredido que nunca fueron amenazados por el acto provocador. En ese escenario, se genera una nueva situación de conflicto, mucho más peligrosa que aquella generada por el acto provocador, la cual emana completamente de la voluntad del provocado, quien se ha dejado llevar por su ánimo vindicativo o carácter pendenciero. Frente a este mayor peligro que el provocado ha generado por su reacción desproporcionada para los bienes jurídicos primarios del provocador, no se ve por qué el Derecho debe dejar a este último desamparado y abandonado a su fatal suerte.

La agresión ilegítima, como elemento central que autoriza el ejercicio de la eximente, no pierde su carácter de tal, ni se desnaturaliza por el hecho de haber sido provocada suficientemente. En consecuencia, tampoco se altera la consecuencia derivada dicha agresión, consistente en la preponderancia que el ordenamiento jurídico confiere a los bienes jurídicos del agredido por encima de los del agresor, autorizando la afectación o sacrificio de los de este último para solucionar el conflicto. Dicha preponderancia se funda justamente en el hecho que es el agresor quien, mediante su agresión ilegítima, ha creado la situación de peligro para los bienes jurídicos del agredido, colocándolo en una situación de necesidad. En definitiva, esta causal de justificación salvaguarda los bienes jurídicos del agredido los cuales son preponderantes frente a los del agresor, aun cuando los bienes que colisionan sean cualitativamente iguales (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 71). Esta preponderancia no desaparece por el hecho que el agresor haya provocado al agresor.

Otra crítica al argumento que niega la defensa al provocador por ausencia del fundamento supraindividual de la justificante se puede construir en base al estudio que

realizó Kindhäuser (2013) sobre el significado de la frase "el derecho no necesita ceder ante el injusto" (*Rechts braucht dem Unrecht nicht zu weichen*) formulada Berner a mediados del siglo XIX, a partir del cual se erigió tal fundamento. Según el profesor alemán, Berner al postular esa fórmula no se refería al Derecho en general, ni siquiera a la defensa del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino sólo a la protección concreta de la posición jurídica. Es el derecho agredido el que quiere afirmarse frente a su agresiva negación. La legítima defensa busca preservar la posición que corresponde al agredido en razón del derecho, frente a la trasgresión de un límite jurídico por parte del agresor (2013: pp. 71, 90). La palabra *Recht* (derecho) utilizada por el jurista decimonono sería sinónimo de derecho subjetivo del agredido. En consecuencia, no existe entonces el llamado fundamento supraindividual de la legítima defensa, la eximente sólo tiene por finalidad salvaguardar el derecho o bien jurídico individual concretamente agredido, resolviendo la situación de conflicto mediante la fijación de límites normativos a la respuesta defensiva. El fundamento de la eximente sería únicamente individualista, consistente en la defensa del bien jurídico agredido[62]. Desde un punto de vista normativista, se ha sostenido que la legítima defensa no busca la afirmación de la validez empírica del orden jurídico, sino el restablecimiento de la relación intersubjetiva que existe entre agresor y agredido, que el primero cumpla con el deber de no lesionar el derecho subjetivo del agredido (Palermo, 2007: p. 332). Desde otra óptica, Frister sostiene que el fundamento supraindividual es cuestionable, ya que la preservación del ordenamiento dependerá de la importancia de la norma infringida y el valor del bien jurídico agredido. Postula que debido a ello es preferible una explicación de la legítima defensa que se funde puramente en derechos individuales, en base a ella se concluye que los intereses del agresor no son dignos de protección en la situación de defensa, ya que la colisión entre bienes jurídicos se ha producido por su voluntad antijurídica, por lo que debe aceptar que se resuelva a su costa

[62] Concretamente, lo que señaló Berner al respecto fue que: "Si el fundamento del derecho de legítima defensa yace en que el derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto, de ello se sigue evidentemente no sólo el derecho de defensa propia, sino también respecto de todo tercero cuyo derecho es agredido. Así lo reconocen las leyes. Es el derecho amenazado el que cada cual tiene derecho a defender" (2020: p. 14). La postura de este autor es fiel expresión del liberalismo decimonónico.

dicha colisión. (2011: p. 320). Igualmente, se pronuncia rechazando el fundamento supraindividual Jakobs, para quien en la legítima defensa se defiende el bien atacado y nada más (1995: p. 467).

Por otro lado, el fundamento supraindividual radicalizado significa poner al individuo al servicio del Derecho y del Estado, desconociendo su posición de primacía frente a ellos. Según indica Iglesias Río, en la situación de defensa no es la dignidad del Derecho ni la del Estado la que está en juego, sino la dignidad del hombre, principio que se encuentra en la cúspide del sistema jurídico, impidiendo cualquier instrumentalización del ser humano para la consecución de fines estatales, como sería la estabilización de la paz social (1999a: p. 17). En este sentido y más recientemente se ha sostenido que "la defensa del orden socio jurídico, la prevención de delitos, la disuasión de delincuentes, se impone principalmente a las autoridades estatales -como la policía- y no al individuo, incluso en el marco de la defensa privada" *[…that defence of the social-legal order, prevention of crimes, deterrence of criminals etc. are imposed primarily on the state authorities (such as the police) and not on the individual—even within the framework of private defence*.] (Sangero, 2006: p. 212).

Lo anterior no implica desconocer la existencia de contenidos supraindividuales en la legítima defensa, pero estos se expresan en la imposición de limitaciones en la reacción defensiva tales como el principio de menor lesividad, ponderación de bienes jurídicos en conflicto y la proporcionalidad. Todas buscan que la respuesta defensiva no se transforme en una lesión mayor al ordenamiento jurídico que aquella constituida por la agresión ilegítima. De manera que la supraindividualidad se manifiesta en la imposición de restricciones a la respuesta defensiva en consideración a la entidad de la agresión, conteniendo con ello el ilimitado alcance que el individualismo liberal decimonono le imprimió a la eximente.

No existiendo un fundamento supraindividual de base en la eximente, cae entonces el argumento de falta de legitimación del provocador para obrar en defensa del ordenamiento jurídico. Claramente persiste para el provocador el fundamento individual

de la eximente y no se ve razón para negarle su derecho a repeler la agresión ilegítima que atenta contra sus bienes jurídicos.

Dada la insuficiencia de la primera tesis, surge una segunda que funda la negativa del provocador para defenderse en la inexistencia del requisito de necesidad abstracta de defensa. Según esta postura, quien provoca a otro con el propósito de desencadenar en el provocado una agresión ilegítima, no se ve expuesto a una situación de peligro sorpresiva o inesperada, su ánimo no está sometido a una situación compulsiva, de modo que la ejecución de la acción defensiva fuese ineludible (Nino, 2002: p. 133). Por lo tanto, frente a la agresión que es buscada y esperada, no existe necesidad abstracta de obrar en defensa, ya que el provocador puede recurrir a otros medios menos costosos para conjurar el ataque, como huir, pedir ayuda o esquivar. Incluso podría no haber provocado, cesar la misma o impedir que ella escale en intensidad. El conocimiento acerca de la probabilidad cierta de un ataque futuro hace que el provocador no quede frente a una situación de todo o nada, es decir, de defenderse o padecer las consecuencias de la agresión. En consecuencia, la defensa del provocador intencional o de propósito es antijurídica por no existir la necesidad de obrar de ese modo.

Sin embargo, esta segunda tesis tampoco resulta convincente para negar al provocador el derecho a defenderse por varias razones: En primer lugar, no es cierto que la provocación haga desaparecer la necesidad abstracta de defensa o *necessitas defensionis*, ya que para que esta surja basta con que exista una agresión ilegítima que ponga en peligro o atente contra bienes jurídicos de otro. Es la existencia de una acción humana agresiva contraria a Derecho la que hace surgir una situación de necesidad cualificada que autoriza al agredido a repelerla de un modo normativamente más amplio que el estado de necesidad. Originado el derecho de defensa en tal situación, éste no es subsidiario, lo que significa que para ejercerlo no se requiere previamente agotar las posibilidades de huir, pedir ayuda o esquivar. En segundo lugar, al exigir que exista una compulsión del ánimo para hacer procedente la legítima defensa, confunde la misma con una causa de inculpabilidad. En efecto, entiende que el agredido no puede obrar de otro

modo, ya que la anormalidad de las circunstancias concomitantes, especialmente el peligro inminente o lesión desencadenada, le impide determinarse de otro modo menos lesivo. De aceptarse lo anterior, debería negarse también el derecho de legítima defensa al agredido que se defiende con ánimo sereno o tranquilo. En tercer lugar, aun cuando el sujeto haya provocado el ataque, ello no significa que necesariamente pueda huir, pedir ayuda o esquivar el golpe, pues esa posibilidad dependerá de la entidad concreta de la agresión. Puede ocurrir que la agresión sea una respuesta inmediata e instantánea a la provocación, de manera que el sujeto provocador no tenga tiempo para huir o pedir ayuda. Igualmente, puede ocurrir que la agresión ilegítima sea desproporcionada a la entidad de la provocación y mucho más peligrosa que la esperada por el provocador, no quedándole a éste otro camino que defenderse o sucumbir. En cuarto lugar, esta tesis sólo niega la posibilidad de defensa del provocador intencional o de propósito (sea simplemente doloso o que busca agredir so pretexto de legítima defensa), pero no es aplicable al provocador culposo o negligente, para quien es igualmente inesperada la reacción agresiva del provocado, pues su obrar, pese a ser idóneo para generar una reacción violenta de otro, no busca tal respuesta.

Ante el fracaso de estas dos tesis, surge la tesis de la injerencia de esferas jurídicas, que niega la defensa del provocador fundado que éste ha creado la fuente de peligro, postulando dos soluciones según la corriente que se siga. La primera, sustentada por Jakobs, señala que el efecto es la división de costes de solución de conflicto, que se traduce para el provocador en esquivar el ataque y si no es posible defenderse conforma las reglas del estado de necesidad defensivo (1995: pp. 484-487). La segunda, postulada por Marxen, señala que el provocador se encuentra en posición de garante por creación de la fuente de peligro, por lo que debe enfrentarlo de manera cuidadosa (Iglesias, 1999a: pp. 462 y 463). Sin embargo, la tesis también fracasa ya que no existe una relación de causalidad mecánica o natural entre acto provocador y agresión ilegítima, pues entre ellas media la voluntad libre del provocado que puede decidir o no obrar de manera agresiva, no teniendo el provocador dominio sobre esa voluntad y el curso de los acontecimientos de la agresión (Luzón, 1994: p. 69/ Loss, 2002: p. 269).

La teoría de la *actio illicita in causa*, que estima a la defensa provocada es lícita *in actu* pero ilícita *in causa*, tampoco brinda una respuesta satisfactoria al problema. En efecto, ella se deriva de la teoría de la *actio liberae in causa*, y al igual que aquella se enfoca en la cualidad de la *actio praecedens* para calificar la conducta posterior. Sin embargo, no toma en cuenta que la *actio liberae in causa* es una teoría que opera a nivel de la imputación o culpabilidad, mientras que la *actio illicita in causa* opera a nivel de la antijuridicidad, por lo cual la construcción teórica de la primera no es extrapolable a la segunda. En efecto, mientras que en la primera el sujeto activo ciertamente puede generarse un estado de inimputabilidad bajo el cual obrará posteriormente, ello no ocurre en la segunda, pues aquí el carácter antijurídico de la acción posterior es determinado objetivamente por el ordenamiento jurídico. Además, en este segundo caso existe la libre voluntad de otro sujeto que ha decidido obrar contra *ius*. A ello suma el hecho que el provocador no tiene dominio sobre los actos del provocado (Luzón, 1994: p. 64) y que la la provocación, a diferencia de la defensa, puede no ser penalmente típica, por lo cual no podría conglobarse ambas como una solo figura típica (Iglesias, 1999a: pp. 470-471). Corona las críticas Roxin, para quien esta teoría da a la defensa del provocador el carácter de bifronte al considerarlo al mismo tiempo jurídico y antijurídico (2006: p. t. I, p. 641), siendo esta una contradicción insalvable al no existir una categoría intermedia en este ámbito.

La tesis canónica- medieval del *versari in re illicita*, aún en vigencia en la dogmática a la época en que aparece el requisito en comento en el derecho positivo hispano, tampoco sirve para explicar su fundamento, dado que conduce a soluciones contrarias al moderno principio de culpabilidad. En efecto, bajo sus postulados el provocador debe soportar todas las consecuencias derivadas de su acto provocador, sean queridas o no por él, previstas o imprevistas. Se establece entonces una regla de responsabilidad objetiva por la producción de un acto del cual deriva un resultado lesivo. Sin embargo, los comentarios de Pacheco (1863: p. 76) y lo dicho más tarde por Carrara (2000: t. I, pp. 163-164) nos conducen a concluir que el requisito de falta de provocación suficiente no es más que un resabio del antiguo e irracional *versari* que aún subsiste en

nuestra legislación. Es por esto que las modernas teorías no han podido encontrar un fundamento convincente para él, pues es previo al surgimiento de la moderna dogmática penal.

La dogmática penal reconoce que el problema de la provocación en la legítima defensa no se encuentra zanjado y está lejos de encontrar una solución definitiva (Roxin, 2006: t. I. p. 643/ Jubert: 1992: p. 75). Lo mismo puede sostenerse respecto de la defensa del provocador. Según hemos visto en el desarrollo de este trabajo, las tesis al respecto oscilan entre la negación y la aceptación de la misma. En nuestro derecho, al igual que el español, este problema a nivel práctico se resuelve conforme a los arts. 11 N° 1 y 73 del CP, reconociendo al provocador que se defiende una atenuante calificada de eximente incompleta de legítima defensa, reduciendo la conmensuración de la pena a imponer. No obstante, el problema de su naturaleza y fundamentos subsiste a nivel dogmático.

En vista de todo lo anterior, quedan entonces patentes las razones por las cuales la doctrina ha estimado que el requisito de falta de provocación suficiente resulta perturbador dentro del esquema normativo de la eximente de legítima defensa. Sin embargo, el problema no se agota allí, pues según vimos, otro gran problema se presenta al tratar de concretar el significado del requisito de ser suficiente, concepto regulativo de alcance absolutamente indefinido dada la multiplicidad de tesis de existen a su respecto.

Todo el problema antes descrito entra en juego al momento de abordar el problema de la procedencia de la legítima defensa sucesiva. Dentro del esquema tripartito, la agresión ilegítima podría considerarse provocación suficiente del exceso defensivo intensivo, negando la justificación plena de la contra defensa que se oponga a éste. Podría sostenerse que la agresión ilegítima provoca de manera suficiente la reacción defensiva y el eventual exceso en la respuesta que pueda incurrir el defensor. En otras palabras, el agresor ilegítimo pone al agredido en una situación de necesidad calificada, debiendo soportar la respuesta defensiva racionalmente necesaria y los eventuales excesos en que se incurra, lo que significa que no podrá oponerse a ninguna de ellas mediante una acción lesiva en contra del defensor.

Como puede apreciarse, las consecuencias del razonamiento anterior son extremas, dado que implicaría que el provocador quedaría sin protección alguna del ordenamiento jurídico frente al exceso intensivo en la defensa, debiendo soportar todas las consecuencias lesivas que éste produzca en sus bienes jurídicos. Desde otro punto de vista, puede sostenerse que privar de protección al agresor ilegítimo frente al exceso intensivo en la defensa, significa dejar sin efecto –en la situación fáctica concreta- el segundo requisito esencial de la legítima defensa, esto es, la necesidad racional del medio defensivo. En efecto, siendo el exceso intensivo antijurídico por rebasar los límites de la respuesta defensiva permitida, lo esperable es que frente a éste se permita a quien lo sufre oponer lícitamente una acción destinada a repelerlo. Esta repulsa otorgaría vigencia, en la situación concreta, al requisito se necesidad racional del medio, ello ante la ausencia de un agente estatal o un tercero que pueda intervenir en ese momento para dar protección a la víctima del exceso defensivo. La mantención del deber de tolerancia frente al exceso intensivo privaría de vigencia jurídica al *moderamen* o racionalidad en la respuesta defensiva, pues el defensor sabría que frente a su exceso defensivo no es permitido al agresor defenderse.

Ciertamente no puede desconocerse que el exceso intensivo en la defensa pone ahora al inicial agresor en una situación de necesidad en que debe que actuar para evitar un daño desmesurado e innecesario en sus bienes jurídicos. Al igual que en una situación general de legítima defensa, la necesidad se origina del peligro que el exceso intensivo genera para la subsistencia de un bien jurídico y la ausencia de agentes del Estado que puedan dar protección frente a éste. La necesidad es más patente cuando la reacción defensiva es absolutamente desproporcionada en relación a la agresión inicial, por afectar bienes jurídicos que nunca fueron puestos en peligro por el ataque del agresor inicial. Tal es el caso de una agresión leve a un bien jurídico secundario contra la cual se reacciona lesionando un bien jurídico primario del agresor. Tomando el ejemplo anterior, puede suceder que la situación de necesidad sea incluso más apremiante para el que sufre el exceso intensivo, que para quien sufrió la agresión inicial. Dicho en otras palabras, el agredido al incurrir en exceso en la defensa puede lesionar un bien jurídico o amenazar un

mal muchísimo mayor que aquellos afectados por la agresión ilegitima ya repelida. Incluso la situación puede ser más extrema. Según vimos en su oportunidad, la doctrina mayoritaria sostiene que no es necesario que la agresión ilegítima constituya un tipo penal, por lo cual puede darse el caso que frente a una agresión ilegítima que no es delito se responda excesivamente mediante una conducta típica que afecte bienes jurídicos primarios o esenciales.

Frente a la situación de necesidad que el exceso intensivo genera ahora para el original agresor, el ordenamiento jurídico no puede dejarlo abandonado o entregado a su fatal suerte, debiendo concederle la facultad de desplegar algún otro tipo de respuesta, para conjurar el exceso defensivo. El principio de protección de bienes jurídicos, fundante de la legítima defensa y del ordenamiento jurídico penal, tiene plena vigencia en este caso, operando a su vez el principio de preponderancia de los bienes jurídicos del agredido, posición que ahora pasa a ocupar el primer agresor que es víctima del exceso antijurídico.

La doctrina jurídico penal, reconociendo la situación de necesidad en que se encuentra el inicial agresor frente al exceso intensivo en la defensa, ha postulado diversas soluciones alternativas al reconocimiento de una defensa sucesiva plenamente justificada en favor del agresor inicial que repele el exceso intensivo, las cuales paso a sistematizar.

a). Tesis de la eximente incompleta.

Conforme a una interpretación estrictamente formalista del art. 10 N° 4 del CP, el agresor que se defiende lesivamente frente al exceso intensivo en la defensa no obra plenamente justificado, dado que ha provocado suficientemente la situación de conflicto con su agresión ilegítima primigenia. Pero concurriendo el requisito esencial de la eximente, esto es la agresión ilegítima constituida por el exceso intensivo, puede reconocerse en su favor una eximente incompleta conforme al art. 11 N° 1 y 73 del CP, morigerando la pena a imponer por el tipo penal ejecutado en defensa. En este escenario tenemos como resultado: a). el agresor ilegítimo responde penalmente por ese hecho si es

que fuese constitutivo de delito; b). el defensor que se excede intensivamente no obra plenamente justificado, ya que su defensa no cumple con el requisito de necesidad racional de medio, gozando de la atenuante eximente incompleta frente al tipo penal ejecutado en defensa; c). El agresor que se defiende contra el exceso intensivo tampoco obraría plenamente justificado, por haber provocado la situación de conflicto con su primera agresión, pero goza de la atenuante de eximente incompleta.

Jiménez de Asúa sigue la solución antes expuesta, señalando que quien ataca primero crea la situación de legítima defensa del agredido, aunque este se exceda, precisando que ambos sujetos ejercen una defensa excesiva. El atacado ejerce una defensa excesiva en los medios y el atacante una defensa excesiva en la causa (1982: t. VI, p. 926). Ninguno obra de manera justificada, el primero ha sobrepasado los límites de la norma permisiva, en tanto que el segundo nunca estuvo dentro de ella.

Para esta posición formalista la agresión ilegítima es provocación suficiente de la respuesta defensiva legítima y también del exceso intensivo ilegítimo. La imposibilidad de reconocer una legítima defensa plena al agresor, solo recae sobre él, toda vez que un tercero que no tomó parte en la agresión inicial podría ejercer legítima defensa sucesiva en su favor, al amparo de la defensa de terceros prevista en los números 5 y 6 del art. 10 del CP. Esto demuestra que no se desconoce por parte del legislador el carácter objetivamente ilegítimo del exceso intensivo en la defensa y que el no reconocimiento de la defensa sucesiva plena al primer agresor se funda en una razón de tipo personal –haber provocado la situación de conflicto- que impide el surgimiento de la justificación plena.

La interrogante que surge de esta tesis es si la agresión ilegítima puede considerarse provocación suficiente del exceso intensivo en la defensa. Sin duda la agresión ilegítima es provocación suficiente de la reacción defensiva racionalmente necesaria, pues es la causa que hace surgir la situación de necesidad para el atacado de obrar típicamente para impedir la destrucción de sus bienes jurídicos que son blanco del ataque. También puede originar que el agredido huya, pida ayuda a terceros, genere la intervención de un tercero defensor o que simplemente ejerza una defensa protectiva (no

típica). Pero, ¿puede provocar, además, el exceso intensivo en la defensa? Dicho en otras palabras, la agresión además de poner al agredido en la necesidad o aflicción[63] de repeler el ataque, ¿puede moverlo a que su respuesta defensiva sobrepase el límite de lo que era necesario para conjurar el mal? La respuesta a esta interrogante dependerá de lo que se entiende por provocación suficiente y cual sea la tesis que se adopte respecto del significado de este concepto regulativo.

Según vimos en el capítulo anterior, cuando el legislador habla de provocar no se refiere a la mera causación de la agresión ilegítima en los términos de la mera causalidad natural o *conditio sine qua non*, según la cual toda condición es causa del resultado y todas las condiciones se miran como equivalentes. De manera que provocar no es realizar una acción de la cual se sigue como efecto un ataque de parte de otro. El legislador emplea el término en el significado de irritar o estimular a otro con palabras o actos para que se enoje, según la clásica definición de la RAE seguida por Jiménez de Asúa (1982: t. IV, p. 236) y en Chile por Novoa (2009: t. I, p. 348). En otras palabras, se trata de un obrar que es capaz producir en alguien un estado anímico de exasperación o enojo de tal entidad que reaccione agresivamente en contra de otro. Pero además se exige que la provocación sea suficiente, concepto regulativo sobre el cual no existe acuerdo sobre su alcance, pues existen varias teorías sobre lo que se entiende por tal.

Tres de las tesis antes analizadas sobre la suficiencia –adecuación empírico-cultural, previsibilidad o adecuación jurídica y proporcionalidad-, tienen como elemento común que para determinar la suficiencia se debe relacionar, en el caso concreto, el acto provocador con la agresión. La tesis de adecuación empírica, afirma la suficiencia si el acto provocador es, desde el punto de vista del comportamiento cultural de la sociedad, adecuado para originar en otro esa respuesta agresiva en concreto. La tesis de la adecuación jurídica, determina la suficiencia en base a criterios normativos, entre ellos la

[63] Según la Metafísica de Aristóteles (Libro I, parte V), se llama necesario a aquellas condiciones sin las cuales el bien no podría ser ni llegar a ser, o sin las cuales no se puede ni prevenir un mal ni librarse de él. Agrega que la necesidad es una cosa que aflige, involucra la idea de algo inevitable (2017: pp. 110 y 111). Según la tercera y cuarta acepción de la RAE (2001) de la palabra aflicción, esta significa: preocupar, inquietar, sentir sufrimiento físico o pesadumbre moral.

causalidad adecuada (conforme a la experiencia) y la imputación objetiva. La tesis de la proporcionalidad afirma la suficiencia cuando existe una equivalencia o correlación de magnitudes entre los bienes jurídicos afectados por la provocación y la agresión en el caso concreto.

Por lo tanto, siguiendo cualquiera de las tres tesis citadas, puede ocurrir que existan provocaciones que no se consideren como suficientes para producir la agresión en el caso concreto, ya sea por no ser culturalmente adecuada, por no ser la agresión la respuesta esperada conforme a la experiencia o ser desproporcionada a la entidad de la provocación. En todos estos casos la legítima defensa plena no es negada al mero provocador.

Aplicado todo lo anterior a la agresión ilegítima inicial, en cuanto acto provocador que puede generar el exceso intensivo en la defensa, el que pasa ahora a constituir agresión ilegítima, puede afirmarse que también pueden existir casos en que una agresión ilegítima no pueda considerarse provocación suficiente del exceso intensivo. Esto debe determinarse en el caso concreto comparando la entidad de la agresión y del exceso intensivo en la defensa, bajo el prisma de alguna de las tesis citadas. Así, puede ocurrir que la acción constitutiva de exceso intensivo no sea culturalmente aceptada como respuesta a esa agresión en particular, que no sea previsible conforme a la experiencia o cree un nivel de riesgo incomparable al de la agresión, o bien, que el exceso intensivo sea absolutamente desproporcionado en relación a la entidad de la agresión.

En consideración a lo anterior, la tesis que considera a la defensa sucesiva ejercida por el inicial agresor como una defensa imperfecta por existir provocación suficiente, reconociendo solo una atenuante de eximente incompleta, no sería absoluta, ya que teóricamente pueden existir casos en que la agresión ilegítima sea insuficiente para ser considerada provocadora del exceso intensivo en la defensa. No puede negarse *a priori* la procedencia de la legítima defensa sucesiva plena, pues es necesario que previamente se valore por parte del juez –conforme a alguna de las tesis analizadas- , en el caso concreto, la suficiencia de la agresión ilegítima para provocar el exceso intensivo en la defensa.

Contra la conclusión anterior podría contra argumentarse que la agresión ilegítima es mucho más que una simple provocación, dado que, a diferencia de esta última, aquella pone en peligro o lesiona de manera efectiva bienes jurídicos, por lo cual siempre puede estimarse como suficiente para provocar un exceso defensivo. El provocado ataca presa de la irritación o rabia. En cambio, el agredido que se defiende quiere impedir el daño a sus bienes jurídicos y también puede sentir miedo, perturbación, rabia o ira contra el agresor, lo cual hace humanamente explicable una reacción defensiva excesiva. Tal como indica Bettiol "la *perturbatio mentis* puede coexistir como elemento de hecho" (2013: p. 327). En este punto debe tenerse presente que el art. 11 N° 5 del CP atenúa la responsabilidad penal que quien obra por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación, pudiendo la agresión ilegítima caer dentro de tal categoría de estímulo, sobre todo si afecta bienes jurídicos primarios o esenciales. Sin embargo, este argumento no es absoluto y puede ser refutado por varias razones:

i). El régimen jurídico de la legítima defensa es unitario, por la cual sus requisitos deben aplicarse también a la defensa sucesiva. Siendo el exceso intensivo antijurídico y el acto que lo propicia la agresión ilegítima contra la cual se reacciona en exceso, debe analizarse la suficiencia provocadora de esta última en los mismos términos que cualquier otra hipótesis de agresión provocada. De sostenerse lo contrario tendríamos que concluir que existirían dos regímenes distintos de legítima defensa dentro del art. 10 N° 4 del CP; uno para los casos más comunes en donde debe apreciarse la existencia o no de la provocación suficiente; y otro para la defensa sucesiva, en donde no debe apreciarse la concurrencia de la falta de provocación suficiente, pues se entiende que ese requisito nunca concurre, ya que la agresión ilegítima siempre debe considerarse una provocación suficiente del exceso intensivo. Tal interpretación no es aceptable, ya que rompe el sistema unitario de la legítima defensa establecido en nuestra ley, infringiendo el principio de legalidad en materia penal al establecer una diferencia no prevista expresamente por el legislador;

ii). No necesariamente el agredido sentirá siempre miedo, enojo o rabia contra el agresor. Puede ocurrir que el agredido se defienda con perfecto ánimo frío, calculando cada

maniobra de su acto defensivo. Por ejemplo, si está entrenado en técnicas de defensa y está habituado afrontar situaciones de peligrosas, o bien, si el ataque no afecta bienes jurídicos primarios. En este caso no puede afirmarse que la agresión ilegítima haya causado el exceso intensivo en la defensa, al producir miedo, rabia o exasperación en el agredido que hagan explicable su reacción desmedida. Lo mismo ocurre si, por la naturaleza del ataque y sus circunstancias, el agredido dispone de tiempo suficiente para llevar a cabo una defensa en escalada, pudiendo medir cuidadosamente los medios de defensa (Stratenwerth, 2016: p. 235), esto puede tener lugar frente a las agresiones inminentes.

iii). En los casos de agresiones ilegítimas contra bienes jurídicos primarios (vida, graves ataques contra la integridad física, libertad ambulatoria o ataques violentos contra la libertad sexual), no es posible que el defensor incurra en un exceso intensivo, toda vez que no está obligado a optar por el medio defensivo menos lesivo, pudiendo desplegar una defensa extrema o letal contra el agresor (Baldó, 2016: p. 457/ Nino, 2002: pp. 68, 119-120/ Gómez, 1991: p. 293/ Iglesias, 1999a: p. 333/ Bettiol, 2013: p. 328/ Berner, 2020: p. 18). Por lo tanto, contra la defensa que se opone a este tipo de ataques no procede la defensa sucesiva, pero ello no se debe a que hubo provocación suficiente, sino a que no es concebible que se incurra en un exceso intensivo que constituya agresión ilegítima contra el agresor, manteniéndose entonces el deber de tolerancia para éste, lo que significa que no podrá desplegar una reacción lesiva en contra de quien se defiende. Lo que si puede ocurrir en estos casos es que exista un exceso extensivo o impropio, pero en este supuesto la agresión ilegítima se encuentra ya concluida o acabada por haber sido completamente vencido el atacante sin riesgo de reviviscencia inmediata de la agresión. En esta última hipótesis, el defensor excedido obra fuera de la permisión, al no concurrir el requisito *sine quo non* de la justificante, esto es, la agresión ilegítima actual o inminente, por lo cual la víctima del exceso temporal puede ejercer legítima defensa plena en su contra. Solo el exceso extensivo inmediato sin solución de continuidad con la defensa es asimilado valorativamente al exceso intensivo, por lo que habría que dar un trato más benigno al excedido, de la misma manera que si hubiese incurrido en exceso intensivo, apreciando

en su favor una eximente incompleta. Pero desde el punto de vista de la víctima del exceso extensivo, su agresión objetivamente ya no es actual, por lo que está autorizado para ejercer una legítima defensa plena;

iv). El agredido tiene el deber de ejercer la defensa dentro del margen de lo racionalmente necesario, lo cual significa que pese a encontrarse frente a un peligro actual, deberá apreciar correctamente el mismo y medir la reacción defensiva, a fin de no exceder los límites de la permisión. El deber de moderación exige entonces la correcta ponderación del peligro amenazado y elección del medio defensivo entre los disponibles, conforme al principio de economía o menor lesividad. Este deber de cuidado se mantiene aun cuando en la psiquis del agredido exista enojo, irritación o rabia en contra de quien actualmente le agrede. Incluso los partidarios de exigir en esta causa de justificación un *animus defendendi* o voluntad de defensa, señalan que junto con este pueden concurrir otras motivaciones acompañantes o motivos concomitantes como celos, venganza o ira (Jiménez de Asúa, 1982: t. IV, p. 201/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 101/ Wessels, Beulke y Satzger, 2018: p. 232/ Díez Ripollés, 2020: p. 313). Si bien, en este caso, las circunstancias concomitantes que enfrenta el agredido son anormales, el legislador es libre para determinar en qué grado deben serlo para incidir en la culpabilidad (Frank, 2002: p. 42). De esta manera, el eventual efecto emotivo que pueda producir en el atacado la agresión ilegítima no es una situación extraña para el legislador. Abona lo anterior el hecho que no se exija en la reacción defensiva una equivalencia o exactitud matemática con la agresión -como la *paritas armorum*-, ya que, atendidas las circunstancias apremiantes y emotivas, las posibilidades del agredido de planificar, calcular y controlar su defensa pueden encontrarse muy limitadas. Es por ello que se permite causar al agresor mayores daños que el amenazado, siempre que sea el método menos lesivo disponible y que no se trate de una crasa o enorme desproporción entre la entidad del ataque o defensa. Por lo tanto, puede sostenerse que para provocar suficientemente el exceso intensivo se requeriría que la agresión ilegítima, por su entidad, sea capaz de producir en el defensor rabia o enojo y que esta emoción efectivamente se produzca a raíz de aquella, de manera que haga explicable la reacción defensiva excesiva. Esto no tendría lugar cuando frente a

una agresión de muy poca lesividad o peligrosidad, el agredido reacciona de una manera extremadamente violenta, irracional y mucho más lesiva o peligrosa que la agresión inicial. En este caso, la agresión de mínima lesividad a un bien jurídico de valor secundario, no podría estimarse como provocación suficiente de una defensa iracunda extremadamente lesiva o letal.

v). La defensa plena del provocador de la reacción defensiva no puede ser negada *a priori*, toda vez que la provocación es un concepto graduable, que debe sobrepasar el umbral normativo de la suficiencia para negar la defensa plenamente justificada al provocador. La suficiencia siempre se determina relacionando el acto provocador con la agresión ilegítima que ella desencadena en el caso concreto, valoradas según alguna de las distintas teorías sobre la suficiencia antes expuestas. Este mismo esquema se replica respecto de la agresión ilegítima y el exceso intensivo en la defensa, toda vez que la primera se mira como provocación y el segundo como agresión ilegítima. Por lo tanto, la defensa sucesiva plena del agresor contra el exceso intensivo no puede ser negada *a priori*, pues de la misma manera debe primeramente realizarse el juicio sobre la suficiencia de su obrar ilícito para desencadenar el exceso intensivo, en el caso concreto.

Conforme a todo lo expuesto vemos entonces que no es posible negar de manera absoluta al agresor inicial la defensa sucesiva plena contra el exceso intensivo, ya que es posible concebir casos en los cuales este exceso no aparezca necesariamente provocado por la agresión previa.

b). Tesis de la no exigibilidad de otra conducta.

Esta tesis se encuentra vinculada con la anterior, en el sentido que parte por aceptar que el agresor no puede ejercer defensa sucesiva plena, ya que es responsable por haber provocado suficientemente con su agresión ilegítima la situación de conflicto, pero se erige como respuesta frente a los casos en que el agresor debe hacer frente a un exceso intensivo letal. Postula que en este caso el agresor que ejerce una defensa sucesiva obra inculpablemente al amparo de la eximente de no exigibilidad de otra conducta. Su conducta no puede entenderse justificada, ya que normativamente lo impide el requisito

de falta de provocación suficiente, obra con exceso en la causa. Pero frente al peligro que el exceso intensivo genere para su vida, el agresor no está obligado a soportarlo impávidamente. El ordenamiento jurídico tampoco puede imponerle el deber de tener que sucumbir ante tal exceso. De la misma manera como no se puede imponer a alguien que obre como un héroe, tampoco se le puede exigir que se convierta en un mártir. En consecuencia, la conducta lesiva que despliegue el inicial agresor para repeler ese exceso puede estimarse como una acción no reprochable, ya que, atendidas las circunstancias, no es posible exigirle que obre de una manera distinta. Existiendo un peligro para su vida, la prohibición de desplegar una conducta lesiva en contra del excedido (ya que la defensa sucesiva sería ilícita, aunque atenuada) no opera como contramotivo determinante que lo inhiba de infringir tal prohibición.

Esta tesis es planteada por Jiménez de Asúa, para quien la no exigibilidad –*Unzumutbarkeit*- de una conducta conforme a Derecho sería una causa supralegal de exculpación, entendiéndola como un concepto regulativo en el sentido formulado por Henkel (1982: t. IV, pp. 979 y 987). Se trataría entonces de una manifestación del principio general del derecho *impossibilium nulla est obligatio* al campo del Derecho penal. La tesis toma como base la teoría normativa de la culpabilidad formulada por Frank (2002), señala que en este caso existiría una anormalidad de las circunstancias concomitantes que impedirían al agresor que es víctima del exceso intensivo que atenta contra su vida determinarse o motivarse conforme a Derecho. En este caso, la víctima del exceso intensivo, frente a un atentado súbito contra su vida, obra presa del instinto de conservación que le impide motivarse a obrar de una manera distinta o conforme a la norma. En el fondo, el sujeto obra bajo presión psíquica de sufrir un mal que es mayor a la pena señalada por la ley para aquella conducta, por lo que la conminación penal pierde su efecto. En la actualidad esta tesis es compartida por Zaffaroni, Aliga y Slokar, pero bajo la figura del estado de necesidad exculpante, el cual exige que el sujeto no tenga otra forma menos lesiva de evitar el mal (2007: p. 490). En Chile, es seguida por Politoff; Matus y Ramírez (2004: t. I, p. 222).

Dentro de nuestro ordenamiento la aceptación de esta teoría exige que el principio de no exigibilidad de otra conducta tenga concreción dentro del derecho positivo[64]. Esto se logra por tres vías: la eximente de miedo insuperable (art. 10 N° 9 primera parte CP); la de fuerza moral irresistible (art. 10 N° 9 segunda parte CP); y el estado de necesidad exculpante (art. 10 N° 11 del CP). Las dos primeras se fundan en la existencia de un estado emotivo que impide que la víctima del exceso defensivo pueda determinarse conforme a los mandatos del Derecho, toda vez que su voluntad se ve constreñida por la situación de peligro actual para su vida. En cambio, el estado de necesidad exculpante, para eximir de responsabilidad por el hecho lesivo, exige que al necesitado no le quede otro camino para conjurar el mal, por lo que si podía huir, pedir ayuda o desplegar cualquier otra maniobra menos lesiva para evitar sufrir el mal, deberá recurrir a esas vías. Sólo podrá reaccionar típicamente contra el agresor cuando ya no le quede otro camino. En este último caso, queda además sujeto a la exigencia de proporcionalidad estricta, consistente en que no podrá causar un mal sustancialmente mayor al evitado. Solo cuando se reúnen estos requisitos se puede hablar de un estado de necesidad que sería idóneo para menoscabar por excepción la libre determinación de la voluntad (Henkel, 2008: p. 110).

[64] La doctrina italiana rechaza la admisión de la teoría alemana de la inexigibilidad como causa genérica y supralegal de inculpabilidad. Indica que por su vaguedad atenta contra el principio de legalidad al dejar abierta la puerta a la aplicación de la analogía a casos no previstos en la ley, corriéndose el peligro de excusar toda acción criminosa, produciéndose una capitulación de la sociedad ante el delincuente, cuyos instintos y pasiones regulan la aplicación de la ley (Antolisei, 1988: pp. 303 y 304). La exigibilidad o no exigibilidad de una conducta no corresponde a un concepto jurídico sino político, que debe resolverse en fase prelegislativa, siendo el legislador quien debe fijar los casos de no exigibilidad (Alimena, 1938: pp. 88-89). Más recientemente, Fiandaca y Musco rechazan la posibilidad que la inexigibilidad constituya una causa extralegal de exclusión de la culpabilidad, sino que su reconocimiento se circunscribe a las excusas expresamente previstas por el legislador (2006: p. 413). En el mismo sentido Padovani, para quien la inexigibilidad no se conecta con una valoración preterlegal, sino con las formas típicas que individualizan taxativamente las causas de anormalidad de las circunstancias concomitantes (2006: p. 235). En contra se pronunció Bettiol, al señalar que carece de fundamento afirmar que la seguridad jurídica se vería amenazada por la aceptación de la teoría de no exigibilidad, pues la seguridad jurídica se convertiría en un principio formal y obstaculizador del proceso de individualización y humanización de la culpa penal, juicio que debe tener un carácter elástico (2013: pp. 478 y 479). Sigue la misma línea Fornasari, para quien la inexigibilidad no puede por definición ser de fuente legislativa, porque la norma general y abstracta no tiene los medios y la estructura adecuados para hacerse cargo de guiar la individualización del juicio y la aplicación de un principio en razón de las peculiaridades del caso específico (1990: p. 207 y ss.) En Alemania, Welzel era partidario que el legislador limitara al máximo los casos de inexigibilidad en interés de la vigencia de sus normas (1956: p. 180). En el mismo sentido Stratenwerth, para quien la inexigibilidad no constituye una causa supralegal de exculpación (2016: p. 315).

Esta tesis sirve para exculpar a quien sufre el exceso intensivo cuando este amenaza un mal que produce en quien lo sufre miedo insuperable o fuerza moral irresistible presa de la cual reacciona en contra-defensa. De manera que, en estas hipótesis, la defensa sucesiva sería un acto inculpable y, por ende, no estaría sujeto al límite de la necesidad racional del medio defensivo propio de toda defensa. Siendo un comportamiento excusado puede producir el mismo o mayor daño que el evitado (Hassemer y Larruri, 1997: p. 59). Por lo tanto, esa reacción inculpable no tendría límites en cuanto al tipo y grado de afectación de los bienes jurídicos del defensor excedido, pudiendo incluso afectar a terceros inocentes, no siendo posible reprochar penalmente tal conducta desmedida si surge como producto de la presión psíquica que sufre el agente.

Para aceptar estas causas de inculpabilidad el exceso intensivo debe afectar bienes jurídicos personales o esenciales del primer agresor que lo sufre, esto es, la vida, grave daño a la salud o integridad física, grave afectación a la libertad personal (Stratenwerth, 2016: p. 313), toda vez que es el peligro de sufrir esos males extremos el que hace que la conminación penal pierda su efecto intimidatorio, ya que la pena se ve como más benigna frente a ellos. Si bien la amenaza de grave daño a personas cercanas –cónyuge, parientes- también se considera como un motivo que puede fundar una exculpación por causa de no exigibilidad[65], la reacción para repeler el exceso intensivo que afecte a estas otras personas inocentes no es defensa sucesiva, sino que legítima defensa de próximos parientes, plenamente justificada conforme al art. 10 N° 5 del CP. En efecto, el exceso intensivo en la defensa, para ser tal, debe dirigirse contra el agresor ilegítimo, si se dirige contra un tercero inocente, no es exceso defensivo, sino que constituye agresión ilegítima. La legítima defensa sólo permite obrar típicamente en contra del agresor ilegítimo, quien reacciona en contra un tercero inocente obra fuera de la justificación y, por ende, su obrar es antijurídico y susceptible de ser repelido mediante legítima defensa.

[65] Muestra de ello es la eximente de encubrimiento de próximos parientes del art. 17 N° 4 inciso final del CP.

Tratándose de miedo insuperable, para eximir de responsabilidad conforme al art. 10 N° 9 del CP el mismo debe encontrarse en cuarta y quinta fase (alarma- angustia) conforme a las fases del mismo indicadas por Mira López que ya hemos analizado (Jiménez de Asúa, 1982: t. VI, pp. 897-905). Respecto de la fuerza irresistible, ella no sólo comprende la *vis* absoluta o física (caso de ausencia de acción), sino también la *vis* compulsiva, también conocida como fuerza moral o psicológica (Etcheberry, 2004: t. I, p. 349), solo esta última constituye causa de exculpación. En este caso el sujeto obra voluntariamente, pero su motivación se halla deformada por la existencia de un estímulo interno o externo, cuyo enjuiciamiento ético-social es análogo al miedo, al afecto parental o al sentido de obediencia, el cual desencadena un grave estado de conmoción psíquica (Cury, 1994. t. II, p. 81). Para admitirla se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la fuerza debe recaer sobre el propio sujeto de obra presa de ella y no sobre un tercero; b) la fuerza debe ser actual, es decir, el sujeto debe haber padecido dolores o sufrimientos físicos o psicológicos graves infligidos por otro sujeto, por un animal o por la naturaleza. Si sólo hay amenaza de un mal futuro, no se está en presencia de fuerza irresistible, sino de miedo insuperable; c) la fuerza debe ser calificable jurídico-penalmente de irresistible, es decir, que el sujeto no esté obligado a soportar dada la anormalidad de las circunstancias concomitantes; d) que el sujeto no este jurídicamente obligado a resistir o afrontar la fuerza de que es objeto, se trata de personas que por su profesión están obligadas a afrontar ciertos peligros, encontrándose en posición de garante frente a ellos, como el caso de los militares, la policía, bomberos, personal de los servicios de emergencia y de salud.

Especialmente problemático resulta determinar cuando la fuerza moral es irresistible. Sobre el punto la doctrina nacional se encuentra dividida. Para un sector será aquella que lo sea para el hombre medio ideal situado *ex ante* en la situación concreta (Etcheberry, 2004: t. I, p. 348/ Cury, 1994: t. II, p. 85). Para otros el carácter irresistible de la fuerza debe determinarse conforme a un criterio personal-objetivo o individualizador, esto es, debe estarse a la vivencia subjetiva del actor que sufrió la fuerza y no a la que hipotéticamente experimente un hombre ideal. Pero también se debe atender,

como límite, a las mínimas exigencias de lo socialmente aceptado, pues "el derecho, entendido como un orden objetivo de las relaciones humanas, no puede permitir que cada uno actúe en función de sus propias concepciones éticas o religiosas" (Fiandaca y Musco, 2006: p. 412). Esta posición se funda en el carácter eminentemente personal del juicio de reproche de la culpabilidad (Náquira, 1998; pp. 430-431/ Labatut, 1992: t. I, p. 150/ Politoff, Mattus, Ramírez, 2004: t. I. p. 343). Por nuestra parte, nos inclinamos por esta última posición, dado que la categoría del nombre normal o medio es imposible de determinar a ciencia cierta, atentando contra la seguridad jurídica. En efecto, la determinación del carácter de irresistible de la fuerza queda entregada por completo a lo que el juez se represente como tal en base al difuso criterio del *homunculus normalis.*

Si bien la tesis de Jiménez de Asúa acepta en favor de quien es víctima del exceso intensivo la causa exculpación por no exigibilidad únicamente cuando está frente a un peligro contra la vida, no vemos razones para que ella no se extienda a los casos en que la víctima del exceso vea amenazada gravemente su integridad corporal, salud o libertad. La doctrina también acepta frente a estos otros tipos de peligros no letales la concurrencia de la causa de no exigibilidad (Stratenwerth, 2016: p. 313), toda vez que sólo se exige que el peligro sea de tal entidad que impida que el sujeto se motive por la norma penal, aptitud que desde luego tienen los ataques graves contra otros bienes jurídicos primarios. Por lo tanto, también puede reconocerse la causa de exculpación por no exigibilidad de otra conducta cuando el exceso intensivo en la defensa afecte gravemente a estos otros bienes jurídicos esenciales.

Sin perjuicio de todo lo indicado, esta tesis de la inexigibilidad resulta criticable ya que: a) desconoce el carácter objetivamente antijurídico del exceso intensivo en la defensa; b) por otro lado, la tesis tampoco toma en consideración las hipótesis en las cuales la agresión inicial, por su nimiedad, podría no considerarse como suficiente para provocar un exceso intensivo mucho más peligroso o incluso letal. Analicemos cada una por separado.

En cuanto a la primera crítica, se desconoce el carácter objetivamente antijurídico del exceso intensivo en la defensa, el cual constituye una agresión ilegítima, por lo cual la acción de repulsa en su contra sería justificada o conforme a Derecho en virtud de la legítima defensa. Al exculpar la conducta del defensor sucesivo por no exigibilidad, lo que hace derechamente es catalogar dicha conducta como antijurídica, al entender que en ese caso el ordenamiento jurídico le exigía a este sujeto víctima del exceso intensivo abstenerse de toda acción lesiva contra el excedido. De manera que se trata de un comportamiento antijurídico pero exculpado. Ciertamente, niega el carácter justificante a la defensa sucesiva, debido a la existencia de provocación previa, constituida por la agresión primera. Por ende, la víctima del exceso solo puede huir, esquivar el golpe, pedir ayuda a un tercero o ejercer una defensa protectiva.

Pero al entender que la repulsa contra el exceso es antijurídica, tal cualidad sería absoluta o *erga omnes*, lo que acarrea como consecuencia que cualquier sujeto podría repeler la defensa sucesiva que se despliega en contra del exceso intensivo. En efecto, una excusa genera el derecho a impedir el comportamiento excusado, debido a que este no está autorizado, el sujeto no tiene derecho a realizarlo y cualquiera puede ejercer legítima defensa frente a un comportamiento excusado (Hassemer y Larruri, 1997: p. 60). Esto significa reconocer que habría legítima defensa de tercero en favor de quien obra como agresor antijurídico por haber incurrido en exceso intensivo en la defensa.

La conclusión anterior es ciertamente inaceptable, ya que contradice los principios de la ontología formal de Derecho derivados de la categoría de antijuridicidad de los actos, en especial el binomio jurídico-antijurídico. De esta deriva como lógica consecuencia que, siendo un acto constitutivo de agresión antijurídico, el acto que tenga por objeto impedir la defensa lícita desplegada en contra de ésta, será también antijurídico. Siendo el exceso intensivo en el defensa antijurídico, no es admisible una legítima defensa en contra del acto que lo rechaza, pues con ello no se hace más que permitir que el excedido termine por consumar su acción desmedida, lesionando bienes jurídicos del agresor más allá de lo estrictamente necesario. Incluso el panorama se muestra más confuso si en un momento

la defensa sucesiva que comenzó a desplegar el inicial agresor es asumida por un tercero no provocador, pues en este caso, ésta se convierte en lícita y la legítima defensa que se estaba desplegando en contra de la defensa sucesiva pasa a ser ahora antijurídica.

Otra consecuencia de admitir sólo la exculpación de la defensa sucesiva, es que al considerarla como una acción antijurídica, el defensor que se ha excedido intensivamente podría perseverar hasta el infinito en su acometida al no permitirse a la víctima del exceso la repulsa de la misma. Éste deberá tolerar los todos los embates innecesarios y sólo podrá reaccionar lesivamente cuando estos lleguen al extremo de atentar contra su vida o gravemente contra su salud o integridad física. Sólo en este último extremo se entiende que obra inculpablemente en virtud del miedo insuperable o de la coacción moral. Pero si quiere ampararse en el estado de necesidad exculpante, deberá además haber agotado o no poder disponer de otras vías menos lesivas de conjurar el mal. Todo esto pone a la víctima del exceso en una clara posición de desventaja frente al defensor excedido, pues llegado el momento de obrar lesivamente contra el excedido pueden encontrarse seriamente mermadas sus posibilidades de repulsa, sea por disminución de sus fuerzas, del discernimiento, u otras causas surgidas de la prolongada situación de tolerancia.

En cuanto a la segunda crítica, dado que esta tesis parte por negar de manera absoluta la defensa sucesiva por ser el inicial agresor el provocador del exceso intensivo, formulando entonces una solución al caso del provocador que se ve en la disyuntiva de reaccionar o morir, esta solución falla cuando el exceso no resulta suficientemente provocado por la agresión previa. Esto puede darse en los casos de agresiones ilegítimas contra bienes jurídicos secundarios cuya pérdida no ocasione un gran perjuicio para el agredido, pero frente a las cuales se reacciona con una defensa intensamente excesiva que afecta bienes jurídicos primarios como la vida o la integridad corporal. En estos casos no cabe hablar de exculpación de un acto antijurídico, ya que la defensa sucesiva aparecería como justificada o lícita al no existir una provocación suficiente de tal exceso defensivo extremadamente desproporcionado y peligroso, según ya analizamos.

c). Tesis del estado de necesidad defensivo.

Esta tesis parte por reconocer el carácter antijurídico del exceso intensivo, por lo que frente a él no hay un deber de tolerancia por parte del agresor inicial que lo sufre. Esto significa que la víctima del exceso intensivo en la defensa puede reaccionar lesivamente en contra del excedido. Pero, al mismo tiempo, no desatiende el hecho que el agresor inicial es responsable por la provocación del exceso, por lo cual no podrá desplegar una repulsa con el mismo alcance que la legítima defensa, sino que esta será más limitada. Esta restricción consiste en reconocer que pesa sobre el primer agresor un deber de solidaridad intersubjetiva para con el defensor excedido, lo cual se traduce en que su defensa será subsidiaria y limitada a la estricta proporción entre mal causado y evitado. El fundamento de este deber de solidaridad radica en la responsabilidad del agresor ilegítimo por la creación de la fuente de peligro, mediante su agresión ilegítima que ocasiona la reacción defensiva y su exceso intensivo. A diferencia del estado de necesidad exculpante, aquí el necesitado no es completamente inocente por la creación del peligro, por lo que se reduce el nivel de injerencia o afectación en los bienes jurídicos del agresor que le es permitido. No se permite causar al agresor daños desproporcionadamente mayores al mal evitado. Además, la reacción defensiva solo puede desplegarse si existe una necesidad absoluta, es decir, si no existen otros medios de salvaguarda del bien jurídico menos lesivos al alcance del agredido. Si es posible esquivar el golpe, huir o pedir ayuda, el agredido deberá recurrir a esas vías, sólo si ellas no estuvieren a su disposición o no fuesen suficientes para conjurar el mal, podrá recién reaccionar lesivamente contra el agresor. Cabe señalar que al igual que la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo es una causa de justificación, es decir, se funda en el reconocimiento y salvación de un interés que es preponderante respecto de otro que resultará sacrificado para la salvaguarda del primero.

Esta tesis proviene de la dogmática alemana, la cual postula que el provocador puede defenderse contra la agresión ilegítima bajo el estado de necesidad defensivo, figura

que se encuentra establecida en el § 228 del Código Civil alemán (BGB)[66], sin perjuicio de responder penalmente a título de imprudencia por la creación de la situación de legítima defensa (Jakobs, 1995: p. 487/ Stratenwerth, 2016: pp. 237-238). Si bien el § 228 del BGB alemán hace referencia al peligro que provine de cosas, la dogmática ha ampliado su alcance por medio de una interpretación analógica en relación con el § 34 del Código Penal que establece el estado de necesidad justificante[67]. Según Pawlik, además de los peligros provenientes de cosas o animales, el estado de necesidad defensivo procede frente a agresiones inculpables, defensa preventiva y casos en que ambas partes son responsables por la creación de la fuente de peligro (2013: pp. 20-29).

Los requisitos exigidos por la doctrina germana para admitir el estado de necesidad defensivo son: a) un peligro antijurídico para un bien jurídico; b) Que este provenga de otra persona o de una cosa que le pertenece ésta; c) el peligro debe ser actual; d) La repulsa debe dirigirse en contra del objeto peligroso u otros bienes jurídicos pertenecientes a la esfera jurídica de la persona de la cual proviene el peligro; e) la acción típica de repulsa debe ser estrictamente necesaria para repeler el peligro y la menos lesiva, dentro de ellas siempre se debe considerar la posibilidad de eludir el peligro; f) el daño causado a los bienes jurídicos ajenos por la acción de repulsa no deben ser desproporcionadamente mayor que el peligro evitado. En otras palabras, el interés menoscabado no debe ser esencialmente preponderante frente al interés protegido. El interés salvado puede ser del mismo rango que el sacrificado o escasamente preponderante; g) el medio debe ser adecuado para repeler el peligro (Frister, 2011: pp. 354-358).

---

[66] *§ 228 BGB. "Quien dañe o destruya una cosa ajena para evitar un peligro, proveniente de ésta, para sí o para otro, no actúa antijurídicamente, si el daño o la destrucción son necesarios para evitar el peligro y el daño no es desproporcionado respecto del peligro. Si el agente fue responsable por el peligro, entonces está obligado a indemnizar el daño"* (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 111).

[67] § 34 *StGB. "Quien cometa un hecho para repeler un peligro para sí o para un tercero en una situación de peligro actual, no evitable de otra forma, para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, no actúa antijurídicamente, si, en la ponderación de los intereses en conflicto, principalmente de los bienes jurídicos afectados y el grado de peligro que los amenaza, prevalece esencialmente el interés protegido por sobre el perjudicado. Sin embargo, esto rige sólo en tanto el hecho sea un medio adecuado para repeler el peligro"* (Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 105).

Detractor del reconocimiento del estado de necesidad defensivo es Roxin, quien lo rechaza por razones legales y político criminales. Lo estima contrario al texto legal, pues desplaza la opción legislativa del grado de injerencia en esferas jurídicas ajenas que es permitido afectar. Desde el punto de vista político criminal, estima que perturba la paz jurídica, pues hace desaparecer el efecto preventivo de la conminación penal, animando a los sujetos bajo estado de necesidad a interferir en esferas ajenas, exponiéndolos al mismo tiempo a sufrir daños en sus bienes jurídicos (2013: t. I, p. 731).

En España, pese a que el Código penal no consagra el estado de necesidad defensivo, se inclinan por admitirlo por medio de una interpretación *praeter legem* Baldó Lavilla (2016: pp. 9 y 11) y como causal de justificación *in bonan partem* Luzón Peña (2002: p. 570). Si bien ninguno de estos autores se manifiesta expresamente por reconocer la procedencia del estado de necesidad defensivo en favor del provocador en la legítima defensa, Baldo Lavilla, en general, lo admite en favor del sujeto de cuya esfera organizativa emana el peligro, pero que no es completamente responsable por el origen de éste (2016: pp. 9-12, 156- 157). En base esto, puede sostenerse que sería admisible que el provocador culposo pueda repeler bajo estado de necesidad defensivo la agresión ilegítima. Lo mismo puede predicarse en favor del agresor que repele el exceso intensivo en la defensa, si es que no hay dolo de provocar el exceso, caso, por lo demás, difícil de concebir. En Argentina, Palermo admite el estado de necesidad defensivo como única respuesta frente a agresiones provenientes de personas inculpables (niños, ebrios, enfermos mentales) y contra agresiones provocadas (2006: pp. 329 y 389).

En Chile, esta tesis no es admisible, ya que el estado de necesidad defensivo no se encuentra consagrado en nuestro derecho positivo. Si bien el art. 10 N° 11 del CP contempla como exigencia el estándar de proporcionalidad de dicha justificante, según Mañalich la norma no contiene en modo alguno la exigencia de que el peligro provenga de la propia esfera organizativa del sujeto menoscabado por la acción de salvaguarda, exigencia que es definitoria en el estado de necesidad defensivo (2013: p. 719). En el mismo sentido se pronuncia Wilenmann, al sostener que la característica fundamental del

estado de necesidad defensivo -atribución de competencia respecto del peligro- se encuentra ausente en esta disposición, de la misma manera que la inexigibilidad de reglas que es propia de un estado de necesidad exculpante, por lo cual el art. 10 N° 11 del CP establece un estado de necesidad agresivo justificante (2014: p. 218).

Tampoco es posible entender que el art. 10 N° 11 del CP consagre implícitamente el estado de necesidad defensivo por el hecho de no distinguir el origen del cual puede provenir el mal que se trata de evitar, toda vez que siendo esta eximente una causa de justificación requiere tipificación expresa en el derecho positivo. Siendo las causas de justificación tipos permisivos que autorizan la realización de una conducta expresamente prohibida por la ley, eliminando de ese modo la antijuridicidad de la misma, requieren de norma expresa que las establezca. El principio de legalidad penal exige la tipificación expresa de las conductas prohibidas y los casos excepcionales en que ellas son permitidas, no siendo posible reconocer la existencia de causas de justificación *praeter legem*. Sin embargo, contra este argumento puede sostenerse que sería posible reconocer el estado de necesidad defensivo por vía de una interpretación extensiva *in bonam partem* del citado art. 10 N° 11 del CP, toda vez que tal reconocimiento limita el alcance de los tipos penales prohibitivos y no los aumenta, recortando entonces la esfera del *ius puniendi*. No obstante, tal razonamiento abriría la puerta para el reconocimiento de otras causas de justificación supralegales.

Abona todo lo anterior el hecho que el Proyecto de nuevo Código Penal que se propone para nuestro país regule expresamente en su art. 21 el estado de necesidad defensivo, en el art. 22 el estado de necesidad agresivo -justificante- y en el art. 28 el estado de necesidad exculpante. Entre los requisitos del estado de necesidad defensivo se establecen sus dos características fundamentales, esto es, que el peligro provenga del propio afectado por la acción de salvaguarda y que el interés menoscabado por la acción defensiva no sea considerablemente preponderante frente los que ella salvaguarda[68].

[68] El tenor de la disposición en el Proyecto de Código Penal es el siguiente: *"Art. 21. Estado de necesidad defensivo. Actúa legítimamente el que ejecuta una acción necesaria para salvaguardar sus intereses frente*

Sin embargo, más allá del reconocimiento o no del estado de necesidad defensivo en el derecho positivo, tampoco es posible su admisión en favor del que obra en defensa sucesiva, toda vez que el exceso intensivo no tiene la cualidad fundamental que lo distingue de la agresión ilegítima que autoriza la procedencia de la legítima defensa. En efecto, en la defensa necesaria el peligro es imputable a un sujeto como obrar suyo, ya sea como acción u omisión que atenta contra un bien jurídico ajeno. El peligro proviene de un comportamiento humano que reviste los caracteres de acción jurídico-penal. Por ello se le denomina agresión ilegítima y autoriza al agredido para afectar los bienes jurídicos del agresor en la medida de lo que sea racionalmente necesario para conjurar el mal, pudiendo causar un mal sustancialmente mayor al evitado, pero con la limitante de no incurrir en una enorme desproporción. Baldó señala que a este nivel de injerencia permitida en la legítima defensa se le denomina solidaridad mínima (2016: p. 92). En cambio, en el estado de necesidad defensivo, el sujeto que debe soportar la acción defensiva no crea el peligro por un obrar suyo, ya sea por acción u omisión, sino que el peligro emana objetivamente de su esfera organizativa individual[69]. Esto se ilustra con el clásico ejemplo del perro bravo que escapa de su perrera y ataca a otro. El sujeto atacado puede defenderse bajo estado de necesidad defensivo matando al perro, caso en el cual el dueño del animal sufre el menoscabo por haber emanado el peligro de su propia esfera organizativa. Dado que el sujeto competente por la creación del peligro sólo lo es objetivamente, pero no subjetivamente (por no haber una acción u omisión suya directa), existe para el necesitado

*a un peligro actual o inminente proveniente del afectado, siempre que los intereses menoscabados por la acción defensiva no sean considerablemente preponderantes frente a los intereses que ella salvaguarda. Esta justificación es excepcionalmente aplicable también en caso de un peligro futuro, siempre que la necesidad de la defensa anticipada se deba al comportamiento del afectado" (*Cámara de Diputados de Chile, Boletín 9274-07, marzo del 2014).

[69] En este punto hay discordancia en la doctrina. Para Baldó Lavilla el peligro debe ser reconducible objetivamente pero no subjetivamente a titulo doloso a la esfera organizativa individual del sujeto. Por lo tanto, sostiene que frente a agresiones imprudentes o culposas no procede la legítima defensa sino el estado de necesidad defensivo (2016: pp. 157 y 179). En el mismo sentido Luzón (2002: pp. 413, 510), Gómez, (1991: p. 48) Zaffaroni, Aliaga y Slokar (2007: p. 482), De Toledo y Huerta (1986: pp. 215-216), Muñoz Conde y García (2010: p. 323), Zilio (2012: p. 132). En contra se pronuncia la tesis mayoritaria que admite la legítima defensa frente a agresiones culposas (Welzel, 1956: p. 92/ Wessels, 1980: p. 94/ Jakobs, 1995: p. 465/ Jescheck y Weigend, 2002: p. 363/ Roxin, 2006: t. I, p. 612/ Tavares, 2018: p. 332/ Nino, 2002: p. 100/ Iglesias, 1999a: pp. 83-86/ Politoff, Matus y Ramírez, 2004: t. I, p. 216/ Cury, 1994: t. I, p. 366/ Mir Puig, 2016: p. 449).

un deber de solidaridad intersubjetiva media, consistente en que su defensa debe ser absolutamente necesaria y no puede causar al sujeto que la sufre un mal sustancialmente mayor al evitado.

El exceso intensivo en la defensa, al sobrepasar los límites de la permisión, constituye una agresión ilegítima, esto es, una acción humana, voluntaria, evitable, que puede cometerse con dolo o culpa, siendo entonces sustancialmente distinta a la situación de peligro que autoriza el estado de necesidad defensivo. El agresor que sufre el exceso intensivo en la defensa, al igual que el agredido, se ve expuesto a la misma fuente de peligro, esto es, una acción humana lesiva que atenta contra sus bienes jurídicos, razón por la cual no hay motivo para limitar la defensa del primero sujetándola a las reglas del estado de necesidad defensivo. Si bien en la dogmática alemana Pawlik ha formulado como caso en que procede el estado de necesidad defensivo aquel en que ambas partes son competentes por el surgimiento del conflicto (2013: p. 27), lo cual podría dar pie para sostener su aplicación en favor del provocador en la legítima defensa, lo cierto es que faltando el presupuesto fundamental del estado de necesidad defensivo ya analizado, este no sería admisible. Por lo demás, el autor germano ilustra esta hipótesis citando como ejemplo el caso de dos perros que tras escapar de sus jaulas arremeten uno contra otro, interviniendo el dueño de uno de ellos en su defensa, de manera que razona bajo la clásica idea del peligro proveniente de cosas.

d). Tesis de la limitación ético-social.

Según hemos ya adelantado en varias partes de este trabajo, esta tesis fue elaborada por la jurisprudencia y dogmática alemana, su finalidad era limitar los efectos de la defensa necesaria en casos limites en que, pese a existir una agresión ilegítima, la admisión de esta causa de justificación generaría efectos brutales. Estos casos son las agresiones provenientes de niños, enajenados mentales, ebrios, parientes, personas ligadas con estrecha relación y agresiones provocadas. Frente a ellas la defensa debe ejercerse en tres niveles *(Drei Stufen Theorie)*: elusión, defensa protectiva, defensa ofensiva. Así, en un primer nivel, el agredido deberá tratar de eludir el ataque, ya sea huyendo o pidiendo

ayuda a un tercero o a la autoridad. Si ello no es posible, puede recurrir al segundo nivel, consistente en desplegar una defensa protectiva, es decir no típica, no lesiva, consistente en cubrirse, esquivar o contener los golpes, debiendo soportar leves daños. Si todo lo anterior no es practicable o no es suficiente para evitar el mal, sólo recién podrá recurrir como medida del último recurso a la legítima defensa o contraataque, desde luego sujeta a los límites propios de esta causa de justificación.

Para efectos de nuestro estudio esta tesis es relevante, dado que aplica las restricciones ético-sociales a los casos de agresiones provocadas, excluyéndose de entre ellas las provocaciones de propósito o pretexto de defensa (Jescheck y Weigend, 2002: pp. 371 y 372/ Frister, 2011: p. 334/ Eser y Burkhardt, 1995: pp. 239 y 240/ Wessels, Beulke, Stazger, 2018: p. 227). En base a esto se sostiene que siendo el exceso intensivo provocado por la agresión ilegítima, quien sufre el exceso solo podrá ejercer una defensa sucesiva sujeto a las limitaciones ético-sociales que rigen para el provocador, esto es, conforme a los tres niveles defensivos ya expuestos (elusión, defensa protectiva, defensa agresiva).

Sin embargo, la teoría de las limitaciones ético-sociales de la legítima defensa no puede ser admitida en nuestro ordenamiento jurídico dado que carece de base en el derecho positivo. En efecto, en Alemania esta teoría se funda en el texto del § 32 del StGB que al establecer la defensa necesaria (*Notwehr*) utiliza las palabras *"geboten"* y "*erforderlich*" que se traducen como "imperioso" y "requerido", respectivamente. En base a ellas se sostiene que el acto defensivo no es antijurídico cuando es imperioso o estrictamente requerido para obrar en defensa y que tal imperiosidad no existe frente a cierto tipo de agresiones por consideraciones de tipo valorativo, casos en los cuales se imponen litaciones ético-sociales al ejercicio de la defensa. La locución "*geboten*" sitúa al intérprete en un plano valorativo y constituye el soporte legal para fundamentar las restricciones ético-sociales (Iglesias, 1999a: p. 187). Esta palabra, en el fondo, indica que debe existir una necesidad abstracta de defensa o *necessitas defensionis,* absolutamente necesaria o imperiosa, marcando la puerta de entrada a la justificación. Sin embargo, dado

su carácter de concepto regulativo, es el tribunal quien en base a ella deberá determinar valorativamente si en el caso concreto tal necesidad abstracta de defensa concurre o no. Según Hilgendorf y Valerius, la ausencia del carácter de imperioso representa la excepción y en los exámenes de casos sólo se la debe abordar cuando la situación de hecho así lo sugiera, señalando que para ello no se contemplan simplemente los hechos objetivos, sino que debe realizarse una valoración (2017: p. 97). Por lo tanto, es en base al texto legal que los tribunales alemanes identifican casos en los cuales operarían las restricciones ético-sociales a la defensa necesaria.

En cambio, nuestro art. 10 N° 4 del CP no contempla ninguna exigencia de imperiosidad o absoluta necesidad del acto defensivo por medio de la cual se pueda introducir las referidas restricciones ético-sociales a la legítima defensa en nuestro ordenamiento. Por lo tanto, en nuestro derecho no hay casos de agresiones antijurídicas frente a las cuales el derecho a obrar en legítima defensa este limitado *a priori* por razones de ética social. Lo que sí es exigible es una limitación a esa respuesta defensiva sobre la base del requisito de necesidad racional, lo cual supone que el agredido opte por el medio o procedimiento defensivo menos lesivo entre todos los igualmente eficaces disponibles, teniendo como límite máximo la crasa, enorme o aberrante desproporción entre bienes jurídicos afectados o puestos en peligro por la agresión y aquellos afectados por la acción de defensa. Sin perjuicio de ello, frente a casos límites en que para defender bienes jurídicos insignificantes solo quepa desplegar una defensa mortal -como el caso del niño que hurta manzanas al paralítico-, desde el punto de vista de una jurisprudencia axiológica, se ha sostenido que tal defensa no es permitida por ser contraria al principio constitucional de dignidad de la persona humana, el cual es centro y eje de la autarquía del Derecho. Un Derecho que tolere tal tipo de defensa, se negaría a sí mismo, por ser inhumano (Guzmán, 2010: p. 132/ Náquira, 1998: p. 233). Como puede observarse, las limitaciones a la legítima defensa se construyen a partir de sus propios requisitos y, frente a casos límites, recurriendo a los principios generales reconocidos por el ordenamiento jurídico, pero no recurriendo a razones de ética social.

Entre nuestros penalistas estas restricciones ético-sociales son rechazadas por considerarse un *nomen* equívoco, vago y perturbador, dado que induce a traer sobre el tapete consideraciones éticas o sociológicas que desnaturalizan la índole jurídico-valorativa del problema (Guzmán, 2010: p. 116), en el mismo sentido Rivacoba (1965, p. 271). Por otro lado, se puede sostener que siendo una formula amplia, nada impide que a través del transcurso del tiempo se vayan creando por vía jurisprudencial nuevos casos de agresiones frente a las cuales operen las llamadas restricciones ético-sociales, limitando con ello supra-legalmente el alcance de la justificación, cuyo efecto adverso es la ampliación del *ius puniendi*.

No obstante, la mayoría de nuestra doctrina se inclina por admitir la subsidiaridad de la defensa frente a agresiones provenientes de inimputables, sin indicar el fundamento de ello (Cury, 1996: t. I, p. 368/ Garrido, 2003: t. II. p 134/ Politoff, Matus y Ramírez, 2004: t. I, p. 220). Náquira también adhiere a este criterio de subsidiariedad, pero señala que este se construye al interior de la legítima defensa en base al requisito de "necesidad racional", siendo sólo admisible respecto de pedir ayuda. Si pedir ayuda es el único medio necesario para conjurar el mal se debe recurrir a él, si es una posibilidad el agredido puede optar entre ella y la defensa (1998: p. 235). Por nuestra parte rechazamos el criterio de subsidiaridad, ya que implica confundir la legítima defensa con el estado de necesidad y con la eximente de cumplimiento de un deber jurídico del art. 10 N° 10 del CP. En el estado de necesidad es donde justamente rigen las exigencias de subsidiaridad y proporción entre mal causado y evitado, requisitos que están ausentes en la legítima defensa. De manera similar, en la eximente de cumplimiento de un deber, rigen como limitantes los criterios de adecuación y proporcionalidad (Politoff, Matus, Ramírez, 2004: t. I, p. 235/ Guzmán, 2017: p. 1246). Así, el policía que cumple su deber de detener al delincuente flagrante no podrá emplear fuerza innecesaria para ello. Ello es más patente frente a los casos en que la policía debe disolver a un grupo de personas que sin contar con autorización obstaculice completamente el libre tránsito en la vía pública. En este caso, debe primeramente recurrir a medios no violentos, negociación, dialogo, advertencia. Si ellas no prosperan el uso de la fuerza será gradual, primeramente debe

utilizar dispositivos disuasivos no lesivos, realizar disparos de advertencia. Solo como medida de último recurso puede hacer uso de armas de fuego, en caso de legítima defensa[70] y cuando hay un ataque con armas de fuego o letales en contra de un recinto militar o servicios de utilidad pública cuya perturbación o destrucción tendría grave impacto sobre la población[71].

Además, las referidas restricciones ético-sociales carecen de sustento en el tenor literal del art. 10 N° 4 del CP, el cual usa las palabras impedir o repeler, para referirse a la acción de defensa. Repeler significa rechazar mediante el uso de la fuerza la acción agresora, lo cual implica afectar bienes jurídicos del agresor. Por ende, se trata de una acción lesiva, violenta, que se ejerce sobre el agresor, es lo opuesto de evitar, esquivar o rehuir el ataque. En relación a lo indicado por el profesor Náquira, considero que su planteamiento no contiene una fórmula de subsidiaridad, ya que justamente la legítima defensa es una facultad que se concede al agredido. En tanto que la subsidiaridad implica un imperativo u obligación de optar por la ayuda de terceros frente a la alternativa de ejercer la repulsa.

Pero el problema de la admisión de las limitaciones ético-sociales no se restringe al derecho positivo, ya que a nivel dogmático igualmente presenta dificultades. Así, otra crítica que se puede formular a esta tesis radica en que rompe con la unidad sistemática

[70] Aunque puede sostenerse que el policía que obra en defensa de un tercero, en realidad actúa en cumplimiento de un deber, que es dar protección a terceros.

[71] Actualmente este proceder está regulado en las denominadas "Reglas para el uso de la fuerza para las Fuerzas Armadas en los estados de excepción constitucional que indica" (RUF), Decreto del Ministerio de Defensa Nacional, publicado en el Diario Oficial 22 de febrero del 2020. En ellas se define, entre otros, en su art. 2: el principio de proporcionalidad como *"el tipo y nivel de fuerza empleada y el daño que puede razonablemente resultar, debe considerar la gravedad de la ofensa y ser proporcional al objetivo de la consigna"*; el principio de gradualidad *"siempre que la situación operativa lo permita, se deben realizar todos los esfuerzos procedentes para resolver situaciones potenciales de confrontación, a través de la comunicación, persuasión, negociación, disuasión y empleo de medios disuasivos y, en última instancia, armas de fuego*". En su art. 3 establece nueve reglas de uso de la fuerza, en la cual el uso de armas de fuego es la medida de último recurso, cuando las demás sean insuficientes *"en legítima defensa de acuerdo a lo establecido en el Código Penal y Código de Justicia Militar"* y *"enfrentamiento con personas que utilicen o se apresten a utilizar armas de fuego u otras armas letales en los siguientes casos: ataque actual o inminente a un recinto militar, en la protección de instalaciones, sistemas, componentes de empresas o servicios cualquiera sea su finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública cuya perturbación en su funcionamiento o destrucción tendría grave impacto sobre la población."*

de la institución de la legítima defensa, ya que distingue subcategorías de agresiones que, pese a ser ilegítimas, no darían lugar al reconocimiento de la justificante. Esto atenta contra la seguridad jurídica, pues torna a la agresión ilegítima en un concepto amplio e indeterminado, un principio regulativo en los términos definidos por Henkel, cuya concreción le corresponderá en definitiva al juez. Tal como señala Stratenwerth, la expresión que utiliza el legislador alemán, en cuanto a ser necesario –*geboten*- el acto de defensa, sería una mera formula vacía, siendo dudoso que las restricciones ético-sociales obedezcan a un mismo denominador común (2016: p. 236). Si bien entre los penalistas germanos se señala que en estos casos el interés del prevalecimiento de Derecho sería sustancialmente menor (Roxin, 2006: t. I. p. 637), no se indica cual sería la razón de tal disminución.

Incluso dentro de la propia dogmática alemana la teoría de las restricciones ético-sociales no es coherente frente a agresiones de personas inculpables en que tal característica no es aparente a ojos del agredido, caso en el cual se sostiene que la legítima defensa debe entonces aplicarse sin limitación alguna (Jakobs, 1995: p. 467). De esta manera, cuando la incapacidad de culpabilidad no es aparente, el riesgo de error lo debe soportar el agresor, con lo cual se hace depender la aplicación de las restricciones ético-sociales de una cuestión meramente accidental. Tal como lo grafica Palermo, en primer lugar se reconoce el derecho de defensa en todo su esplendor frente a agresiones ilegítimas; en segundo lugar, se advierte las graves consecuencias de lo anterior frente a agresiones inculpables, limitando ético-socialmente frente a ellas la defensa; en tercer lugar, se percata que lo anterior deja en una situación incómoda al agredido que desconoce el carácter inculpable del agresor, por lo cual se vuelve al punto de partida inicial, dejando de lado las restricciones (2006: p. 339). Otros en cambio, señalan que aun cuando la inculpabilidad no sea aparente de todas maneras rigen las restricciones y si el agredido derechamente se defiende obraría con error inevitable del tipo permisivo, siendo impune (Frister, 2011: p. 333). En ambos casos, el agresor igualmente deberá soportar las consecuencias de la falta de percepción de su condición de inimputable. En el segundo caso, pese a obrar el agredido de manera inculpable en virtud del error, el agresor

inimputable no tendrá derecho a indemnización de los perjuicios causados por la acción defensiva, ya que su agresión no pierde el carácter de antijurídica.

Conforme a todo lo expuesto, vemos que en nuestro derecho no es posible sostener que quien obra en defensa sucesiva este sujeto a limitaciones ético-sociales, como tampoco que su defensa deba ejercerse de manera subsidiaria. La solución al problema de la admisión de la defensa sucesiva como conducta justificada debe buscarse dentro del propio marco normativo de la legítima defensa, tomando como punto de partida el carácter objetivamente antijurídico del exceso intensivo.

2. La agresión ilegítima y exceso de defensa. ¿Puede considerarse la agresión ilegítima como provocación suficiente del exceso intensivo en la defensa?

La admisión de la legítima defensa sucesiva como conducta plenamente justificada depende de la respuesta que se dé a la interrogante anterior. Siendo el carácter "suficiente" de la provocación exigido en el art. 10 N° 4 del CP un concepto jurídico indeterminado y sumamente debatido en la dogmática de habla hispana e incluso en la alemana –pese a no contenerse tal exigencia en § 32 del StGB, la dogmática germana discute sobre cuál es la provocación que excluye la defensa-, la respuesta a la interrogante varía según la tesis que se siga respecto de lo que debe entenderse por provocación suficiente, expuestas en el capítulo anterior. En las siguientes páginas, pasaré a analizar qué o cuáles respuestas arrojan cada una de ellas a la interrogante formulada.

a). Tesis de la agresión o restringida.

Conforme analizamos, según esta tesis provocación suficiente equivale a agresión ilegítima. Por lo tanto, para admitir la legítima defensa el defensor no debe haber comenzado por ser ilegítimo agresor, pues no procede la legítima defensa contra legítima defensa. El establecimiento del requisito sólo tiene por objeto remarcar la improcedencia de la legítima defensa recíproca, por lo cual la justificante tendría en realidad solo dos requisitos normativos: la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio, siguiendo

entonces el esquema germánico o bipartito. La defensa es plenamente procedente aun cuando el agredido haya dado motivo a la misma mediante una conducta que ha enojado o exasperado al agresor, al punto de llevarlo a incurrir en una conducta lesiva para los bienes jurídicos del primero. Por lo tanto, el legislador solo establece que quien detenta la posición de agresor ilegítimo no puede invocar legítima defensa en contra de la repulsa del agredido.

Bajo esta óptica, no hay obstáculo normativo alguno para admitir la procedencia de la legítima defensa sucesiva, dado que al incurrir el defensor en exceso intensivo lesionando bienes jurídicos del agresor más allá de lo necesario para la repulsa del mal, queda fuera de los límites de la permisión, siendo su obrar antijurídico. Con ello se invierten las posiciones jurídicas de los enfrentados en situación de defensa, pasando ahora el inicial defensor a ser agresor antijurídico y el inicial agresor a ser agredido. Si bien el agresor es quien dio inicio a la interacción mediante su agresión inicial, su posición jurídica cambia en el momento en que comienza a ser víctima del exceso intensivo en la defensa.

b). Tesis de la agresión ilegítima acabada.

Según esta tesis sólo es provocación suficiente una agresión ilegítima contra bienes jurídicos penalmente protegidos, que esté ya consumada o acabada, sea porque el agresor efectivamente lesionó la esfera de derechos de otro o porque fue conjurado el ataque. Pero su alcance tiene dos límites: la respuesta agresiva del provocado debe tener lugar de manera inmediata o dentro de un breve periodo de tiempo al cese de la conducta típica provocadora y; debe existir cierta correlación de equivalencia entre la agresión acabada y respuesta agresiva del provocado.

Si seguimos esta tesis, la defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo no sería admisible, ya que la agresión primera sería provocación suficiente de dicho exceso. El agredido al desplegar la defensa repele el mal, vence al atacante y luego sigue ejerciendo más violencia de la necesaria, excediéndose intensivamente. Hay una agresión ilegítima acabada por haberse conjurado la misma y luego otra agresión ilegítima

constituida por el exceso intensivo que tiene lugar de manera inmediata, sin solución de continuidad entre la defensa legítima y el exceso antijurídico. En este caso el agresor que es víctima del exceso puede defenderse, pero esta defensa queda degradada por la provocación previa, por lo que sólo cabe reconocer en su favor la atenuante calificada de eximente incompleta del art. 11 N° 1 del CP. Pero si el exceso intensivo en la defensa no tiene correlación alguna en magnitud con la agresión primera, constituyendo una conducta mucho más peligrosa o dañina, el agresor que es víctima del exceso podrá desplegar una legítima defensa plenamente justificada. Esto último tendría lugar, por ejemplo, si la agresión primera afecta la propiedad sobre un objeto de muy escaso valor, frente a lo cual el agredido reacciona afectado o poniendo el peligro la vida del agresor.

c). Tesis de la renuncia manifiesta a la protección jurídica.

Esta postura formulada por el profesor español Diego Luzón Peña, señala que sólo existe provocación suficiente entre quienes libremente aceptan mutuamente una riña o un duelo, pues sólo en estos casos resulta inequívoca y patente la voluntad de los contendientes de renunciar a la protección del derecho y a la facultad de obrar en legítima defensa. Pero si uno de los contendientes sobrepasa los límites de lo acordado durante la contienda, el otro recobra el derecho a ejercer legítima defensa (2016: pp. 423-424).

Bajo esta tesis, la defensa sucesiva contra el exceso intensivo será siempre plenamente justificada, salvo respecto de los sujetos trabados en de riña o duelo, mientras estos se mantengan dentro de lo acordado. Ello es así, ya que la tesis del profesor español toma como punto de partida que pese a existir provocación, la agresión continúa siendo objetivamente antijurídica y la defensa sería, por ende, objetivamente conforme a Derecho. No se observa la razón por la cual el provocador no deba ser protegido frente al peligro. La única razón para ello es si el agredido renuncia de manera ostensible a la protección del Derecho, poniéndose al margen de él, lo cual sólo tiene lugar cuando libremente y de común acuerdo con otro, opta por solucionar un conflicto mediante el uso de la fuerza. En este caso, ambos sujetos, al optar por la vía compulsiva, aceptan las consecuencias que de ello deriva, renunciando a la protección del ordenamiento jurídico.

Renuncian entonces a obrar en defensa uno contra el otro, y ambos consienten en ser agresores ilegítimos recíprocos. Estas son las hipótesis de riña y duelo aceptadas por ambos contendientes.

Llevado el razonamiento anterior a la defensa contra el exceso intensivo, este último es objetivamente antijurídico y la contradefensa que se le oponga es conforme a Derecho, pues no hay de parte del agresor inicial una renuncia manifiesta a la protección que le brinda el Derecho en contra del defensor que sobrepasa el límite de lo racionalmente necesario para defenderse, incurriendo en exceso en el uso de la fuerza o de los medios defensivos. La renuncia manifiesta a la protección jurídica, constitutiva de provocación suficiente de una agresión, solo se da respecto de los que consienten en trabarse en riña o duelo, calidad que no tiene el simple o mero agresor.

No obstante la claridad de los fundamentos de esta tesis y de ser favorable para fundar la procedencia de la defensa sucesiva en todos los casos, lamentablemente no cuenta con seguidores en la doctrina ni en la jurisprudencia.

d). Tesis de la conducta empírico-culturalmente adecuada.

Para esta tesis no es posible determinar *a priori* mediante reglas abstractas cuando la provocación es suficiente, por lo que es el juez quien deberá determinar en cada caso concreto si la conducta previa del agredido constituye tal provocación, conforme a los patrones empírico-culturales vigentes en la sociedad. En consecuencia, la suficiencia es un concepto abierto e indeterminado, un principio regulativo, cuyo contenido deberá ser casuísticamente determinado por el tribunal. Sin embargo, los partidarios de ella reconocen dos límites: el mínimo, constituido por la insignificancia, en el sentido que no serán suficientes aquellas burlas o bromas de mínima entidad, debiendo tener una provocación una mínima gravedad; y como límite máximo, la proporción entre provocación y la respuesta agresiva, no existiendo suficiencia si la segunda es desproporcionada respecto de la primera. También se agrega, como límite temporal, la proximidad entre provocación y ataque. Esta tesis es la más seguida por nuestra doctrina

y jurisprudencia (Politoff, Matus, Ramírez, 2004: t. I, p. 222/ Labatut, 1992: t. I, p. 99/ Couso, 2011: p. 220).

Para determinar la suficiencia del acto provocador el juez deberá recurrir a los patrones culturales imperantes respecto de la misma. Por ende, aquí cobra importancia central el concepto de cultura, entendido como hechos referidos a valores, sea que los promuevan, impidan, malogren o realicen, un conjunto de datos que tiene la significación de realizar valores (Radbruch, 1952: p. 9). Es el mundo propio del hombre, un vivir dentro de los bienes transmitidos o reconocidos, un existir dentro de una continuidad histórica y de la tradición (Ferrater, 1964: t. I, p. 391). Más claramente es definido por la antropología como una urdimbre de tramas de significación que el propio hombre ha tejido y dentro de la cual se halla inserto, constituyendo el análisis de la cultura una ciencia interpretativa que busca significaciones. La conducta humana es vista como acción simbólica, debiendo buscarse su sentido y valor (Geertz, 2003: pp. 20, 25). Conforme a lo anterior, el juez para determinar la suficiencia de la conducta provocadora deberá determinar si tiene tal significación conforme a la cultura dominante en el tiempo y lugar en que se encuentra inserto, pero desde luego, en relación a la agresión concretamente desencadenada. Para ello deberá basarse en la observación de la experiencia –*mundus sensibilis*-, dado que las expresiones culturales se manifiestan en hechos concretos, bajo los cuales hay un sustrato común de carácter valorativo.

Dado que esta tesis renuncia a definir la suficiencia de la provocación, en el caso de la defensa sucesiva, corresponderá al juez en el caso concreto determinar si la agresión ilegítima fue suficiente para provocar el exceso intensivo en la defensa. Para ello debe considerar las circunstancias del caso concreto, tales como: la entidad de la agresión, bienes jurídicos afectados, los sujetos en la situación concreta, el lugar, tiempo, realizando una valoración de la conducta provocadora conforme a patrones de conducta culturales imperantes en la sociedad. Si la agresión concreta no se considera suficiente para provocar ese exceso intensivo, el agresor que lo sufre podrá desplegar una defensa sucesiva con efectos plenamente justificantes. Dado que esta tesis deja completamente abierto el

concepto de provocación suficiente, no puede sostener *a priori* que la agresión ilegítima lo sea respecto del exceso intensivo en la defensa. Todo dependerá de la valoración que haga el tribunal del caso concreto en que existió exceso intensivo.

e). Tesis de la previsibilidad, objetiva o adecuación jurídica.

Esta tesis sostiene que es suficiente provocación aquella conducta que haga prever objetivamente como posible una respuesta agresiva. Pero debe tratarse de una conducta contraria a la coexistencia social y no debe tomarse en cuenta las características personales del provocado que lo hagan proclive a la violencia. Para determinar la previsibilidad hay dos fórmulas: la primera es la causalidad adecuada, dentro de la cual se distinguen dos formas de realizar el juicio de adecuación, *ex ante* y *ex post*, conforme al criterio del hombre prudente; la segunda es la teoría de la imputación objetiva del resultado.

Aplicada esta tesis a nuestro objeto de estudio, vemos que tampoco se puede negar de antemano la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo. Ello se debe a que la agresión ilegítima primera, en cuanto a acto precedente del exceso intensivo, debe someterse al juicio de previsibilidad para determinar si fue suficiente para provocar el exceso intensivo. Desde luego, esto debe realizarse *in concreto*, es decir, tomando en consideración la agresión ilegítima concretamente desplegada por el agresor, con todas sus características particulares y relacionándola con la conducta constitutiva de exceso intensivo en la defensa desplegada en el caso concreto, considerado todas sus características especiales. Si conforme a este juicio resulta que, en el caso concreto, el exceso intensivo no resulta una respuesta previsible a la agresión, se deberá negar la suficiencia provocadora de esta, por lo cual el agresor podrá ejercer defensa sucesiva plenamente justificada. Al contrario, si de la agresión concreta resulta previsible una respuesta defensiva excedida en intensidad, al agresor inicial que se defiende del exceso sólo podrá reconocérsele una eximente incompleta.

Un análisis especial merece el caso en que el juicio de suficiencia de la provocación, constituida en este caso por la agresión ilegítima, se realiza conforme a la teoría de la imputación objetiva del resultado, fórmula propuesta por algunos autores

(Iglesias, 1999a: p. 452/ Bustos y Hormazábal, 1999: t. II, p. 131), pero sin mayor desarrollo. Al respecto considero necesario explicar de manera sintética los lineamientos generales de esta teoría, para luego enfocarla a nuestro tema de estudio.

La imputación objetiva se crea pare resolver problemas de atribución de autoría en los tipos penales de resultado en los cuales la conducta del hechor no aparece claramente descrita por el legislador. En otras palabras, la conducta típica aparece descrita de manera puramente causal -el que ocasione, el que cause, el que produzca-, sin precisar el tipo penal cómo debe obrar el sujeto activo (Cancio, Ferrante, Sancinetti, 1998: p. 17). En estos casos, la teoría de la imputación objetiva crea un conjunto de requisitos normativos para determinar objetivamente cuando una conducta ha causado ese resultado típico, es decir, para identificar la conducta que es su causa determinante. Los requisitos normativos que debe cumplir el comportamiento para imputarle la causación del resultado son: debe ser ilícito, debe crear un riesgo no permitido por el Derecho o aumentarlo más allá de lo permitido y, debe existir relación de causalidad entre ese comportamiento y el resultado típico (Cancio, Ferrante, Sancinetti, 1998: pp. 31-33).

Dicho lo anterior, veamos ahora que sucede si se aplica como criterio para evaluar la suficiencia de la agresión ilegítima primera para provocar el exceso intensivo en la defensa. En este caso tenemos que la agresión ilegítima cumple los dos primeros requisitos de esta teoría para atribuir la causación del resultado típico –constituido por el exceso intensivo-, esto es, constituye una conducta ilícita y que crea un riesgo no permitido. Sin embargo, no cumple con el tercer requisito, no se da una relación de causalidad natural entre la agresión y el exceso intensivo, ya que este último emana completamente de la voluntad del defensor que ha decidido incurrir en el exceso. Frente a la agresión ilegítima el agredido puede defenderse o no, si opta por repeler la agresión debe hacerlo dentro de los márgenes de la necesidad racional, pero si por dolo o culpa excede ese límite, obra ilícitamente. Como vemos, no existe una causalidad mecánica o natural entre agresión, defensa y exceso, ya que la voluntad del agredido siempre media frente al estímulo constituido por la agresión. Incluso lo hace en dos momentos: cuando decide defenderse

y cuando decide defenderse o no dentro de los límites de lo permitido. Esto es más claro cuando se está en presencia de un exceso intensivo doloso, pues en él el defensor conoce perfectamente la entidad de la agresión, lo medios defensivos disponibles, su potencial lesivo, como usarlos y hasta cuando utilizarlos para no sobrepasar los límites de la justificación, pese a lo cual decide utilizarlos de manera irracional causando al agresor más daños de lo necesario. Igualmente puede predicarse respecto del exceso culposo, dado que la infracción del deber de cuidado es atribuible al defensor que se excede. Piense, por ejemplo, el caso en que la defensa se despliega haciendo uso de un arma de fuego y el exceso intensivo se produce por el desconocimiento en el uso de la misma. En este caso la infracción al deber de cuidado se originó por la omisión de un deber del defensor, consistente en haberse previamente instruido o entrenado en el uso del arma. Incluso existe una multiplicidad de momentos en los cuales entra en juego la voluntad del agredido frente a la agresión ilegítima: decisión de defenderse o no; elección del medio defensivo entre todos los disponibles; decisión sobre cómo y con qué intensidad va a usar el medio defensivo elegido. En el caso del exceso fortuito, tampoco se da la relación de causalidad entre éste y la agresión ilegítima, ya que en ella concurre la acción de defensa del agredido más una causa desconocida, cuya suma produce el exceso intensivo en la defensa. Ninguna de ellas emana de la agresión inicial, dado que la acción defensiva, al igual que las hipótesis anteriores, depende de la voluntad del agredido, en tanto que la concausa que produce el exceso es desconocida para los sujetos que intervienen en el conflicto. Por lo tanto, frente a exceso intensivo doloso, negligente y fortuito no existe relación de causalidad entre la agresión ilegítima y el exceso, por lo cual no puede imputarse objetivamente ese resultado al agresor ilegítimo, pues la relación de causalidad se ve interrumpida por la voluntad libre del agredido.

Donde sí puede concurrir la relación de causalidad entre la agresión y el exceso defensivo intensivo, es cuando este exceso se produce de manera inculpable por haber sufrido el agredido, a consecuencia de la agresión, un estado emotivo de tal magnitud que es capaz de privarlo transitoriamente de la razón, debido a lo cual el sujeto no puede medir su reacción defensiva. En este caso, si la agresión por sus características particulares era

capaz de producir tal estado mental jurídicamente relevante en la generalidad de los sujetos, produciéndose éste de manera efectiva en la especie, tal resultado constitutivo de exceso intensivo debe imputarse objetivamente al agresor ilegítimo. La relación de causalidad concurriría por cuanto un estado psíquico puede tener su origen en causas endógenas o exógenas, en este último caso un acontecimiento que emana de la naturaleza o del hombre que obra como estímulo desencadenante. Por lo tanto, hay provocación suficiente y la defensa sucesiva con efectos plenamente justificantes no puede ser reconocida. Si quien sufre el exceso se defiende, sólo podrá reconocérsele una atenuante de eximente incompleta.

Pero si la agresión ilegítima por su entidad, poca peligrosidad, no es objetivamente capaz de producir un estado emotivo o psíquico que pueda privar de razón al agredido, aun cuando tal estado se produzca y desencadene una defensa excesiva, la agresión ilegítima inicial no puede estimarse como provocación suficiente de ese exceso. En este caso el estado de alteración psíquica tiene su origen en el propio carácter del agredido y no en la agresión ilegítima, por lo cual el agresor que sufre el exceso intensivo en la defensa podrá desplegar una defensa sucesiva plenamente justificada en contra el mismo. La reacción defensiva irracional y desmedida del agredido no se condice con la poca entidad de la agresión.

f). Tesis de la proporcionalidad:

Según vimos, esta tesis sostiene que provocación suficiente es aquella cuya entidad es equivalente o proporcionada a la agresión desencadenada, en los mismos términos exigidos por la atenuante establecida en el art. 11 N° 3 del CP. El agresor obra movido por un ímpetu emocional que vence sus frenos inhibitorios, el cual es producido por la provocación. Pero no se requiere que el sujeto obre privado de razón producto de un estado emotivo intenso, basta con que obre movido por una emoción. La agresión debe ser proporcionada a la provocación, para ello debe compararse ambas, ya sea el peligro

amenazado o bienes jurídicos en juego, y en este último caso si son homogéneos o heterogéneos, primarios o secundarios.

Aplicada esta teoría a la defensa sucesiva, esta debe reconocerse con efectos plenamente justificantes cuando el exceso intensivo en la defensa es enormemente desproporcionado en relación a la agresión ilegítima inicial. En este caso se puede afirmar que, por existir una enorme desproporción, la agresión ilegítima inicial no puede estimarse como provocación suficiente del exceso intensivo en la defensa, ya que el agredido nunca tuvo ante sí un peligro que lo impulsara a desplegar una defensa extrema. De esta manera, el sujeto que sufre el exceso podrá oponer defensa sucesiva plenamente justificada. Una agresión de poca entidad no puede considerarse provocadora de un ímpetu emotivo que lleve al agredido a defenderse de manera letal. Por el contrario, cuando agresión ilegítima aparezca como proporcionada a la entidad del exceso intensivo, por existir una suerte de equivalencia o equilibrio entre ambas, no procederá la defensa sucesiva plena, debiendo solo reconocerse en favor de quien repele el exceso una atenuante de eximente incompleta.

La desproporción que debe existir entre la agresión y el exceso intensivo debe ser enorme o crasa, ya que la legítima defensa autoriza al agredido para defenderse causando al agresor, en sus bienes jurídicos, mayores daños que aquellos autorizados por el estado de necesidad si es que fuere necesario, pero teniendo como límite máximo la enorme desproporción. Por otro lado, se debe tener presente que en la legítima defensa no se exige una igualdad matemática entre agresión y defensa, el agresor puede causar un poco más de daños al agresor que aquél producido por el ataque, pero en ningún caso enormemente desproporcionados.

Si bien cuando analizamos esta tesis vimos que el defecto de ella radicaba en que no podía realizarse el juicio de proporción entre provocación y agresión, dado que la primera no lesiona bienes jurídicos a diferencia de la segunda, tal defecto no se da entre la agresión y el exceso defensivo, ya que ambas actividades son lesivas al afectar de manera efectiva bienes jurídicos ajenos en forma recíproca. Por lo tanto, al igual que entre

la agresión ilegítima y la defensa, también es posible realizar el juicio de proporción entre agresión y exceso intensivo en la defensa.

g). Tesis de la inculpabilidad o atenuación del agresor.

Para esta esta tesis la provocación suficiente es aquel comportamiento que produce en el provocado un estado de inculpabilidad, disminución o atenuación de la misma, bajo cuyos efectos agrede al provocador. Por lo tanto, la suficiencia radica en que el acto provocador sea capaz de afectar la capacidad de culpabilidad del provocado, ya sea disminuyendo la misma o privándolo completamente de ella, de manera que no pueda ajustar su conducta defensiva a lo racionalmente necesario. Así, puede producir en el provocado un estado de emoción violenta, miedo insuperable o privación total de razón, siempre que la agresión ilegítima se realice bajo estos estados de inimputabilidad o imputabilidad disminuida. En cuanto a la forma de evaluar la suficiencia de la conducta precedente para provocar estos estados psíquicos, hay dos maneras; subjetiva, que atiende a los efectos que se producen en el caso concreto y objetiva conforme a un juicio de adecuación.

De seguirse esta tesis, la defensa sucesiva plenamente justificada sería procedente en tanto la agresión ilegítima no produzca en el agredido una merma de su capacidad de culpabilidad o atenuación de ella. Solo si tal disminución se produce efectivamente en la especie y la agresión objetivamente era adecuada para producirlo, debe negarse la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada. En consecuencia, la defensa sucesiva plenamente justificada no procede en contra del exceso intensivo inculpable, ya que en este caso el agredido que se defiende sobrepasa los límites de la justificación por estar bajo un estado de emoción violenta, miedo insuperable, fuerza moral irresistible o derechamente por privación total de la razón. En todos estos supuestos el agredido obra inculpablemente por estar privado de capacidad imputabilidad, ya que no es capaz de comprender lo injusto de su actuar o de determinarse conforme a ese conocimiento. El sujeto no logra percatarse que ha sobrepasado los límites de la permisión o sabiéndolo no es capaz de controlar su obrar como para mantenerse dentro de dichos márgenes. Pero

tales estados deben ser producidos por la agresión ilegítima y esta debe ser objetivamente apta para producirlos. Igualmente, se debe negar la defensa sucesiva plena si la agresión sólo disminuyó la capacidad de imputabilidad del agredido y este se defiende con exceso intensivo, pero bajo los efectos de tal estado de imputabilidad disminuida. Frente al exceso intensivo inculpable o con culpabilidad disminuida, solo puede reconocerse una eximente incompleta de legítima defensa en favor del primer agresor que opta por repeler tal exceso.

Aplicadas este cúmulo de teorías sobre la suficiencia de la provocación al problema de la admisión de la defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo en la defensa, vemos que, ninguna de ellas niega *a priori* su procedencia. Si bien es cierto que la agresión ilegítima tiene una entidad mayor que la mera provocación, ya que afecta o lesiona bienes jurídicos, lo que no hace la segunda, tal diferencia no puede darle a la agresión el carácter de ser suficiente para provocar todo exceso intensivo en la defensa. Esto implicaría negar siempre la procedencia de la legítima defensa sucesiva plena frente a todo exceso intensivo.

A nuestro juicio, lo correcto es entender que el reconocimiento legítima defensa en contra del exceso intensivo en la defensa, al igual que cualquier otro caso, queda sujeto al cumplimiento de todos los requisitos del art. 10 N° 4 del CP. Dentro de este esquema general, deberá valorarse si la agresión ilegítima puede o no considerarse provocación suficiente del exceso intensivo. Tal valoración debe hacerse considerando la agresión y el exceso desplegados en el caso concreto, siguiendo algunas de las teorías antes señaladas para determinar el alcance de la suficiencia.

A la luz de lo analizado, la agresión ilegítima ciertamente provoca la reacción defensiva legítima del agredido, pero no puede considerarse per se cómo provocadora también del exceso intensivo en la defensa. Es por ello que la determinación sobre si la agresión ha provocado suficientemente el exceso intensivo en la defensa –antijurídico y constitutivo de agresión ilegítima- debe quedar sujeto a las reglas generales. Sostener lo contrario implicaría romper el esquema unitario de la legítima defensa que establece el art. 10 N° 4 de CP, creando un subsistema diferenciado para la defensa sucesiva, la cual

nunca sería plenamente justificada, al existir siempre provocación suficiente de todo exceso intensivo.

3. Análisis de las tesis de la proporción y de la inculpabilidad o atenuación, como criterios de solución para la admisión de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada.

Para determinar los casos de exceso intensivo frente a los cuales es posible admitir la defensa sucesiva plenamente justificada, es necesario determinar, previamente, cuál de las teorías sobre la suficiencia de la provocación se utilizará para determinar si, en el caso concreto, la agresión ilegítima cumple o no tal carácter respecto el exceso intensivo. Sobre este punto, hay dos tesis que merecen especial análisis: la proporción y la de inculpabilidad o atenuación.

Respecto de la primera, la proporción es principio que es general a todo el ordenamiento jurídico y que otorga un baremo de medición objetivo compatible con el principio de seguridad jurídica. Por otro lado, esta tesis es sistemáticamente compatible con el art 11 N° 3 del CP, que establece la circunstancia atenuante de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito. Es el propio legislador quien textualmente establece el criterio de proporción para determinar la procedencia de la atenuante de provocación, por lo que no vemos la razón por la cual ello deba ser distinto en la provocación suficiente en la defensa. Además, la doctrina, según veremos, lo ha utilizado para resolver el problema de la admisión de la legítima defensa plena en favor del provocador.

En cuando a la tesis de la inculpabilidad o atenuación, si bien esta postura merece críticas respecto de la mera provocación, por cuanto introduce como requisito para la procedencia de la legítima defensa que la agresión sea culpable, lo cual no es exigido por el legislador, se debe tener presente que la situación es distinta cuando debemos evaluar a la agresión como acto provocador del exceso intensivo. En efecto, según vimos en su oportunidad la simple provocación es un acto no lesivo, no afecta bienes jurídicos, ni los

pone en peligro y solo busca enojar o exasperar a otro. En cambio, la agresión ilegítima, tiene una entidad mayor, es un acto que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de otro y puede incluso constituir un acto típico. Esta diferencia cualitativa no debe perderse de vista al momento de evaluar a la agresión como acto que puede provocar suficientemente el exceso intensivo. La agresión ilegítima, a diferencia del simple acto provocador, pone al agredido en una situación de necesidad cualificada de obrar en contra del agresor -*necessitas defensionis*-, a fin de impedir que este destruya sus bienes jurídicos. Esta situación apremiante puede originar en el agredido un estado psíquico alterado, en que el dominio de su voluntad puede verse disminuido. Es por ello que, según vimos, el exceso puede producirse por miedo insuperable, fuerza moral irresistible o privación total de la razón, entre otras causas. Estos estados de inculpabilidad que surgen en el agredido pueden originarse por la agresión ilegítima, dependiendo de su naturaleza y gravedad del peligro o lesión que genera. Es por ello que frente a un exceso intensivo inculpable es necesario determinar si la agresión ilegítima tuvo la entidad suficiente como para provocarlo conforme al juicio objetivo de adecuación.

Ambas tesis apuntan a aspectos distintos. Una apunta a ponderar los bienes jurídicos afectados por agresión ilegítima y exceso intensivo. La otra a determinar si la peligrosidad o lesividad de la agresión ilegitima podía o no haber originado en el agredido una privación, disminución o atenuación de la capacidad de culpabilidad presa de la cual haya incurrido en el exceso intensivo. Sin embargo, la primera puede finalmente complementar a la segunda, ya que, si tenemos un exceso inculpable enormemente desproporcionado como respuesta a una agresión nimia o muy poco lesiva para un bien jurídico secundario, tal estado de inculpabilidad no puede entenderse que haya sido causado por aquella agresión.

A continuación, pasare a desarrollar, brevemente, el principio de proporcionalidad en general, a fin de demostrar su importancia en la Ciencia jurídica, para luego enfocarlo en la defensa sucesiva. Luego analizare la tesis de exige que la agresión ilegítima no haya

ocasionado una merma en la culpabilidad del defensor que se excede y su implicancia en la defensa sucesiva.

3.1. El principio de proporcionalidad en general:

El principio de proporcionalidad es consustancial e inmanente a todo el ordenamiento jurídico (Tavares, 2018: p. 338). Ello se debe a que la idea de proporción se encuentra implícita dentro del concepto de justicia, valor supremo a cuya realización aspira todo orden jurídico. En efecto, Aristóteles al tratar sobre la justicia distributiva en la Ética Nicomaquea señaló que lo justo es una especie de proporción y lo injusto aquello que va contra ella, comete injusticia el que tiene una porción excesiva del bien y el que la padece, demasiado pequeña. Reconociendo que se trataba de una propiedad numérica, el estagirita distinguía dos tipos de proporción: la continua, en que hay un término medio (A es a B como B es a C) y la proporción directa en que los cuatro términos son diferentes (A es a B como C es a D) (2014: pp. 138-139). El concepto de proporción tiene su origen en la matemática, geometría y estética[72]. La palabra castellana proporción deriva del latín *proportio,* palabra compuesta del prefijo *pro* y *portio,* significa "según la parte" (Guzmán: 2016: p. 1229). Según la RAE, en su primera y quinta acepción, proporción significa "disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí" e "igualdad de dos razones" (2020). De esta manera, proporción tiene dos significados: La primera es simetría, regularidad, armonía entre las partes de un todo o de una misma unidad. En tanto que la segunda acepción, corresponde a lo que en griego antiguo se denominaba "*analogon*" (ἀνάλογο) adjetivo que significa semejanza o parecido entre dos cosas distintas, pero respecto a un patrón racional, es decir, semejantes de acuerdo a un logos (λογον)[73] (Perrone, 2016: p. 88). Por lo tanto, se trata

[72] En matemática la teoría de las proporciones se remonta a Euclides de Alejandría (325- 265 AC), quien en el Libro V de su obra "Elementos" plasmo la teoría euclidiana de las proporciones.

[73] Del término griego *analogon* se deriva las palabras análogo o analogía que significa relación de semejanza entre cosas distintas (RAE 2020). En el castellano *analogon* ha sido traducido como proporción o proporcionado. Así, la obra Elementos de Euclides utilizaba la palabra *analogon,* que era una expresión adverbial de uso especializado en las matemáticas (1994: p. 12), la cual ha sido traducida como proporción. Lo mismo se observa en la Ética Nicomaquea, al referirse Aristóteles a que el hombre virtuoso no se hace amigo del hombre superior, a no ser que le aventaje también en virtud, pues de otra manera no hay entre

de una relación de equivalencia entre dos objetos diferentes, pero medida conforme a una determinada razón o regla. Se trata de una semejanza de tipo cualitativa. Hoy en día, *analogon* corresponde al significado que da la Filosofía a la palabra analogía, esto es, "correlación entre términos de dos o varios sistemas u órdenes, es decir, existencia de una relación entre cada uno de los términos de un sistema y cada uno de los términos de otro" (Ferrater, 2009: p. 29). Conforme a este concepto la relación cualitativa entre dos entes u objetos estaría dada por el logos o razonamiento que se utilice para determinar la semejanza. Conforme a la filosofía kantiana, tal logos correspondería a alguna de las categorías del pensamiento o *a priori*, aunque podría ser cualquier otra cualidad del objeto.

Proporción y analogía tiene en común que denotan relación entre entidades. En efecto, en su Metafísica Aristóteles distinguía tres tipos de relación: Identidad, aquello cuya esencia es la misma; semejante, cuando tiene una misma cualidad; igual, lo que tiene la misma cantidad –Libro V, parte XV- (2017: p. 128). En síntesis, puede sostenerse que el primer significado de proporción se identifica con la equivalencia cuantitativa propia de la matemática y la geometría, en tanto que el segundo, se identifica con la filosofía y dice relación con la semejanza cualitativa o racional entre conceptos u objetos que no son numéricamente medibles o cuantificables.

En Derecho la proporción se utiliza en el sentido de analogía, es decir, relación entre objetos diferentes pero que se relacionan entre sí. Significa entonces cierta conmensuración entre entidades de grado inferior a la identidad o igualdad en algún

ambos igualdad proporcional (2014: p. 227). Según Ferrater, en Filosofía la palabra analogía tiene dos significados: a). correlación entre términos de dos o varios sistemas u órdenes, es decir, existencia de una relación entre cada uno de los términos de un sistema y cada uno de los términos de otro. Indica que conforme a este la analogía equivale a proporción; b). semejanza de una cosa con otra, de la similitud de unos caracteres o funciones con otros (2009: p. 29). Para Rosental y Iudin analogía es "la semejanza de ciertas facetas, cualidades y relaciones entre objetos no idénticos" (2013: p. 16). Según Kant, "las analogías tienen en filosofía un significado diferente que en las matemáticas. En éstas constituyen fórmulas que expresan igualdad de dos relaciones cuantitativas y son siempre constitutivas; de forma que, dados tres miembros de la proporción, se da también el cuarto, puedo construirlo. En la filosofía, en cambio, la analogía no es la igualdad de dos relaciones cuantitativas, sino cualitativas. Es una igualdad en que, dados tres miembros, puedo simplemente conocer e indicar *a priori* la relación con el cuarto miembro, pero no conocerlo directamente. Lo que sí poseo es una regla para buscarlo en la experiencia y una regla para descubrirlo en ella" (2005: p. 153).

género, una idea de analogía o adecuación entre dos entes en parte diferentes y en cierto sentido idénticos -analogía de proporcionalidad-. Dado que la ciencia del Derecho recae sobre conceptos abstractos de tipo axiológico, no susceptibles de conmensuración aritmética, cuando en ella se habla de proporción esta no se utiliza bajo la lógica de las matemáticas, sino que ella sólo admite equivalencias y proporciones estimativas (Guzmán, 2017: pp. 1235 y 1238).

En efecto, se ha sostenido que entre principios o valores jurídicos no es posible establecer un orden estricto o cardinal que conduzca en cada caso al resultado preciso, pues ello sólo sería posible si el peso de ellos y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable (Alexy, 2010: p. 16). De esta manera, cuando se habla de proporción, en el fondo se trata de "un esfuerzo o medio para acercarse o asimilarse a la igualdad, estableciendo relaciones de aprecio o estimación que expresen y compensen las diferencias de valor según criterios objetivos y estables y con la mayor exactitud o aproximación posible" (Rivacoba, 1999: p. 68).

El principio de proporcionalidad se encuentra presente en diversas disposiciones de varias ramas del ordenamiento jurídico. Así, el Código Civil hace expresa mención de ella en alguna de sus disposiciones. Por ejemplo, el art. 230 dispone que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal y si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas; el art. 2309 establece que cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota. Igualmente, en materia procesal penal la proporcionalidad de las medidas cautelares personales frente a la eventual pena que arriesga el imputado es un requisito implícitamente contemplado en el art. 140 a) del CPP al establecer que para determinar la procedencia de la prisión preventiva el juez deberá tener presente, entre otros, la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se imputare y el carácter de los mismos. En el mismo sentido, el art. 141 a) del CPP, al establecerse la improcedencia de la prisión preventiva en contra del que es imputado por delito que solo merecen pena de multa. Lo mismo se

observa en el inciso segundo del art. 155 del mismo cuerpo legal, que respecto de las otras medidas cautelares personales alternativas, establece que el juez podrá imponer una o más según resultaren adecuadas al caso.

La rama en la cual el principio de proporcionalidad ha tenido mayor desarrollo es en el Derecho constitucional, esto apropósito de la restricción por parte de la autoridad estatal de derechos fundamentales. Conforme a la doctrina formulada por Robert Alexy los derechos fundamentales pueden colisionar. Dado que no es posible establecer un orden o escala numérica, que midiendo el peso de los mismos solucione cual debe primar, para solucionar este problema se debe recurrir a un juicio de ponderación en el caso concreto. Para ello formula la regla de proporcionalidad en sentido estricto que reza: cuando más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento de otro (2010: pp. 16-19). El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha construido cuatro reglas (test de proporcionalidad) que sirven para resolver sobre la validez constitucional de las limitaciones de derechos fundamentales impuestos por la autoridad estatal[74]. Esta doctrina ha sido recogida por nuestra la

[74] En la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso *Apothekenurteil,* del 11 de junio de 1958, (se acciona en contra de resolución del gobierno de Baviera que rechazo una autorización de apertura de una farmacia). En este caso se plantea una colisión entre la libertad para ejercer una profesión –farmacéutico- y el derecho a la salud resguardado por el art. 3, párrafo primero de la Ley sobre farmacias *ApothekenG*, que establece requisitos para su establecimiento. La referida resolución fue declarada inconstitucional, el fallo estableció 4 reglas que debe observar el Estado al restringir un derecho fundamental: a) La restricción o afectación debe perseguir una finalidad legítima; b) debe ser adecuada o idónea para la promoción de dicho objetivo legítimo; c) debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados, d) Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto, los instrumentos y medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de la intervención debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si estos no son urgentes o no muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho (Arnold, Martínez y Zuñiga, 2012: p. 71/ Schwabe, 2009: pp. 318-325).

doctrina[75] y jurisprudencia constitucional[76], reconociéndose al principio de proporcionalidad como límite a toda restricción que se imponga por parte de la autoridad estatal a los derechos esenciales o fundamentales.

En el Derecho penal el principio de proporción igualmente tiene aplicación, al punto que se ha sostenido que la dogmática penal esta tejida de principio a fin con el hilo de la proporción (Guzmán, 2017: p. 1242). Igualmente, se sostiene que en realidad corresponde a un principio derivado de los principios materiales de dignidad humana, bien común, legalidad y culpabilidad. Recibe la denominación de "derivado"[77] porque se trata de un criterio normativo de valoración acerca de la injerencia de la potestad penal en la vida ciudadana a partir de la configuración de los principios materiales (Yacobucci, 2002: p. 333). Fundamentalmente ha recibido aplicación en dos materias: proporcionalidad entre delitos y penas, y en las causas de justificación.

En cuanto a lo primero, la exigencia de que la pena sea proporcionada a la gravedad del delito se encuentra ya expresada en la inmortal obra de Beccaria. En este punto la

[75] Según Nogueira (2010), el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en nuestra Constitución, específicamente en las bases de la institucionalidad (arts. 6 y 7), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía de no afectación del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26). Según el mismo autor, la norma limitadora de un derecho fundamental debe asegurar que esa restricción sea necesaria para un fin legítimo, debe considerar la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se encuentra a quien se impone tal sacrificio, la limitación debe respetar el núcleo duro del derecho que no puede ser afectado y entre los diversos medios de afectación debe optarse por aquél que lo lesione en la menor medida (1997: pp. 294-295).

[76] Por ejemplo, se pueden citar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: Rol 1046-2008 del 22 julio de 2008; Rol 1061-2008 del 28 agosto de 2008; Rol 1260-2008 del 07 mayo de 2009; Rol 1204-2008 del 28 mayo de 2009; Rol 1307-2009 de 20 de enero de 2011; Rol 784-2007 del 20 de diciembre de 2007; Rol 1824-2010 del 09 de diciembre de 2010; Rol 1988-2011 del 24 de junio de 2011. Un análisis más detallado sobre en qué medida nuestro TC aplica el test de proporcionalidad puede leerse en: (Covarrubias: 2014).

[77] *Prima facie* pareciera un contrasentido hablar de un principio derivado, ya que principio es la base, origen o razón fundamental de algo y antes de él no podría haber nada. Sin embargo, aquí no se toma la palabra principio en sentido de principio del ser, esto es, como aquél del que derivan todas las cosas, sino como principio del conocer, esto es, como aquellos que describen el carácter de cierta proposición, que le da la razón de ser. En consecuencia, se puede admitir que los principios de una ciencia son a su vez dependientes de ciertos principios superiores, llamados primeros principios o axiomas (Ferrater, 2009: p. 295). La propia Metafísica de Aristóteles distingue entre principio como punto de partida de una cosa y principio como medio para hace mejor una cosa, por ejemplo, el principio de una ciencia, lo que puede facilitar su estudio (Libro V, parte I) (2017: p. 104). Por lo tanto, aquí principio se toma en su significado filosófico de regla de conocimiento.

proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado este en su significado global. En consecuencia, tiene como destinatarios, en su primera vertiente, al legislador, y en la segunda, al juez (García Pablos, 2006: pp. 579-580). De esta manera, para determinar la proporcionalidad se debe realizar un juicio de ponderación entre la carga coactiva o mal que produce la pena y el bien jurídico que se lesiona o pone en peligro el delito (gravedad del delito). La gravedad de la pena debe ajustarse a la nocividad o daño social de la conducta incriminada (Silva Sánchez, 1992: p. 260).

En lo que respecta a la gravedad del delito, el juicio de ponderación debe considerar dos elementos: la gravedad intrínseca del hecho, derivada del desvalor de acción y resultado. Aquí se toman en consideración la importancia y el número de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, la importancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción, desvalor de la intención del autor, etc. El segundo es la gravedad extrínseca del delito, en el cual se toman en cuenta el peligro que puede generar su reiteración y la alarma social que genera su comisión (Luzón, 2016: p. 45/ García Pablos, 2006: p. 582).

Pero además de la importancia del bien jurídico y el daño causado, el Tribunal Constitucional español señaló otros dos elementos que entran en juego en el juicio de ponderación. Uno es el fin de protección de norma, el que debe ser lo suficientemente relevante como para imponer una sanción penal y el otro es que la pena o sanción sea absolutamente idónea o necesaria para alcanzar ese fin. Según dicho tribunal, se viola la proporcionalidad cuando concurre un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concesión en la actividad legislativa (Sentencias 161/1997 fundamento 12; Sentencia 55/1996, fundamento 9). Por lo tanto, el juicio de ponderación debe realizarse en tres niveles; primeramente, debe atenderse a la importancia del bien jurídico protegido por la norma, luego se debe determinar si la pena es un medio

absolutamente necesario para protegerlo o si existen otros menos gravosos, por último, debe atenderse al daño intrínseco y extrínseco ocasionado por el delito. Es en este último estadio donde opera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues se ponderan los daños causados por el delito (grado de injusto) y los que produce la pena a imponer.

Sin embargo, a todos los factores antes señalados que entran en juego en la determinación de la proporcionalidad de la pena, se debe agregar uno más, el cual consiste en el grado de culpabilidad del agente en el hecho cometido. Ello se deriva de la exigencia de considerar el nivel de prevención especial que debe observarse respecto del sujeto en particular que es merecedor de la sanción (Yacobucci, 2002: p. 349). El principio de humanidad exige que no solo se atienda a conceptos jurídicos abstractos para determinar la proporción, sino que también a la persona del hechor y sus especiales circunstancias. La necesidad preventivo especial de la pena evidentemente será mayor respeto del sujeto que obra con dolo directo que respecto del que obra con culpa o con imputabilidad disminuida. Por lo tanto, el juicio de proporcionalidad ha de atender no solo al contenido del injusto y al mal causado, sino también a la mayor o menor reprochabilidad del autor (García Pablos, 2006: p. 580).

Existirá desproporción entre delito y pena, cuando la norma penal no tenga por objeto proteger un bien jurídico o este sea muy poco importante (insignificancia y ofensividad), cuando pese a haber necesidad de protección esta pueda lograse por otros medios menos gravosos distintos de la pena (*ultima ratio* y subsidiaridad) y cuando el nivel de peligro o lesión al bien jurídico tutelado sea inferior al daño ocasionado por la pena (proporcionalidad en sentido estricto). Igualmente, habrá desproporción cuando la pena aplicada sea desmesurada en atención a las mínimas exigencias de prevención especial derivadas del bajo grado de culpabilidad del agente (reprochabilidad). La proporcionalidad lo que busca es hacer efectiva la idea de justicia, dando lo que cada uno merece, retribuyendo con arreglo al valor de su conducta. La pena efectiva es la justa y proporcionada, la pena desorbitada resulta cimógena (García Pablos, 2006: p. 583). En el

fondo, la pena desproporcionada causa un mayor daño y alarma social que el delito que motiva a su aplicación, tornando al derecho penal en cruel e irracional.

Nuestro tribunal constitucional ha acogido requerimientos de inaplicabilidad de normas penales sustantivas fundados en la infracción del principio de proporcionalidad por parte del legislador, el cual constituye un límite al *ius puniendi*[78]. En cuanto a la obligación del juez de dosificar la pena de manera proporcionada dentro del marco abstracto que fija el legislador, esta se plasma en las reglas del párrafo cuarto del Libro I del CP, en el art. 351 del CPP que establece la acumulación jurídica de penas y el art. 164 del COT que establece una regla de unificación de condenas. Nuestra Corte Suprema igualmente se ha pronunciado reconociendo el principio de proporcionalidad de las penas[79].

3.2. La proporcionalidad como criterio a aplicar para determinar la provocación suficiente del exceso intensivo.

Ahora bien, enfocándonos en nuestro tema de estudio, debemos señalar que otro ámbito en que se aplica el principio de proporcionalidad es ciertamente en las causas de justificación. Fundamentalmente en dos instituciones, la legítima defensa y el estado de

[78] Específicamente se ha declarado inaplicable, en los procesos respectivos, el antiguo inciso segundo del art. 1 de la Ley 18.216 en la parte que negaba la procedencia de las penas sustitutivas a los condenados por algunos delitos de la Ley de control de armas 17.798 (inciso modificado recientemente por el art. 2 de la Ley 21.412, publicada D.O. el 25 enero de 2022). A modo ejemplar, podemos citar los siguientes fallos recientes: Rol 10.171-2021 del 16 de junio de 2021, considerando Décimo; Rol 10.099-2021 del 15 de junio de 2021, considerando Décimo; Rol 10.087-2021 del 15 de junio de 2021, considerando Décimo; Igualmente, se ha declarado inaplicable, en los procesos respectivos, la norma del inciso primero, parte segunda, del art. 196 ter de la Ley 18.290 que impone la suspensión durante un año de la pena sustitutiva de la Ley 18.216 que se conceda al condenado por el delito de manejo en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones gravísimas del art. 397 N° 1 del CP, año durante el cual deberá cumplir la pena efectivamente privado de libertad. Al efecto, podemos citar los siguientes fallos de reciente data: Rol 10.002-2020 del 16 de junio de 2021, considerando Trigésimo/ Rol 9824-2020 del 16 de junio de 2021, considerando Trigésimo. El Tribunal Constitucional también declaró inaplicable el inciso primero del art. 318 del CP en la parte donde establece la pena privativa de libertad "de presidio menor en grado mínimo a medio" por ser contraria al principio de proporcionalidad en el fallo Rol 8950-2020 del 05 de enero de 2021, considerando Vigesimoquinto.

[79] Por ejemplo, se puede citar el fallo Rol 33.342-2019 del 02 de octubre de 2020, acoge recurso de casación en el fondo y dicta sentencia de reemplazo en cuyo considerando Octavo razona en base a la gravedad del hecho para regular proporcionalmente el monto de la multa a imponer.

necesidad justificante. En la primera, según vimos, un sector de la doctrina exige la existencia de proporción entre el bien jurídico lesionado o amenazado y aquel que resulta afectado por la acción defensiva. Para otros, no debe exigirse este juicio de proporcionalidad, sino únicamente que el defensor opte por el medio defensivo menos lesivo, pero igualmente eficaz, operando la proporcionalidad como límite superior máximo. Es decir, aun cuando opte por el medio menos lesivo de entre los disponibles, la defensa no será justificada si se incurre en una crasa o enorme desproporción entre bien jurídico salvaguardado y bien jurídico afectado por acción defensiva. A su turno, en el estado de necesidad justificante también se exige proporción entre bien salvado y sacrificado, pues conforme al art. 10 N° 11 circunstancia tercera del CP, el mal causado no debe ser sustancialmente mayor al que se evita.

Aplicada la tesis de la proporcionalidad entre bienes jurídicos en juego para determinar la suficiencia de la provocación respecto de la agresión ilegítima que desencadena, surge el problema que la provocación no es un acto que lesione bienes jurídicos, no es agresión. Por lo anterior, no es posible realizar un juicio de proporcionalidad entre ambas conductas, ya que sus consecuencias no son comparables. La provocación solo busca exasperar o enojar a otro, mientras que la agresión ilegítima injiere en la esfera de bienes jurídicos de otro, lesionando o destruyendo los mismos. En consecuencia, no hay punto de comparación entre una conducta no agresiva y una agresión.

Sin embargo, el problema anterior no se presenta entre la agresión ilegítima y el exceso defensivo intensivo, considerado el primero como el acto provocador del segundo. Ambas son conductas constitutivas de agresión ilegítima, que afectan bienes jurídicos ajenos, coinciden en su categoría y efectos, por lo que es posible compararlas. De esta manera, la suficiencia o no de la agresión ilegítima para provocar un exceso intensivo en la defensa, puede determinarse recurriendo a la tesis de la proporción, al ser ambas cualitativa y cuantitativamente comparables. Además, la opción por la tesis de

proporcionalidad se ve reforzada por el hecho de ser un principio común a todo el ordenamiento jurídico, conforme hemos demostrado anteriormente.

A primera vista puede afirmarse, entonces, que la agresión ilegítima no podría ser considerada una provocación suficiente del exceso intensivo en la defensa, cuando en el caso concreto tal exceso resulte desproporcionado en relación a la entidad agresión. Conforme a lo anterior, en el juicio de proporción deben considerarse entonces la entidad, grado de peligro o lesión que genera la agresión ilegítima para determinados bienes jurídicos del agredido, versus la entidad, grado de peligro o lesión que genera el exceso intensivo para los bienes del agresor.

No entraría en juego en este juicio de proporcionalidad aquella parte de la reacción defensiva que no es constitutiva de exceso intensivo, toda vez que esta es lícita o conforme a Derecho por estar cubierta por la causa de justificación de legítima defensa al ser racionalmente necesaria para repeler la agresión ilegítima. Solo aquella parte de la reacción defensiva que es excesiva es antijurídica y, por tal razón, solo ella entra en juego en la ponderación. Ello se desprende del hecho que "el nuevo agredido solo se puede defender legítimamente contra lo que constituye exceso" (Jiménez Díaz, 2007: p. 213). La excepción a lo anterior estaría dada por el caso que el defensor incurra en un exceso intensivo *ab initio*, es decir, que desde el comienzo de su reacción defensiva haya optado por procedimiento o medio defensivo demasiado lesivo frente a la agresión concreta o que elegido uno adecuado, desde el inicio lo utilice de manera desmedida. En estos casos de exceso intensivo *ab initio* la conducta defensiva en su integridad debe ser comparada con la entidad de la agresión en el juicio de proporcionalidad.

Dentro de este esquema, la extensión de la porción que constituye exceso intensivo en la reacción defensiva varía dependiendo de la tesis de se adopte para determinar cuándo hay tal exceso. En efecto, según vimos en su oportunidad, la reacción defensiva es excesiva en intensidad cuando se supera el umbral de la permisión constituido por el requisito de la necesidad racional del medio defensivo establecido en la circunstancia segunda del art. 10 N° 4 del CP. Para un sector de la doctrina este requisito significa que

debe existir una proporcionalidad estricta entre la entidad del ataque y la defensa o entre los bienes jurídicos puestos en juego por una u otra y su grado de afectación. Hay entonces exceso intensivo en la defensa cuando se da tal desproporción entre agresión y defensa. Para otro sector de la doctrina, más reciente y dominante en la actualidad, la necesidad racional significa que el agredido debe optar por el medio defensivo menos lesivo, pero igualmente eficaz, de entre todos aquellos disponibles, pudiendo causar al agresor mayores daños que aquellos amenazados o causados por la agresión ilegítima, siempre que ellos no sean enorme o crasamente desproporcionados. Para esta segunda postura existirá exceso intensivo en la defensa cuando el defensor no opte por el medio defensivo menos lesivo de entre los disponibles (exceso *ab initio* por elección de un medio innecesario) o cuando habiendo optado por el menos lesivo lo utilice de manera irracional, causando en los bienes jurídicos del agresor daños que resultan enorme o brutalmente desproporcionados frente a la entidad de la agresión ilegítima.

Si seguimos la tesis de la proporción para determinar cuándo se produce exceso intensivo entre ataque y defensa, tenemos que bastará una simple desproporción entre ambas para que haya exceso intensivo, una mera diferencia cualitativa. De esta manera, el límite de la permisión a título de legítima defensa resulta más restringido o acotado, el agredido deberá adoptar mayores resguardos o mesurar mucho más su reacción para no sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario para repeler el ataque. Se produce entonces un adelantamiento de la línea divisoria entre defensa necesaria y exceso defensivo, pues este comienza en la mera desproporción y en ese punto la repulsa que era legítima pasa a ser antijurídica.

En cambio, si se sigue la tesis del medio defensivo menos lesivo para determinar cuándo se traspasa el límite de lo racionalmente necesario, tenemos que el agredido puede causar al agresor mayores daños que los amenazados u ocasionados por la agresión. Ello se debe a que puede elegir un medio o procedimiento defensivo que sea más lesivo que la agresión ilegítima, si este era el único disponible, o era el más seguro y eficaz entre varios de los que podía optar. De esta manera, le es permitido causar al agresor daños en sus

bienes jurídicos que serían desproporcionados en relación a la agresión ilegítima, si era la única forma defensiva de conjurar el ataque. Esta tesis resulta compatible con el texto legal del art. 10 N° 4 CP que no exige proporción entre ataque y defensa, e igualmente, es sistemáticamente concordante con los niveles de injerencia en bienes jurídicos ajenos permitidos en situaciones de necesidad. Dado que el estado de necesidad permite que el mal causado no sea sustancialmente mayor al evitado, conforme reza el art. 10 N° 11 del CP, frente al peligro que emana de un actuar humano debe permitirse al necesitado –agredido- ocasionar al agresor un mal sustancialmente mayor al evitado. El mayor nivel de injerencia o afectación permitido se fundamenta en el mayor peligro que genera una conducta humana dirigida a causar daño y en el hecho que el agresor no es inocente por la creación de ese peligro. Por lo tanto, si se permite al agredido desplegar una reacción defensiva desproporcionada, el exceso intensivo tiene lugar cuando se incurre en crasa o enorme desproporción. Aquella parte de la reacción defensiva que es desproporcionada, pero no constitutiva de aberrante desproporción, quedará aún cubierta por la causa de justificación, por lo que será lícita o conforme a Derecho. El límite entre defensa justificada y exceso antijurídico es más lejano, pues no comienza con la simple desproporción, sino cuando esta se torna aberrante, crasa o enorme.

3.3. Extrema, enorme o intolerable desproporción entre bienes jurídicos afectados por la agresión inicial y el exceso intensivo.

Son varios los autores que respecto de la mera provocación se pronuncian por exigir, entre otros, una adecuada proporción o equivalencia con la agresión que provoca, como requisito para imponer limitaciones la defensa del provocador. (Roxin, 2006: t. I, p. 644/ Antón Oneca, 1986: p. 279/ Bunster, 1983: p. 49/ Valle Muñiz, 1992: p. 586/ Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 229/ Gómez, 1991: p. 191/ Garrido, 2003: t. II, p. 132). Se trata de un criterio de adecuación normativa y no causal para determinar la suficiencia de la provocación. En consecuencia, se reconoce el derecho del provocador para ejercer legítima defensa plena en contra de la agresión ilegítima del provocado, cuando esta es absolutamente desproporcionada respecto de la entidad de la provocación, constituyendo

una reacción mucho más grave y peligrosa (Fiandaca y Musco, 2006: p. 291/ Ranieri, 1974: p. 214/ Antolisei, 1988: p. 210/ Roxin, 2006: t. I, p. 644/ Tavares, 2018: p. 343/ Díez Ripollés, 2020: p. 314). Entre nuestros penalistas, Wilenmann indica que en este caso el provocador puede obrar bajo estado de necesidad defensivo (2017: pp. 425, 432-437).

Lo anterior es aplicable a la agresión ilegítima en cuanto conducta que puede estimarse provocadora del exceso intensivo en la legítima defensa. En la dogmática alemana, Roxin se ha pronunciado sobre el punto, negando la aplicación de la disculpante de exceso intensivo en la defensa cometida por turbación, miedo y terror establecida en el § 33 del Código penal alemán, cuando la superación de los límites de la legítima defensa es extremadamente pronunciada. Indica como ejemplo el caso de quien turbado mata de un disparo al agresor para repeler una simple bofetada. Según el profesor alemán, de la misma manera como frente a la desproporción completa se ha de renunciar a la defensa necesaria, se habrá de denegar la exclusión de la responsabilidad por el exceso *ceteris paribus*. Igualmente afirma que quien es culpable de unos daños leves y objeto de una reacción agresiva totalmente desproporcionada (como intento de asesinato por parte del dañado), no tiene por qué sufrir reducción alguna de sus facultades defensivas (2006: t. I, pp. 644 y 932).

En consecuencia, la agresión ilegítima no puede estimarse provocación suficiente del exceso intensivo, cuando este último es enorme, crasa o aberrantemente desproporcionado en relación a la primera. El fundamento de ello radica en que el defensor con su reacción absolutamente desmedida crea una nueva situación de conflicto, mucho más peligrosa que la originada por la agresión inicial. En efecto, en este caso el exceso intensivo afecta o pone en peligro bienes jurídicos que agresor nunca puso en juego por medio de su agresión ilegítima. Si bien el agresor inicial pone mediante la agresión al agredido en la necesidad de defenderse, originando la situación conflictiva, el agredido al incurrir en exceso intensivo enorme aumenta exponencialmente el nivel de conflictividad y con ello el peligro para las esferas jurídicas, tanto del agresor como la propia. En

consecuencia, la creación de ese peligro muchísimo mayor, derivado del exceso intensivo en la defensa, no puede ser imputado al agresor inicial.

El exceso intensivo intolerablemente desproporcionado supone una diferencia enorme entre entidad de la agresión y el exceso intensivo, de manera que no sea posible establecer una analogía entre ambas, por no ser comparables cualitativamente. En este escenario surge la pregunta sobre cuando se entiende que existe tal desproporción aberrante o intolerable entre agresión y exceso intensivo. Al respecto, Stratenwerth reconoce el carácter problemático de esta cuestión, para la cual no hay una solución clara, dado que es necesario determinar previamente las circunstancias a tener en cuenta para determinar la extrema desproporción y cuán pronunciada debe ser para tener tal carácter (2016: p. 239). Previo a tratar de responder esta interrogante, es necesario hacer nuevamente presente que no existe exceso intensivo frente a ataques contra bienes jurídicos primarios, esto es, vida, graves ataques a la integridad física, salud, libertad o indemnidad sexual, libertad ambulatoria, pues en estos casos se puede desplegar una defensa extrema o letal contra el agresor (Baldó, 2016: p. 457/ Nino, 2002: pp. 68, 119-120/ Gómez, 1991: pp. 290, 293/ Iglesias, 1999a: p. 333).

Muy discutido en la doctrina penal actual es la posibilidad de desplegar una defensa extrema para defender bienes materiales o el patrimonio. Iglesias Río se pronuncia negativamente fundado en el art. 2.2 a) del Convenio Europeo de Derecho Humanos[80] que solo admite la muerte en legítima defensa de la persona y además porque la jerarquía valorativa sitúa a la vida en un plano superior a los bienes materiales, no siendo comparables cuantitativa ni cualitativamente (1999a: pp. 406-412). En similar sentido Frister (2011: pp. 332-333), Velásquez (2013: p. 500). A favor de admitirla, se pronuncian Wessels, Beulke, Satzger, si es de *ultima ratio*, aunque admitiendo limitaciones basadas en la exigibilidad (2018: p. 220). También a favor, Hilgendorf y Valerius, señalando que el art. 2.2 a) del CEDH rige entre Estado y ciudadano, pero no entre ciudadanos (2017: p.

[80] CEDH art. 2.2. *"La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;…"*

97), con el mismo fundamento Jescheck y Weigend (2002: pp. 374 y 375). Jakobs la admite si no existe otra forma de repeler la agresión (1995: p. 472). Más restringida es la posición de Roxin, al señalar que solo podría admitirse la muerte del ladrón con dolo eventual (2006: t. I, p. 649). En España, Cerezo Mir admite la muerte del agresor para defender la propiedad si fuere estrictamente necesario (1997: t. II, p. 223), sigue este criterio en Chile Náquira (1998: p. 234).

Sin embargo, se considera que es posible desplegar una defensa letal cuando el ataque contra la propiedad es pluriofensivo para otros bienes jurídicos primarios (ejemplo: robo con violencia, robo con intimidación, incendio, estragos) y cuando el bien atacado, atendidas circunstancias objetivas, tiene un valor vital para el ofendido (Gómez, 1991: pp. 293 y 294/ Zaffaroni, Aliaga, Slokar, 2007: pp. 480-481), excepciones que considero correctas. Incluso la defensa letal contra ataques pluriofesivos al patrimonio tiene sustento legal en nuestro derecho positivo, ya que el inciso segundo del N° 6 del art. 10 del CP establece la llamada legítima defensa privilegiada. Esta norma, establece una presunción simplemente legal –*iuris tantum*- de los requisitos de necesidad racional del medio y falta de provocación, en favor de quien rechace el escalamiento nocturno en lugares habitados o trate de impedir la consumación de los delitos de secuestro, sustracción de menor, violación, violación impropia, abuso sexual con introducción de objetos, homicidio, parricidio, femicidio, robo calificado, robo por sorpresa y robos con violencia e intimidación, cualquiera sea el daño que se ocasione al agresor.

La doctrina italiana ha estudiado el tema de la proporcionalidad entre ofensa y defensa debido a que el art. 52 del Código penal italiano expresamente contempla este requisito para reconocer la legítima defensa. Al respecto, han fijado una serie de criterios. En primer lugar, debe atenderse a la naturaleza y valor de los bienes jurídicos en conflicto. Si son homogéneos, se debe comparar el grado de lesividad o intensidad de la acción agresiva y defensiva. Si son heterogéneos, se debe determinar el grado de jerarquía de uno versus el otro, en base al grado de tutela que el ordenamiento jurídico les otorga. Para ello, se debe atender a la importancia constitucional del bien jurídico y la sanción que la ley

penal establece para los delitos que lo ofendan. En segundo lugar, se debe atender a la gravedad de la ofensa amenazada por la agresión y la defensa. Sin embargo, también debe considerase el significado e importancia que el bien jurídico tiene para el agredido en el caso concreto. Otros elementos a considerar son la intensidad del peligro, el elemento subjetivo de la ofensa, consistencia de la necesidad. Pero la proporción no debe ser interpretada de manera rígida (Fiandaca y Musco, 2006, p. 295/ Palazzo, 2008: pp. 405 y 406/ Padovani, 2006: p. 161).

Siguiendo los parámetros anteriores, en caso de conflicto entre bienes homogéneos (por ejemplo, integridad física versus integridad física) se debe atender al grado de lesividad de agresión y defensa. Si la agresión amenaza solo una lesión leve, no se podría oponer una defensa que signifique causar una mutilación al agresor. Es en este punto donde entran en juego el tipo de arma usada por uno u otro. Si los bienes son heterogéneos o de distinta índole, hay que atender a la importancia que el ordenamiento jurídico les atribuye. No se podrá sacrificar un bien jurídico primario para defender un bien jurídico secundario (Nino, 2002: p. 120). Así, si la agresión ilegítima solo amenaza de manera leve la propiedad, como por ejemplo es un hurto de bagatela, no se podrá ejercer una defensa que implique dar muerte al hechor. Pero lo anterior se puede ver alterado si el bien jurídico atacado, no obstante ser de orden secundario, tiene un alto valor, desde un punto de vista objetivo, para el agredido, de manera que su pérdida o destrucción le ocasione un detrimento equiparable valorativamente a la pérdida de un bien primario.

Dicho lo anterior, se puede concluir, en general, que la desproporción puede darse de cinco formas: a) Cuando la agresión ilegítima afecta de manera leve un bien jurídico primario, excepto la vida, y el exceso intensivo afecta de manera grave a un bien jurídico primario o la vida del agresor; b) Cuando la agresión ilegítima afecta de manera leve un bien jurídico primario, excepto la vida, y el exceso intensivo afecta un poco más un bien jurídico del agresor de la misma jerarquía, pero sin llegar a constituir grave afectación del mismo; c) Cuando la agresión ilegítima sólo afecta bienes jurídicos de segundo orden, frente a los cuales se despliega un exceso intensivo que afecta gravemente bienes jurídicos

primarios del agresor; d) Cuando la agresión ilegítima afecta de manera leve un bien jurídico secundario y el exceso defensivo intensivo afecta un bien jurídico de la misma jerarquía, pero de la manera más grave; e) Cuando la agresión ilegítima afecta de manera leve un bien jurídico secundario y el exceso intensivo afecte un poco más un bien jurídico del agresor de la misma jerarquía, pero sin llegar a constituir una grave afectación del mismo. Este último caso y el de la letra b) se deben descartar, por cuanto el criterio de elección del medio menos lesivo para la defensa, permite causar al agresor mayores daños que los amenazados por la agresión si es que son necesarios para conjurar el ataque. Por ende, se trata de casos en que no hay exceso intensivo. En el caso de la letra d) hay exceso intensivo en la defensa, pero dada la misma entidad de los bienes jurídicos afectados, me parece que no es posible hablar de crasa o intolerable desproporción, en el sentido que no sea posible una comparación o analogía entre los males ocasionados. Por lo tanto, la enorme, crasa o aberrante desproporción solo puede darse en los casos de las letras a) y c), esto es, cuando la agresión ilegítima afecta de manera leve un bien jurídico primario, excepto la vida, y el exceso intensivo afecta de manera grave a un bien jurídico primario o la vida del agresor y cuando la agresión ilegítima solo afecte bienes jurídicos secundarios y el exceso defensivo afecta gravemente a bienes jurídicos primarios del agresor. Por ejemplo, si frente a un daño leve a la propiedad (rayado de una muralla) el propietario reacciona contra el hechor disparándole con un revolver; si frente a un hurto flagrante de bagatela se propina al hechor una brutal golpiza; si frente a cachetadas el agredido extrae un sable; si ante un abuso sexual consistente solo en tocaciones se reacciona tratando de matar al agresor.

La jurisprudencia ha seguido el criterio de proporcionalidad para admitir la defensa sucesiva plenamente justificada en favor del agresor que sufre el exceso intensivo en la defensa. Esto se advierte en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 3438-2015 (18 diciembre de 2015), que rechazó los recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público y el querellante, por errónea aplicación del art. 10 N° 4 del CP, en contra de sentencia pronunciada por el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago que absolvió al imputado de los delitos de homicidio y lesiones graves por estimar que obró

en legítima defensa, pese a haber provocado la agresión. La Corte señaló que, si bien es el imputado el que dio origen a la pelea, fueron los familiares de la víctima los que en vez de poner término al conflicto ingresaron todos ellos al combate a fin de proporcionarle al imputado una feroz paliza, generando así una evidente desproporción de fuerzas. Según la Corte, si el imputado no obraba de tal manera, posiblemente el día de hoy sería el occiso (considerando Decimotercero). Según los considerandos Octavo, Décimo y Undécimo del fallo citado, los hechos habrían consistido en que durante una celebración de fiestas patrias el imputado le cobró a su vecino un préstamo, no recibiendo el pago sino un improperio, tras lo cual se trenza a golpes sacando la peor parte. Luego, estando golpeado y vejado, el imputado va a su casa a buscar un palo para golpear a quien lo golpeó. El imputado armado con el palo se enfrenta nuevamente a su vecino, quien es socorrido por sus familiares (al menos 4 personas) comienzan a golpear al imputado, quien toma un cuchillo y comienza a realizar movimientos cortantes y punzantes, causando la muerte de una persona y dejando a otras cuatro heridas. Es importante indicar que la Corte tomó en cuenta, para estimar la desproporción de fuerzas, que resulto establecido que el imputado medía 1,60 metros de estatura, pesaba 70 kilos y se enfrentó a golpes con el occiso que medía 1,83 de estatura y pesaba 130 kilos, el cual era auxiliado por 4 personas. Igualmente, toma en cuenta que todos los que intervienen en la gresca se encontraban bebidos.

3.4. Consecuencias de exigir simple desproporción o enorme desproporción.

Conforme a todo lo anterior, es posible advertir que aquella parte de la reacción defensiva constitutiva de exceso intensivo que se va a ponderar con la agresión ilegítima varía o cambia en magnitud dependiendo de una u otra tesis que se siga sobre el *quantum* de la desproporción. En la clásica tesis de la proporción consideramos todo lo que constituya mera desproporción en adelante. De seguir la tesis del medio menos lesivo, solo consideramos como exceso intensivo aquello que constituye desproporción enorme o aberrante respecto de la agresión ilegítima. Esto deja en evidencia y grafica la diferencia entre aquello que se considera exceso intensivo para una u otra tesis. Se produce una

diferencia cualitativa relevante en lo que se va a comparar, en uno u otro caso, con la agresión ilegítima para ver si hay desproporción entre ésta y el exceso intensivo.

De seguirse la tesis de la economía o del medio menos lesivo para determinar el exceso intensivo, se producen dos efectos importantes. En primer lugar, dado que para esta tesis el exceso intensivo solo es aquél constitutivo de enorme o aberrante desproporción frente a la agresión ilegítima, la mera desproporción es lícita o permitida y frente a ella persiste para el agresor el deber de tolerancia. Esto significa que aun cuando haya simple desproporción en la reacción defensiva, no podrá reaccionar lesivamente en contra del defensor. Por lo tanto, frente a la simple o mera desproporción en la reacción defensiva no es procedente la defensa sucesiva por parte del inicial agresor. Si bien, hay un margen de intensidad en la reacción defensiva que sobrepasa la intensidad de la agresión, mientras éste no alcance el baremo de aberrante o enorme, en comparación con aquella, deberá ser soportado o tolerado por el agresor.

Otro efecto de seguir la tesis de la menor lesividad, radica en que contra el exceso intensivo en la defensa, siempre sería procedente la defensa sucesiva plenamente justificada, ya que agresión ilegítima no puede considerarse provocación suficiente de un exceso intensivo enorme o aberrante. En efecto, para esta tesis se infringe el requisito de necesidad racional sólo cuando se cruza el límite de la aberrante desproporción entre agresión y defensa. Solo en ese momento hay exceso intensivo y dado que tal grado de exceso no puede considerarse suficientemente provocado por la agresión ilegítima, tenemos que el requisito de falta de provocación quedaría inoperante en el binomio agresión ilegítima-exceso intensivo. El requisito de falta de provocación suficiente solo operaría frente a la primera agresión, pero no en el segundo momento en que frente a la agresión ilegítima se reacciona de manera extralimitada. Tenemos entonces que la agresión ilegítima sólo provocaría la reacción defensiva proporcionada, en cuanto conducta típica justificada, pero no su exceso intensivo. Se presenta la misma paradoja que ya denunciamos si se negara *a priori* la defensa sucesiva contra todo exceso intensivo, esto es, se crean dos sistemas dentro del mismo art. 10 N° 4 CP, uno tripartito para la

legítima defensa general y uno bipartito, que no exige evaluar la falta de provocación suficiente para la defensa sucesiva. Nuevamente se rompería la unidad sistemática de la institución al crearse un régimen diferenciado.

Dado que en el desarrollo de este trabajo hemos adherido a la tesis de menor lesividad para determinar cuándo se produce el exceso intensivo en la defensa, vemos que la enorme desproporción entre agresión ilegítima y exceso intensivo no entrega una solución del todo satisfactoria para sostener la falta de provocación suficiente de la primera respecto de lo segundo. La solución dogmática que se adopte para admitir la justificación plena de la defensa sucesiva debe ser coherente con el sistema normativo tripartito que nuestro legislador exige para justificar todo acto de defensa.

Corresponde entonces analizar la tesis de la inculpabilidad o atenuación, dentro de la cual, según veremos, la proporcionalidad puede considerarse dentro del juicio de adecuación. Ella exigiría que el exceso intensivo no haya surgido como efecto de un estado de inculpabilidad, disminución o atenuación de la misma en el agredido producido por la agresión ilegítima.

4. Afectación de la capacidad de culpabilidad del agredido como criterio para determinar la suficiencia de la agresión ilegítima para provocar el exceso intensivo.

Ciertamente la agresión ilegítima es un acto de mayor gravedad que la simple provocación. La agresión ilegítima consiste en una acción u omisión que lesiona, destruye o crea un peligro inminente bienes jurídicos de otro, pudiendo constituir una acción típica, aunque no se exige que necesariamente lo sea. En cambio, la mera provocación es cualquier obrar no lesivo dirigido a enfadar o exasperar a otro, al punto de desencadenar en él un comportamiento agresivo. La agresión pone al agredido en una situación apremiante, en que surge la necesidad de hacer algo para salvaguardar los bienes jurídicos afectados por el ataque. En cambio, la provocación no crea para el provocado ningún escenario de peligro en que este se vea en la necesidad de actuar para evitar sufrir un mal.

La doctrina es casi unánime en reconocer que la agresión ilegítima pone a quien la sufre en una situación de riesgo y premura, en que el autocontrol se pierde fácilmente (Jescheck y Weingend, 2002: p. 528). En Italia, Padovani habla de *costrizione* que surge del peligro producido por la agresión, en que el agredido se ve frente a la alternativa bloqueada entre ofender o ser ofendido (2006: p. 159). A su turno, Bettiol señala que la *perturbatio mentis* es un elemento característico de la legítima defensa, aunque reconociendo que puede darse el caso que el agredido actúe con exacta visión del peligro y los medios necesarios para rechazarlo (2013: pp. 321 y 327). Según Antón Oneca, la inminencia y gravedad del ataque restan al agredido la plena libertad de elección de medios defensivos (1986: p. 276). Más recientemente, afirma Iglesias Río que "es innegable que la defensa se desarrolla en numerosos casos en un clima de angustia, zozobra y arrebato, creado por la agresión ilegítima", agregando que "debe tenerse en cuenta la perturbación psicológica que enturbia la posibilidad de una defensa exquisitamente precisa, en un momento de apremio…" (1999a: p. 434).

Según su entidad, la agresión puede producir en el agredido diversos efectos psíquicos que afectan su capacidad para discernir al momento de defenderse. Así, puede producir miedo insuperable, pánico, rabia, privación total de la razón, fuerza moral irresistible. También puede producir emociones esténicas de arrebato u obcecación. El exceso intensivo en la defensa puede, ciertamente, deberse a algunos de estos efectos psíquicos, los cuales pueden haber sido provocados por la situación de agresión a que se vio expuesto el agredido. El sujeto despliega su defensa bajo los efectos de alguno de estos estados o emociones, lo cual le impide moderar su respuesta defensiva, incurriendo en exceso.

Por lo anterior, resulta evidente que el tratamiento que debe darse a la agresión ilegítima para determinar si fue capaz de provocar el exceso intensivo, debe ser distinto del que se da a la simple provocación. Esta diferencia consiste en que se debe tener en cuenta la aptitud de la agresión para afectar la capacidad de culpabilidad del agredido y que el exceso intensivo en la defensa puede cometerse bajo alguno de esos estados de

inculpabilidad. En síntesis, la agresión puede tener la aptitud para desencadenar en el agredido un estado psíquico que le impida desplegar una conducta defensiva dentro de los márgenes fijados de la norma permisiva.

El razonamiento anterior nos conduce a negar la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada cuando el exceso intensivo se produce por miedo insuperable, privación total de la razón, fuerza moral irresistible, siempre que el estímulo que produjo tales estados de inculpabilidad sea la agresión ilegítima desplegada en la situación concreta y esta por su entidad, naturaleza y gravedad sea objetivamente idónea o adecuada para producir alguno de esos estados. En estos casos puede afirmarse que la agresión ilegítima ha provocado suficientemente el exceso intensivo en la defensa, al crear en el agredido que se excede un estado de inculpabilidad o imputabilidad disminuida presa del cual ejerce su defensa desmedida.

Por el contrario, si la agresión ilegítima por su entidad, naturaleza o gravedad no era idónea para producir en el atacado un estado de inculpabilidad, aun cuando se produzca en la especie un exceso intensivo inculpable, no puede afirmarse que la agresión lo haya provocado de manera suficiente. Lo mismo ocurre si el estado de inculpabilidad presa del cual el agredido comete exceso se debe a causas ajenas a la agresión ilegítima, por ejemplo, una patología mental preexistente, una fobia, carácter miedoso o arrebatado. Sin embargo, si el agresor conocía de antemano el carácter agresivo del defensor, lo cual hacía predecible que pudiese reaccionar de manera desmesurada ante el ataque, debe afirmarse que la agresión ha provocado suficientemente el exceso intensivo que finalmente tiene lugar (Jiménez Díaz; 2007: p. 212).

Igualmente, debe negarse la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo si este es cometido por el defensor debido a que se encontraba bajo estado de arrebato y obcecación, si la agresión ilegítima por su entidad era apta para producirlo. En este caso, si bien el exceso intensivo es punible, la conducta del defensor excedido se beneficia de la atenuante del art. 11 N° 5 del CP, esto es, de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato u

obcecación, por lo cual deberá reducirse la pena. Esta constituye una emoción esténica o impulsiva, que no exculpa el acto, pero por expresa disposición del legislador atenúa la pena. Si la agresión por su gravedad y naturaleza era capaz de producir tal estado de arrebato u obcecación, el exceso intensivo en que incurre el agredido presa de tal estado emotivo, debe entenderse suficientemente provocado por la agresión. En este caso, al agresor que padece este exceso y se defiende, solo podrá reconocersele una atenuante de eximente incompleta del art. 11 N° 1 y 73 del CP, no obrando justificado, pero si con un menor grado de injusto. Por el contrario, si la agresión por su escasa lesividad, peligrosidad o entidad no era capaz de desatar tal arrebato esténico, por mucho que este se produzca y de lugar al exceso intensivo, la agresión no puede considerarse suficientemente provocadora del mismo, siendo procedente la defensa sucesiva plenamente justificada.

Ahora bien, en este punto es importante señalar que en el caso de quien obra en defensa de extraños al amparo del art. 10 N° 6 del CP e incurre en exceso intensivo, le será más difícil invocar en su favor la concurrencia de alguna alteración psíquica que excluya o disminuya su culpabilidad por dicho obrar desmedido. Ello se debe a que el tercero defensor no se ve expuesto de manera inmediata y súbita al peligro generado por el ataque. Este peligro lo experimenta, en principio, el agredido a quien se auxilia. Tampoco ve en peligro a un próximo pariente, caso en el cual, debido al afecto que lo une con aquél, ve el peligro o lesión como algo propio o que le afecta. En este caso, generalmente, el tercero defensor obrará movido por altruismo, solidaridad o cumplimiento de un deber, pero no es descartable que pueda experimentar alguna alteración psíquica que incida en su capacidad de culpabilidad. Por otro lado, el propio art. 10 N° 6 del CP exige que el que obra en defensa de extraños no obre movido por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, de manera que, si el exceso intensivo en su defensa se motiva en alguno de ellos, será procedente la defensa sucesiva plenamente justificada.

Dado que la agresión ilegítima se considera provocación suficiente del exceso intensivo cuando por su entidad desencadena en el agredido un estado de inculpabilidad, culpabilidad disminuida o atenuada, presa del cual excede los límites de la defensa necesaria, tal suficiencia provocadora no puede ser afirmada respecto del exceso intensivo doloso o culposo. En efecto, si bien en estos casos el sujeto se ve enfrentado a la situación de apremio producida por la agresión, su capacidad para evaluar la situación de peligro y elegir su procedimiento defensivo no se ve mermada mayormente por algún estado psíquico desencadenado por la agresión ilegítima. No existe ninguna perturbación o estado emotivo que le impida acatar los imperativos de la norma permisiva y obrar dentro de sus márgenes.

En el exceso doloso, el agredido *motu propio* decide rebasar los límites de lo racionalmente necesario en la respuesta defensiva. Por lo tanto, conoce perfectamente la entidad y peligro de la agresión, los medios defensivos a su disposición, como utilizarlos, con qué intensidad y hasta que momento. Pese a todo este conocimiento el agredido, luego de desplegar la defensa permitida, decide lesionar al agresor más allá de lo necesario, aplicando más fuerza en su obrar defensivo. También puede ocurrir, que desde el inicio opte a sabiendas por el medio defensivo más lesivo entre otros igualmente eficaces y seguros, incurriendo entonces en un exceso defensivo doloso *ab initio*. En el fondo el sujeto sabe perfectamente que en determinado momento su conducta lesiva deja de ser defensa necesaria o que derechamente no lo es desde el inicio, y pese a tal conocimiento del injusto de su obrar, de todas maneras lo lleva a efecto. En la doctrina italiana se lo denomina exceso en el fin, debido a que el sujeto ya no obra con finalidad defensiva, sino con una finalidad criminal, debiendo responder a título doloso (Padovani, 2006: p. 173/ Fiandaca y Musco, 2006: p. 266).

En este caso no puede estimarse que la agresión ilegítima haya provocado suficientemente el exceso intensivo doloso, ya que este se produce por una decisión que emana de la propia voluntad del sujeto que obra en defensa. El sujeto de modo consciente y voluntario ha optado por obrar fuera de la justificante. Cobra aquí importancia lo

señalado por Soler, en cuanto a que este tipo exceso surge de una acción dolosa, ulterior y autónoma de quien se excede, produciéndose una interrupción de la cadena causal. Se genera entonces una nueva situación de peligro por parte de quien excesivamente reaccionó (1992: t. I, p. 478). Más recientemente, esta idea ha sido ratificada en la dogmática alemana, la cual critica la aplicación de la *actio ilícita in causa* al provocador, señalando que esta es irrelevante, por cuanto el provocado actúa como consecuencia de una decisión libre, de modo que falta una suficiente relación de imputación entre el comportamiento previo y las consecuencias causadas en situación de legítima defensa por el agresor que ha sido provocado (Wessels, Beulke y Satzger, 2018: pp. 230-231).

Sin embargo, no debe perderse de vista que el dolo puede estar acompañado de algún elemento emocional como la ira, el furor combativo, el arrebato u obcecación producidos por la agresión ilegítima, emociones que justamente no debe provocar de modo suficiente quien quiera ampararse en la legítima defensa. De esta manera, si el exceso doloso es motivado por alguno de estas emociones esténicas producidas por la agresión, la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada debe ser negada, por cuanto ella ha provocado tal exceso doloso motivado por la ira. Tal como indica Jakobs "si el agredido pierde los estribos, sin que su comportamiento revele rasgos drásticamente delictivos, el agresor debe atribuirse así mismo las consecuencias" (1995: p. 705). En este caso, solo podrá reconocerse a favor de quien sufre este exceso y se defiende una atenuante calificada de eximente incompleta conforme al art. 11 N° 1 y 73 del CP. Pero, si por su naturaleza, entidad, escasa peligrosidad, la agresión no era capaz de producir tales emociones de ira o enojo en el agredido, no podrá considerarse como suficientemente provocadora del exceso intensivo doloso motivado por tales emociones. En este caso, el sujeto agredido incurre en un comportamiento extremadamente agresivo e irracional, frente al cual el agresor de bagatela no puede quedar sin protección por parte del ordenamiento jurídico, por lo cual puede oponer defensa sucesiva plenamente justificada. Igualmente, será procedente dicha defensa plena, cuando el exceso intensivo doloso no se motive por alguna de estas emociones asténicas o estas se originen por otros motivos distintos de la agresión. Como indica Bettiol, puede darse el caso que el agredido

actué con exacta visión del peligro y de los medios necesarios para rechazarlo (2013: p. 321), es decir con ánimo frío, caso en el cual el exceso intensivo doloso no puede ser provocado de modo suficiente por la agresión ilegítima.

Igualmente, debe admitirse la defensa sucesiva plenamente justificada en contra del exceso intensivo doloso premeditado. Por ejemplo, el sujeto que está a la espera que su enemigo realice la más mínima agresión para aprovechar de liquidarlo mediante una acción defensiva excesiva. En este caso, el dolo ya se encuentra presente en el sujeto con anterioridad a la agresión ilegítima, por lo cual ésta no ha provocado tal exceso doloso. En este caso, la conducta típica constitutiva de exceso intensivo es ciertamente punible y agravada por la circunstancia del art. 12 N° 5 del CP, toda vez que tal acción es más disvaliosa por la preexistencia y mayor intensidad del designio criminoso.

Surge la duda respecto de la procedencia de la defensa sucesiva plena en contra del exceso intensivo doloso en el cual el defensor excedido obra con ánimo de venganza contra el agresor. La duda emerge que ya el art. 11 N° 4 del CP atenúa la responsabilidad penal de quien ejecuta el hecho típico en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, cónyuge y parientes que allí se indican. Además, el art. 10 N° 6 torna en ilícita la defensa de un extraño impulsada por venganza, requisito no exigido para la defensa propia y de próximos parientes, por lo cual debe concluirse que en estos dos últimos casos el defensor puede obrar movido por el sentimiento de venganza. No obstante, según Enrique Cury se trata de un elemento subjetivo, un sentimiento, que no se encuentra entre aquellos que puede fundamentar una situación de fuerza irresistible excluyente de la culpabilidad. Agrega que el ánimo vindicativo es compatible con una actitud fría e incluso cuando así sucede, suele manifestarse con más éxito. La atenuación se funda en que el ánimo vindicativo se encuentra fuertemente enraizado en la naturaleza humana, por lo que la ley no puede desconocer su existencia (1994: p. t. II, p. 113).

Por otro lado, si bien quien obra en defensa propia o de próximos parientes, puede obrar impulsado por venganza, tal sentimiento no afecta la licitud de su obrar defensivo, por cuanto este es objetivamente lícito, pues para ello basta la concurrencia de los

elementos materiales que indica el legislador. Siendo la licitud o antijuridicidad de la conducta una cualidad objetiva que se funda en la ocurrencia de un estado de cosas jurídicamente valioso o disvalioso, estas no pueden depender del ánimo interno del sujeto. En cambio, el exceso intensivo es objetivamente antijurídico, por estar fuera de los márgenes de la legítima defensa. En base a lo anterior, y no siendo el *animus vindicta* una emoción que afecte la capacidad de culpabilidad del agente, podemos afirmar que contra el exceso intensivo doloso cometido con ánimo vindicativo puede oponerse defensa sucesiva plenamente justificada.

Es importante señalar que el esquema antes expuesto respecto del exceso intensivo doloso se altera si se sigue el finalismo. Dicha teoría exige que el sujeto que obra en legítima defensa lo haga con una finalidad defensiva o *animus defensionis,* es decir, conoce la existencia de la agresión ilegítima y ejerce la repulsa con el sólo objetivo de impedirla o repelerla para resguardo de bienes jurídicos. Solo si está presente este ánimo la conducta es justificada. Por lo tanto, cuando esa finalidad defensiva desaparece, lo hace también la continuidad de la conducta defensiva como tal, puesto que quien sigue golpeando cuando sabe que la agresión ha cesado, ya no actúa en defensa, sino que obraría por venganza o resentimiento, pero no con finalidad defensiva (Zaffaroni, 1981: t. III, pp. 643-644). El dolo en el exceso hace desaparecer el ánimo de defensa requerido para justificar la acción típica defensiva, con lo cual se estaría en presencia de otra acción antijurídica. En consecuencia, para el finalismo cuando el exceso intensivo es doloso, ya no cabe hablar de exceso, sino que se trataría siempre de una nueva conducta constitutiva de agresión antijurídica contra la cual sería procedente oponer legítima defensa plena conforme a las reglas generales. Lo mismo se predica respecto del exceso extensivo inmediato o continuado doloso.

En relación al exceso intensivo culposo, esto es, aquel en que se incurre debido a la infracción al deber de cuidado de quien ejerce la defensa, consideramos que debe afirmarse la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada. Ello se debe a que la causa del exceso no radica en la agresión ilegítima, sino al obrar negligente del agredido

que despliega la defensa de manera descuidada, desatendiendo aquellas reglas de cuidado cuya observancia es necesaria para obrar dentro de los límites de la causa de justificación. Diversos autores se han pronunciado sobre la existencia del deber objetivo de cuidado que pesa sobre el defensor, tanto al momento de evaluar el peligro, elegir el medio defensivo y reaccionar utilizando el mismo (Jiménez Díaz, 2007: pp. 94-96/ Fiandaca y Musco, 2006: p. 266/ Bustos, 2002: pp. 84-86/ Bettiol, 2013: p. 321/ Zilio, 2012: p. 285).

En este punto, puede contra argumentarse que el agresor pone al agredido en una situación apremiante de peligro en que éste no puede previamente evaluar con calma sobre cómo se defenderá, contribuyendo con ello a la negligencia en que este pueda incurrir, provocando de modo suficiente ese exceso. Sin embargo, tal razonamiento debe rechazarse por tres razones: a). Según vimos provocación, en términos del art. 10 N° 4 CP, significa irritar, exasperar a otro con palabras o actos para que reaccione agresivamente y no causar un suceso en el sentido de la causalidad natural. Entender la provocación como el mero desencadenamiento causal de la agresión significaría admitir la vetusta y superada tesis del *versari in re illicita*. En consecuencia, provocación suficiente no es provocación causante (Cerezo Mir, 1997: t. II, p. 228); b). Es al momento de evaluar si hubo o no infracción al deber de cuidado, cuando se deben tener en consideración todas las circunstancias concurrentes. Aquí es donde se deben ponderar, dentro del juicio de adecuación, la situación de apremio psicológico, lo inesperado del ataque, condiciones de lugar, tiempo y otros factores que hayan incidido en el sujeto agredido al momento de apreciar el peligro, decidir y desplegar su defensa; c). También se debe considerar el juicio de proporcionalidad, en el sentido que una agresión poco peligrosa contra un bien jurídico secundario no puede estimarse provocadora de un exceso intensivo culposo craso o intolerablemente desproporcionado.

También sostenemos la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada en contra del exceso intensivo fortuito y por error invencible. Si bien en ambos casos el defensor que incurre en estos excesos obra inculpablemente, no siendo punible tales excesos, los sucesos que los producen no son provocados por el agresor. En efecto, el caso

fortuito se produce por concurrir junto a la acción defensiva necesaria una concausa desconocida que hace que esta sobrepase los límites de la permisión. Esa concausa concurrente puede ser preexistente, concomitante o subsiguiente a la acción defensiva, debiendo ser desconocida, imprevisible, inevitable, con ausencia de relación entre el psiquismo del agente y el resultado producido (Vílchez, 1997: p. 189).

En el error invencible, es el defensor quien incurre en una falsa representación de la realidad, equívoco que no puede superar de modo alguno en el caso concreto, lo cual hace que su respuesta defensiva sea *ab initio* o se torne en excesiva. Si incurre en un error que hubiere podido vencer empleado más cuidado, el exceso intensivo cometido presa de él, debe tratarse como exceso culposo.

En ambos casos la agresión ilegítima inicial no ha provocado el exceso intensivo en la respuesta defensiva, no ha movido al defensor a sobrepasar los límites de lo racionalmente necesario en la respuesta defensiva. Tal exceso se ha producido por razones completamente ajenas a la agresión ilegítima. En una es el acaso y en la otra es la equivocada representación de la realidad que existe dentro de la psiquis del defensor.

Finalmente, es importante señalar que aun cuando se produzcan en el agredido estos estados de inculpabilidad, disminución o atenuación de la misma, deberá negarse la suficiencia de la agresión inicial para provocarlos si conforme a un juicio de adecuación objetivo aparece que ésta no era apta para producir tales estados. Se trata entonces de un elemento de corrección que tiene por objetivo evitar que la suficiencia dependa de la mera subjetividad o efectos psíquicos que tienen lugar en el provocado. Este juicio de adecuación deberá realizar *ex ante*, es decir tomando en consideración todas las circunstancias de la agresión concretamente realizada (importancia del bien jurídico atacado, grado de peligro, lugar, tiempo con que se contó para preparar la defensa, etc.) y determinar si ella es capaz de producir una afectación de la capacidad de culpabilidad o su atenuación en un hombre razonable, prudente y concienzudo. Así, una agresión de bagatela contra un bien jurídico secundario no sería adecuada para producir en el agredido un estado de miedo insuperable o de arrebato u obcecación. Más bien ellos serían fruto de

la fobia o carácter miedoso del agredido, pendenciero o falta de control de impulsos agresivos. En este punto vemos que la proporción entre agresión y exceso intensivo nuevamente aparece, ahora como elemento a considerar dentro del juicio de adecuación.

5. Requisitos para la procedencia de la legítima defensa sucesiva plenamente justificada.

De lo analizado hasta aquí se puede observar que la interpretación del significado de lo que debe entenderse por "suficiencia" de la provocación, en base a la tesis de la proporcionalidad y de la inculpabilidad o atenuación de la conducta del sujeto provocado, permite plantear la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada frente a determinados casos de exceso intensivo. Sin embargo, es la segunda tesis la que permite no desconocer la mayor entidad de la agresión ilegítima versus la simple provocación y, a la vez, respetar la observancia y ponderación del requisito de falta de provocación suficiente al momento de evaluar la procedencia de la legítima defensa plenamente justificada contra el exceso intensivo.

En base a lo expuesto en los párrafos anteriores, podemos sostener que los requisitos para la reconocer la plena justificación de la defensa sucesiva ejercida por el agresor inicial son: a) La existencia de exceso intensivo en la reacción defensiva, el cual viene a constituir la agresión ilegítima. Bajo la tesis dominante de la menor lesividad, este exceso se produce cuando hay una aberrante o crasa desproporción entre agresión y defensa; b) Necesidad racional del medio defensivo, conforme a las reglas generales; c) Falta de provocación suficiente del exceso intensivo. Para que concurra este requisito el exceso intensivo debe ser doloso, culposo, fortuito o por error, siempre que en el primer caso el excedido no obre impulsado por ira, rabia, arrebato u obcecación producido por la agresión ilegítima. En caso de exceso inculpable o con culpabilidad disminuida, se requiere que la agresión ilegítima no sea el estímulo que provocó el estado de inculpabilidad o su merma. En todos estos casos, aun cuando se produzca el estado de inculpabilidad, disminución o atenuación de la misma, deberá negarse la suficiencia de la

agresión para provocarlos si conforme a un juicio de adecuación objetivo esta no es apta para ello.

Respecto de los requisitos a) y c) nos remitimos a lo ya latamente desarrollado en el capítulo II sobre el exceso intensivo y en el apartado anterior, respectivamente. En relación al requisito b) es necesario referirse al alcance de la defensa sucesiva, toda vez que una parte del comportamiento del defensor es conforme a derecho, siendo sólo el exceso intensivo antijurídico.

5.1. Alcance de la defensa sucesiva.

Según vimos en su oportunidad, para hablar de exceso intensivo en la defensa es necesario que el agente haya obrado dentro de los límites normativos de la justificante y que luego haya los haya sobrepasado. En otras palabras, el agredido comienza desplegando una defensa dentro de lo necesario para repeler el ataque, pero en un momento rebasa ese límite, aplicando más fuerza de la necesaria, causando al agresor daños innecesarios. Esto se conoce como exceso intensivo en la utilización del medio defensivo. Por lo tanto, puede sostenerse que una parte de la conducta del agredido es conforme a derecho al estar justificada conforme al art. 10 N° 4 del CP por encontrarse dentro del límite de lo racionalmente necesario y otra parte es antijurídica al constituir exceso intensivo que no queda cubierto por la eximente. En palabras de Jakobs "en caso de exceso, es posible distinguir jurídicamente lo ya no necesario de lo aún necesario, lo aún necesario sigue estando justificado" (1995: p. 491).

En vista de lo anterior, la defensa del nuevo agredido nace limitada a la parte del comportamiento que es ilícita, pero no a la conducta de defensa en su conjunto (Jiménez Díaz, 2007: p. 213). La defensa sucesiva solo puede oponerse al exceso intensivo en la defensa y no a aquella parte de la reacción defensiva que es justificada, toda vez que no existe legítima defensa contra legítima defensa. La defensa sucesiva contra el exceso intensivo debe igualmente ejercerse dentro de lo racionalmente necesario para repelerlo. Para determinar lo anterior, debe considerarse sólo la entidad de la conducta constitutiva del exceso intensivo, por ser una conducta ilícita, y no aquella parte de la defensa que es

conforme a derecho. En cuanto al límite temporal de la defensa sucesiva, esta queda sujeta a las reglas generales, esto es, puede desplegarse en tanto la agresión ilegítima constituida por el exceso intensivo sea actual, debiendo cesar cuando se ha vencido al excedido o éste ha cesado en su conducta constitutiva de exceso intensivo.

Sin embargo, lo anterior no tiene aplicación cuando el agredido incurre en exceso intensivo *ab initio* o exceso en la elección del medio defensivo. Esto ocurre cuando desde el principio el agredido opta por exceder su respuesta defensiva eligiendo la utilización del medio o procedimiento defensivo más lesivo de todos, en lugar de optar por otros menos lesivos e igualmente eficaces que estaban a su disposición. Por ejemplo, si frente a bofetadas se opta por utilizar un arma de fuego. En este caso la respuesta defensiva es excesiva en intensidad desde su inicio y antijurídica en su integridad, no siendo posible dividirla en dos partes o momentos. Por lo tanto, en esta hipótesis la defensa sucesiva se despliega en contra de la totalidad de la respuesta defensiva excesiva y puede ejecutarse desde el momento mismo en que el agredido reacciona utilizando el medio defensivo innecesario. El exceso intensivo se manifiesta desde el inicio de la reacción defensiva, por lo cual desde ese momento nace también la necesidad de oponer defensa sucesiva.

6. Defensa sucesiva ejercida por un tercero.

Los que niegan la procedencia de la defensa sucesiva en favor del agresor, fundan tal negativa afirmando que éste es quien provoca de manera suficiente el exceso intensivo con su agresión ilegítima, debiendo sólo reconocerse sólo la atenuante de eximente incompleta. Tal respuesta que, en principio aparece como intuitiva, pierde su carácter absoluto a la luz de lo que hemos expuesto en las líneas anteriores. La negación de la defensa sucesiva plenamente justificada en favor del agresor, requiere que previamente se analice si efectivamente la agresión previa fue suficiente para provocar el exceso intensivo en el caso concreto. Para ello se debe utilizar la tesis de la inculpabilidad o atenuación de la conducta del provocado, en cuanto criterio objetivo, utilizando la adecuación objetiva

como criterio de corrección, dentro de la cual se considera también la proporción entre agresión y exceso intensivo.

Distinta es la situación del tercero que obra en defensa sucesiva de un extraño que es víctima del exceso intensivo en la respuesta defensiva. Siendo tal exceso defensivo objetivamente antijurídico y no habiendo el extraño tomado parte en la agresión previa, éste siempre podrá ejercer defensa sucesiva plenamente justificada conforme al art. 10 N° 6 del CP. En este caso, la conducta estará plenamente justificada, siempre que el tercero defensor se sujete a los límites de la defensa sucesiva ya expuestos y que no obre impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. En Chile, Novoa ha reconocido expresamente el derecho de terceros a obrar en defensa sucesiva de un extraño (2009: t. I, p. 339). En el mismo sentido se pronunció el jurista argentino Carlos Santiago Nino (2002: p. 123).

Igualmente, se podrá desplegar defensa sucesiva plenamente justificada en favor del cónyuge y próximos parientes conforme al art. 10 N° 5 del CP. En este caso se requiere que el defensor no haya tomado parte en la agresión ilegítima, que la defensa sucesiva se ejerza contra el exceso intensivo, dentro de lo racionalmente necesario para repelerlo y mientras este sea actual.

7. Defensa sucesiva contra el exceso extensivo inmediato o continuado.

Según vimos en su oportunidad, junto al exceso intensivo o propio la doctrina distingue el exceso extensivo, temporal o impropio. Este último no correspondía a un caso de exceso, por cuanto el sujeto excedido obraba desde el inicio fuera de la norma permisiva, al no concurrir el requisito *sine quo non* de la legítima defensa, esto es, la actualidad de la agresión. En este caso la defensa es tardía, ya que se despliega después que se ha vencido al agresor mediante la repulsa, este se ha desistido de su obrar, consumo su agresión, o bien, intervino eficazmente la autoridad estatal en auxilio del agredido, no existiendo riesgo de reviviscencia inmediata del ataque. Media entonces un espacio de

tiempo de paz o calma entre el cese de la agresión y la nueva acción lesiva en contra del vencido agresor, en el cual el ex defensor ya no se encuentra bajo la situación de peligro generada por la agresión repelida. Por lo tanto, en este caso es más correcto hablar de defensa tardía (Berner, 2020: p. 31), la cual corresponde a una nueva agresión antijurídica desplegada por el ex agredido en contra del ex agresor, en contra de la cual procede la legítima defensa conforme a las reglas generales.

Ahora bien, entre el exceso intensivo y la defensa tardía, existe una categoría intermedia denominada exceso extensivo posterior inmediato o continuado, en que el agredido continúa desplegando la defensa pese a que ha cesado la agresión, pero de manera inmediata y sin solución de continuidad con la defensa legítima. No media entonces ningún periodo de paz o calma entre la defensa y el exceso, la acción defensiva se prolonga de manera continua más allá del cese de la agresión. Parte de la dogmática asimila este exceso al exceso intensivo o propio, ya que desde un punto de vista valorativo no hay diferencia entre dar un golpe más fuerte de lo necesario y dar dos golpes de más. Además, al igual que el exceso intensivo, el sujeto comienza su obrar dentro de los márgenes de la justificante, los que luego traspasa (Iglesias, 1999a: p. 176/ Gómez, 1991: p. 328/ Jakobs, 1995: p. 707/ Roxin, 2006: t. I, p. 935/ Hilgendorf y Valerius, 2017: p. 141).

Sin embargo, para que opere tal asimilación se requiere que la acción lesiva constitutiva de exceso extensivo sea de la misma naturaleza que la desplegada en defensa legítima, que se trate de la misma acción que continúa después de conjurado el ataque. Quien detiene a puñetazos una agresión y luego emplea un arma de fuego, no se excede en la defensa, sino que se convierte en agresor por una conducta diferente (Zaffaroni, 1981: t. III, pp. 643 y 644). Jimenez de Asua adiciona otros dos requisitos para la admisión de la defensa sucesiva en este caso. En primer lugar, que sea ostensible el cese de la agresión, de manera que pueda distinguirse entre el acto de defensa justificado y el exceso. En segundo lugar, que la agresión ilegítima se encuentre completamente extinguida, de manera que ya no exista peligro para el primer atacado. (1982: t. IV, pp. 190-191).

Otro sector de la dogmática estima que todo exceso extensivo o temporal es siempre constitutivo de una nueva agresión ilegítima, ya que falta el requisito esencial de la eximente de actualidad de la agresión (Luzón, 2002: p. 559/ Jescheck y Weigend, 2002: p. 530/ Wessels, 1980: p. 124/ Frister, 2011: p. 340). Por lo tanto, respecto del sujeto que se excede extensivamente en la defensa, no concurre la eximente completa ni tampoco la incompleta. Contra todo exceso extensivo cabe la legítima defensa conforme a las reglas generales.

En vista de lo anterior, de seguirse la tesis de la asimilación del exceso extensivo inmediato o continuado al exceso intensivo o propio, se puede afirmar que contra tal exceso se puede oponer la defensa sucesiva, la cual será plenamente justificada o no, dependiendo de la apreciación que se haga sobre si la agresión ilegítima pudo provocar suficientemente tal exceso, conforme a los criterios que hemos antes señalado.

De seguirse la segunda tesis que niega el carácter de exceso defensivo a la repulsa extemporánea o tardía, el denominado exceso extensivo posterior inmediato o continuado nunca es un acto de defensa y es en realidad a una nueva agresión antijurídica. Contra ella se puede oponer siempre legítima defensa plena conforme a las reglas generales. No cabe entonces apreciar si la agresión previa pudo o no provocar de modo suficiente la prolongación innecesaria de la respuesta defensiva. Lo mismo cabe afirmar, siguiendo la primera tesis, si la conducta constitutiva de exceso extensivo inmediato o continuado es de distinta naturaleza que la defensa justificada, por ser un acto muchísimo más lesivo. Por ejemplo, se le derriba a golpes y acto seguido se le dispara con un arma de fuego.

Por nuestra parte, adherimos a la tesis de la asimilación del exceso extensivo posterior continuado al exceso intensivo o propio, ya que en ambos casos el exceso se produce por la utilización desmedida o innecesaria de un medio defensivo adecuado. En ambas situaciones el medio se utiliza de modo más enérgico o lesivo, por la aplicación de más fuerza o intensidad en el uso. Pero en el exceso extensivo posterior continuado, esa mayor fuerza se obtiene como resultado del uso excesivamente prolongado en el tiempo del medio de defensa, es decir, por acumulación. Igualmente, en ambos casos no hay un

periodo de paz o calma que medie entre el cese de la agresión y el exceso. Todo tiene lugar en el mismo contexto temporo-espacial. Hay entonces una continuidad en el obrar del defensor, defensa y exceso pueden ser conglobados en una sola conducta, de la misma manera que en el exceso intensivo, pudiéndose distinguir una parte de ella que es conforme a derecho y otra que es antijurídica.

Conclusiones.

1. El exceso intensivo y extensivo en la legítima defensa son antijurídicos y punibles conforme a los tipos penales que en el caso concreto configuren tales excesos. Por lo tanto, ambos constituyen agresiones antijurídicas, hacen cesar el deber de tolerancia que pesa sobre el agresor ilegítimo inicial respecto de la acción defensiva, toda vez que constituyen extralimitaciones a la conducta lesiva permitida a título de legítima defensa. El exceso extensivo o temporal tiene lugar cuando la conducta defensiva se ejerce de manera anticipada al umbral de la agresión inminente, o bien, cuando se ejerce de manera tardía, esto es, cuando la agresión ilegítima ha dejado de ser actual. El exceso intensivo tiene lugar cuando se rebasa el límite de lo racionalmente necesario para la defensa, ya sea por uso de un medio defensivo innecesario, o bien, cuando el medio necesario se utiliza con mayor intensidad que la requerida, causando en ambas hipótesis mayores daños a los bienes jurídicos del agresor que los estrictamente necesarios para conjurar la agresión ilegítima. Dado que la legítima defensa permite causar al agresor mayores daños en sus bienes jurídicos que el estado de necesidad, solo hay exceso intensivo en la defensa cuando se incurre en una enorme, crasa o aberrante desproporción entre la lesividad de la agresión ilegítima y la defensa. El exceso tardío inmediato o continuado, esto es, ejercido sin solución de continuidad con la acción defensiva legítima, no mediando periodo de calma o paz entre la acción defensiva legítima y el exceso, valorativamente se asimila al exceso intensivo, al no haber diferencia entre golpear demás y golpear más fuerte.

2. La defensa sucesiva es la defensa que despliega el inicial agresor en contra del exceso defensivo intensivo o contra el exceso tardío inmediato o continuado. Frente a tales excesos cesa para el agresor inicial el deber de tolerancia, entendido como la imposibilidad de oponerse a la defensa legítima mediante una conducta lesiva. Recobra entonces el derecho a reaccionar lesivamente contra el defensor que rebasó el límite de la permisión y que por ello obra ilícitamente. Contra el mero exceso defensivo tardío procede la legítima defensa conforme a las reglas generales, por no existir el requisito esencial de

agresión ilegítima actual o inminente. Este tipo de exceso se denomina impropio, ya que en realidad constituye una nueva agresión ilegítima que ahora emprende el defensor, tras un relativo periodo de paz o calma, contra el antiguo agresor, cualquiera haya sido quien resultó vencedor en el primer conflicto.

3. En las legislaciones que exigen tres requisitos para reconocer la legítima defensa plena, esto es, agresión ilegítima, necesidad racional del medio y la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende (sistema tripartito), la doctrina tradicional ha negado el reconocimiento de la defensa sucesiva con efectos plenamente justificantes, por no concurrir el tercer requisito. En este caso, se entiende que el agresor provoca el exceso intensivo en la defensa con su agresión ilegítima previa. No se da entonces el fundamento supraindividual de la eximente, el sujeto no está legitimado para obrar en defensa del orden jurídico, pues el mismo lo ha perturbado con su actuar previo. Sin embargo, en este caso se reconoce en favor del agresor que repele tal exceso la concurrencia de una atenuante calificada de eximente incompleta conforme los arts. 11 y 73 del CP, con lo cual debe rebajarse la pena a imponer. Bajo tal razonamiento, la defensa sucesiva sería un acto antijurídico y punible, aunque su culpabilidad sería mucho menor, dado que el sujeto obra en respuesta a una agresión antijurídica constituida por el exceso defensivo, que lo pone en la necesidad de reaccionar. A lo anterior, se puede agregar que la defensa sucesiva tendría un menor grado de injusto, en cuanto juicio valorativo o axiológico de tal conducta, toda vez que se opone a una acción antijurídica. De esta manera, tanto el actuar del defensor excedido como el del agresor que repele tal exceso, deben ser sancionados, aunque con pena atenuada, el primero por infracción al requisito de necesidad racional del medio, y el segundo, por defecto del requisito de falta de provocación suficiente. Ninguno obraría justificado. Sin embargo, se reconoce el derecho a ejercer defensa sucesiva plenamente justificada a un tercero que no tomó parte en la agresión, conforme al art. 10 N° 5 y 6 del CP, esto es, a título de legítima defensa de próximos parientes o de extraños. Lo anterior constituye un reconocimiento implícito del carácter antijurídico del exceso intensivo.

4. Frente a casos en que el exceso intensivo ponga en peligro la vida del agresor inicial, la doctrina tradicional señala que la reacción lesiva de éste puede ser exculpada por no exigibilidad de otra conducta. Esta solución también se aplica a los casos en que el exceso atente o lesione gravemente la integridad corporal, la salud o la libertad. En todas estas hipótesis el fundamento de la exculpación es la imposibilidad del sujeto de determinarse conforme a la norma y la insuficiencia de la conminación penal frente a tales peligros. Más recientemente se indica que puede obrar al amparo del estado de necesidad defensivo y un sector de la doctrina comparada hispana admite la aplicación de las restricciones ético-sociales del Derecho penal alemán o teoría de los tres niveles. La tesis de la inculpabilidad es criticable por desconocer el carácter objetivamente antijurídico del exceso intensivo e igualmente por no tomar en cuenta los casos en que la agresión inicial, por su nimiedad, puede ser insuficiente para provocar tales excesos intensivos. A su turno, la tesis del estado de necesidad defensivo carece de sustento legal en nuestro derecho positivo. Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito estrictamente doctrinario, el estado de necesidad defensivo está concebido como causa de justificación frente al peligro proveniente de cosas animadas, constituyendo una escala intermedia entre el estado de necesidad y la legítima defensa. Esto significa que impone al necesitado un menor grado de solidaridad intersubjetiva que el estado de necesidad, pero mayor a la legítima defensa (solidaridad media). Dado que en el exceso intensivo el peligro proviene de una acción humana que se considera agresión ilegítima, no existe razón para exigir un mayor grado de solidaridad que la legítima defensa. Finalmente, la tesis de las restricciones ético-sociales carece de base legal en nuestro derecho positivo, pues a diferencia del Derecho alemán, nuestro art. 10 N° 4 del CP, no exige que la defensa sea además "requerida". No obstante, desde el punto de vista dogmático su admisión implica confundir la legítima defensa con el estado de necesidad, al exigir que el sujeto previamente agote las posibilidades de huir, pedir ayuda o esquivar el ataque.

5. Dentro de los ordenamientos que exigen la concurrencia de tres requisitos para reconocer la legítima defensa plenamente justificada (tripartitos), existe otro sector de la doctrina, minoritario, que admite la procedencia de la defensa sucesiva plenamente

justificada en contra del exceso intensivo. Los fundamentos que se esgrimen para ello son diversos. Para unos, radica en que el agresor inicial no ha renunciado manifiestamente a la protección del derecho. Para otros, se funda en la mayor peligrosidad que puede revestir el exceso intensivo en comparación a la agresión previa, por lo cual el agresor inicial requiere protección. Más recientemente se sostiene que la agresión provoca el acto defensivo necesario, pero no el exceso intensivo, aunque pueden existir acciones adicionales realizadas por el agresor que pudiesen provocar suficientemente una respuesta defensiva excedida. Sin embargo, ninguno hace un estudio acabado del exceso y de la provocación suficiente, como para erigirse sólidamente frente a la tesis tradicional.

6. El planteamiento formulado hasta ahora por la doctrina tradicional, en orden a negar la procedencia de la legítima defensa plenamente justificada en contra del exceso intensivo fundado en la existencia de provocación suficiente por parte del inicial agresor (también llamado exceso en la causa), adolece de cuatro defectos metodológicos: En primer lugar, falta absoluta o deficiente análisis previo sobre lo que debe entenderse por suficiencia en la provocación. En este punto se advierte una confusión entre provocación suficiente y causación en el sentido de la causalidad natural, pasándose por alto el carácter jurídico-valorativo y no causal del concepto jurídico de provocación suficiente. En segundo lugar, no advierte que, cualquiera sea la tesis que se adopte para evaluar dicha suficiencia, la misma debe hacerse casuísticamente relacionando la entidad del acto provocador, constituido en este caso por la agresión ilegítima, con el exceso intensivo en la defensa, conforme al criterio valorativo de la tesis que se siga sobre el concepto de suficiencia. En tercer lugar, ignora por completo el aspecto subjetivo del exceso intensivo, el cual puede ser doloso, premeditado y con ánimo frío, circunstancias que indican que tal exceso surge y es imputable plenamente al defensor excedido y no al agresor que lo sufre. También el exceso puede originarse por culpa o negligencia del defensor, error o caso fortuito, hipótesis en las que no puede ser atribuido al agresor. En cuarto lugar, niega *a priori* la defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo, con lo cual rompe el régimen unitario de la legítima defensa, el cual obliga al juzgador a ponderar en todos los

casos en que se invoca la eximente la concurrencia de los tres requisitos dispuestos en el art. 10 N° 4 del CP conforme a las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, la tesis tradicional crea un sub-sistema diferenciado para la defensa sucesiva, la cual nunca será plenamente justificada, por existir siempre provocación suficiente del exceso intensivo, debiendo reconocerse sólo una atenuante de eximente incompleta para el inicial agresor que habiendo sufrido tal exceso opte por repeler el mismo. Tal interpretación resulta inaceptable, pues restringe *in malam partem* el alcance de la norma permisiva del art. 10 N° 4 CP, mediante la creación de una diferencia no prevista expresamente por el legislador, con lo cual se amplía el campo de aplicación del *ius puniendi.* En quinto lugar, recientemente el fundamento supraindividual de la legítima defensa ha sido cuestionado, se sostiene que el agredido obra en defensa de sus derechos y no del orden jurídico, rol que le corresponde exclusivamente al Estado. La supraindividualidad se manifiesta en el límite normativo que se impone a la respuesta defensiva, de manera que esta no resulte más lesiva que la agresión ilegítima.

7. La admisión de la legítima defensa sucesiva con efectos plenamente justificantes depende, en principio, de qué debe entenderse por "suficiencia" de la provocación. Diversas son las tesis que se han planteado sobre el alcance de tal exigencia. A excepción de aquella que interpreta la suficiencia como agresión ilegítima acabada, ninguna de las demás tesis sobre la suficiencia asume de antemano que la agresión ilegítima provoque suficientemente siempre todo exceso intensivo en la defensa. En cada tesis el acto precedente que se mira como provocador debe ser comparado con la agresión ilegítima desplegada en el caso concreto, conforme al criterio axiológico-valorativo que siga dicha tesis, a fin de determinar su suficiencia para desencadenar tal reacción agresiva. En consecuencia, el mismo procedimiento debe aplicarse para determinar la suficiencia de la agresión ilegítima para provocar el exceso intensivo en la defensa.

8. Sin embargo, dado el carácter regulativo del termino suficiencia de la provocación, varias de las fórmulas elaboradas por la dogmática que pretenden fijar su alcance no entregan soluciones acordes con el principio de seguridad jurídica. A consecuencia de

ello, el alcance de la permisión para obrar en legítima defensa no queda claramente definido, siendo difusos los límites de la prohibición de uso de la fuerza, por ende, del *ius puniendi*. Lo anterior se observa nítidamente en la tesis empírico cultural que deja entregada por completo la determinación de la suficiencia al juez, conforme a las circunstancias del caso.

9. La proporcionalidad, en cuanto principio general de Derecho, permite fijar anticipadamente parámetros para determinar la suficiencia de la provocación, con lo cual es posible satisfacer la exigencia de seguridad jurídica. En Derecho, la proporcionalidad no es tomada en el sentido de cantidad, sino de analogía entre entes distintos. En nuestro estudio, se trata de analogía entre bienes jurídicos y grado de afectación de éstos. Si bien en materia de simple provocación el principio parece no entregar solución satisfactoria, por no ser comparable la mera provocación con la agresión ilegítima, ello no ocurre en la defensa sucesiva, ya que tanto agresión ilegítima como exceso intensivo son actos lesivos y antijurídicos. De esta manera, es posible comparar en proporcionalidad la agresión primera con el exceso intensivo en la defensa, a fin de determinar la suficiencia de la primera para provocar la segunda. En este caso, se deben comparar la entidad e importancia de los bienes jurídicos afectados por una u otra, y su grado de afectación, en general y en particular para el sujeto agredido. Aquí es posible distinguir bienes jurídicos primarios, entendidos como aquellos de superior jerarquía dentro de la escala axiológica que fija el ordenamiento jurídico, y bienes jurídicos secundarios. En cuanto al grado de afectación de éstos, también resulta posible graduarla, en una escala que puede ir desde su mera puesta en peligro real hasta su destrucción completa. Conforme a todo lo anterior, no hay provocación suficiente cuando el exceso intensivo en la defensa es crasa, aberrante o enormemente desproporcionado en comparación con la agresión ilegítima que lo precede. Este criterio es seguido por los autores que admiten la legítima defensa plena en favor el provocador cuando la agresión ilegítima es extremadamente grave y peligrosa en comparación con el acto provocador. Nuestra jurisprudencia también ha seguido este mismo criterio al reconocer la defensa sucesiva plena en favor del primer agresor. Lo anterior resulta concordante con la tesis que interpreta la necesidad racional del medio

como proporción entre agresión y defensa, pues la mera desproporción constituye exceso intensivo, en tanto que la enorme o aberrante desproporción autorizaría, por su mayor peligrosidad la defensa sucesiva plenamente justificada.

10. No obstante lo anterior, dado que en nuestro esquema hemos seguido la tesis de la menor lesividad para interpretar el requisito de necesidad racional del medio, la enorme desproporción determina también la existencia de exceso intensivo en la defensa, por lo cual la proporcionalidad por sí sola no serviría para determinar la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada, salvando la exigencia de falta de provocación suficiente. Por otro lado, no puede desconocerse la anormalidad de circunstancias que la agresión ilegítima puede generar para el agredido, afectando sus posibilidades para discernir sobre los medios de defensa o su uso, pudiendo propiciar que el agredido incurra en exceso. Es por ello que debe recurrirse a la tesis de la inculpabilidad o atenuación, según la cual provocación suficiente es aquella que atenúa o produce un estado de inculpabilidad en el agresor, presa del cual agrede. En este caso, la proporcionalidad se toma en consideración dentro del criterio corrector de adecuación. Conforme a éste, aun cuando la provocación efectivamente atenúe o exculpe la conducta agresiva del provocado, la suficiencia debe ser negada si el acto provocador, por su entidad, no es objetivamente apto para producir tal reacción agresiva. Dentro de este juicio se debe tomar en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos afectados o puestos en peligro por la primera agresión y el exceso intensivo, si existe extrema desproporción entre ellos, la suficiencia debe ser negada.

11. Existe esta enorme, crasa o aberrante desproporción en dos casos: cuando la agresión ilegítima afecta de manera leve un bien jurídico primario, excepto la vida, y el exceso intensivo afecta de manera grave a un bien jurídico primario o la vida del agresor; y cuando la agresión ilegítima solo afecte bienes jurídicos secundarios y el exceso defensivo afecta gravemente a bienes jurídicos primarios del agresor. Puesto que la legítima defensa permite causar en los bienes jurídicos del agresor mayores daños que los que éste causa con su agresión, si no hay otro medio defensivo menos lesivo e igualmente eficaz

disponible, es solo en estos dos casos se puede hablar de una diferencia cualitativa notoria que supere con creces esa simple o mera desproporción.

12. La defensa sucesiva procederá en contra del exceso intensivo doloso cometido con ánimo frío (sin estar acompañado de ira, rabia o arrebato), vindicativo, y en los casos en que exista premeditación. Igualmente procede en contra del exceso intensivo culposo, fortuito y por error. También procede contra exceso intensivo inculpable o con culpabilidad disminuida, siempre que dichos estados no hayan sido producidos por la agresión ilegítima previa. Sin embargo, aunque la agresión ilegítima, atenúe o afecte la culpabilidad del agredido, su suficiencia como acto provocador del exceso intensivo deberá negarse si por su entidad no es objetivamente apta para producirlo conforme a un juicio de adecuación, dentro del cual debe verificarse si existe extrema desproporción entre bienes jurídicos concretamente afectados por la agresión ilegítima y el exceso intensivo en la defensa.

13. Conforme a los art 10 N° 5 y 6 del CP, es permitido a un tercero que no tomó parte en la agresión ilegítima, ejercer legítima defensa sucesiva plena en favor de un pariente próximo o de un extraño que sufren el exceso intensivo, respectivamente. Respecto de la defensa sucesiva que se despliega a favor de un extraño, se exige como requisito que el defensor no obre movido por resentimiento, venganza y otro motivo ilegítimo. En este punto no existe controversia en la doctrina nacional y comparada.

14. En consecuencia, nuestra hipótesis de trabajo que afirma la procedencia de la defensa sucesiva plenamente justificada contra el exceso intensivo en la defensa, solo es válida en tanto la agresión ilegítima no se considere suficientemente provocadora de dicho exceso intensivo conforme a los razonamientos ya indicados. Tal suficiencia debe ser apreciada conforme al criterio de atenuación o inculpabilidad, dentro del cual debe siempre realizarse un juicio de adecuación objetivo. Dentro de este juicio opera el principio de proporción entre los bienes jurídicos afectados por la agresión ilegítima inicial y el exceso intensivo en la defensa. Este último conduce la negar la suficiencia cuando tal desproporción es enorme o aberrante. Ello tendrá lugar cuando el excedido reaccione de

manera mucho más violenta y peligrosa, atentando de manera grave contra bienes jurídicos primarios del agresor, siendo que éste nunca creo tal nivel de peligro con su agresión inicial. El defensor excedido eleva entonces considerablemente el nivel de peligro del conflicto, llevándolo al extremo de afectar gravemente los bienes jurídicos más valiosos, situación frente a la cual quien sufre el exceso no puede quedar desprotegido por el Derecho.

Bibliografía.

1. Alessandri, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago.

2. Alexy, Robert (2010): *Derecho y razón práctica*, traducción de Manuel Atienza, Fontamara, México D.F.

3. Alimena, Bernardino (1915): *Principios de Derecho penal*, 2 vols., tomo I, traducción de Eugenio Cuello Calón, Suárez editor, Madrid.

(1896): *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 3 vols., Editore Fratelli Bocca, Torino.

4. Alimena, Francesco (1938): *Appunti di teoría generale del reato*, Guiffré, Milano.

5. Alonso Álamo, Mercedes (1989): *La acción libera in causa*, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", tomo 42, mes 1, Madrid, pp. 55 a 107.

6. Antón Oneca, José (1986): *Derecho penal*, Akal, Madrid, segunda edición.

7. Antolisei, Francesco (1988): *Manual de Derecho penal*, traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Temis, Bogotá.

8. Arnold, Rainer; Martínez, José y Zuñiga, Francisco (2012): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en: "Revista de estudios constitucionales", vol. 10, núm. 1, Santiago, pp. 65-116.

9. Aristóteles (2017): *Metafísica*, traducción de Benjamín Briggent, Ediciones Plutón, Barcelona.

(2014): *Ética a Nicómaco*, traducción de Julio Pallí Bonet, Editorial Gredos, Madrid.

10. Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan (1991): *Principios y reglas*, en: "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", Nro. 10, Universidad de Alicante, Marcial Pons, pp. 101-120.

11. Bacigalupo Zapater, Enrique (1998): *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá.

(1999): *Derecho penal*, Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, segunda edición.

12. Baldó Lavilla, Francisco (2016): *Estado de necesidad y legítima defensa*, Editorial B de F, Buenos Aires, segunda edición.

13. Balmaceda Hoyos, Gustavo (2014): *Manual de Derecho penal*, Parte general, Librotecnia, Santiago.

14. Baratta, Alessandro (1985): *Integración-Prevención. Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica*, en: "Revista Doctrina Penal", año 8, N° 29, Buenos Aires, pp. 9-26.

15. Barros Bourie, Enrique (1999): *Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho*, en: "Revista de Derecho y Humanidades", número 7, Santiago, pp. 11 a 37.

16. Basualto Hernandez, Héctor y Couso, Jaime (2011): *Código penal comentado*, Parte general, Abeledo Perrot, Santiago.

17. Baumann, Jürgen (1973): *Derecho penal*, conceptos fundamentales y sistema, traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires.

18. Bettiol, Guiseppe (2013): *Derecho penal, parte general*, traducción de José León Pagano, Rodamillans, Buenos Aires.

(1995): *El problema penal*, traducción de José Luis Guzmán Dálbora, Hammurabi, Buenos Aires.

19. Berdugo, Ignacio; Arroyo, Luis; García, Nicolás; Ferré, Juan y Serrano, Ramón (1999): *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, Editorial Praxis, Barcelona, segunda edición.

20. Berner, Albert Friedrich (2020): *La teoría de la legítima defensa*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B de F, Buenos Aires.

21. Bitencourt, Cezar (2012): *Código penal comentado*, Saraiva, Sao Paulo, séptima edición.

22. Bockelmann, Paul y Volk, Klaus (2007): *Direito penal*, Parte geral, traducción al portugués de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

23. Bodenheimer, Edgar (2016): *Teoría del Derecho*, traducción de Vicente Herrero, Fondo de la Cultura Económica, ciudad de México, segunda edición.

24. Bonnecase, Julián (1985): *Elementos de Derecho civil*, t. II, Cárdenas Editor, Tijuana.

25. Bullemore, Vivian y Mackinnon, John (2007): *Curso de Derecho penal*, 4 vols., Lexis Nexis, Santiago, segunda edición.

26. Bunster, Álvaro (1983): voz "*Defensa legítima*", en: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (coord.), Diccionario Jurídico Mexicano, 8 vols., tomo III, Ediciones UNAM, México DF, pp. 48-50.

27. Busato, Cesar Paulo (2015): *Direito penal*, Parte geral, Editora Atlas, Sao Paulo, segunda edicao.

28. Bustos Ramírez, Juan (2007): *Obras completas*, Derecho penal, Parte general, 2 vols., Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, segunda edición.

(2004): *Obras completas*, 2 vols., ARA Editores, Lima.

(2002): *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

29. Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán (1999): *Lecciones de Derecho penal*, 2 vols., Trotta, Madrid.

30. Blasco Fernández de Moreda, Francisco (1976): voz *"Legítima defensa"*, en: Enciclopedia Jurídica Omeba, 26 vols., tomo XVIII, Diskrill, Buenos Aires, pp. 133-188.

31. Cabello, Vicente (2005): *Psiquiatría forense en el Derecho penal*, 2 vols., Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

32. Cancio Meliá, Manuel; Ferrante, Marcelo y Sancinetti, Marcelo (1998): *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

33. Capez, Fernando (2011): *Curso de Dereito penal*, Parte geral, 4 vols., Saraiva, Sao Paulo, 15° edición.

34. Carmignani, Giovanni (1863): *Elementi di Diritto criminale*, traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del prof. Caruana Dingli, Francesco Sanvito Editore, Milano.

35. Carrara, Francesco (2000): *Programa del curso de Derecho criminal*, 10 vols., traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Ed. Jurídica Continental, San José.

36. Carrió, Genaro (1979): *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, segunda edición.

37. Casas, Lidia (2011): *Análisis de las defensas de mujeres acusadas de homicidio y parricidio*, en: "Estudios y capacitación. Parricidios y homicidios imputados a mujeres", N° 7 septiembre 2011, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Santiago, pp. 135- 159.

38. Castejón, Federico (1931): *Derecho penal*, Reus, Madrid.

39. Castillo, Juan Pablo. (2016): *El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, en: "Política criminal", vol. 11, Nº 22, pp. 340-367.

40. Cerezo Mir, José (1997): *Curso de Derecho penal español*, Parte general, 4 vols., Tecnos, Madrid, quinta edición.

(1962): *El versari in re illicita en el Código penal español*, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", tomo 15, número 1, Madrid, pp. 47- 60.

41. Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás (1999). *Derecho penal*, Parte general, Tirant Lo Blanch, Valencia, quinta edición.

42. Córdoba Roda, Juan (1966): *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones del Instituito de Estudios Jurídicos, Oviedo.

43. Corominas, Joan (1987): *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, tercera edición.

44. Cortés de Arabia, Ana María (2005): *Causas de justificación*, en: "Derecho penal, Parte general", Carlos Julio Lascano (dir.), Editorial Advocatus, Córdoba.

45. Cousiño Mac Iver, Luis (1979). *Derecho penal chileno*, 3 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

46. Couso, Jaime; Hernández, Héctor (2011): *Código penal comentado*. Parte general, Albeledo Perrot, Santiago.

47. Covarrubias, Ignacio (2014): *¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?* (128 sentencias del Tribunal constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en: "Estudios constitucionales", año 12, núm. 1, 2014, Santiago, pp. 163-237.

48. Cuello Calón, Eugenio (1930): *Derecho penal*, 2 vols., Bosch, Barcelona.

49. Cury Urzúa, Enrique (1994): *Derecho penal*, Parte general, 2 vols., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición.

(2013): *El estado de necesidad en el Código penal chileno*, en: "La ciencia penal en la Universidad de Chile, Santiago", Mañalich Raffo Juan Pablo (coord.), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.

50. Crespi, Alberto; Zuaccala, Giuseppe y Stella, Federico (2003): *Comentario breve al Códice penale*, Cedam, Padova, cuarta edizione.

51. Creus, Carlos (2010): *Derecho penal*, Parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, quinta edición.

52. De Jesús, Damásio (2011): *Direito penal*, Parte geral, 3 vols., Saraiva, Sao Paulo, 32° edición.

53. De Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1995): *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires.

Dir. (1974): *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno*, Edeval, Valparaíso.

(1965): *Del fundamento a la defensa en la legítima defensa*, en: "Estudios penales en homenaje al Julián Pereda", A. Beristain (dir.), Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 249-283.

(1999): *Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal*, en: "Direito e ciudadanía, año II, núm. 6, 1999, pp. 52-72, Praia - Cabo Verde.

54. De Toledo Ubieto, Octavio y Huerta Tocildo, Susana (1986): *Derecho penal*, Parte general, Castellanos editor, Madrid, segunda edición.

55. De Souza Nucci, Guilherme (2014): *Manual de Direito penal*, Ed. Forense, Río de Janeiro, décima edición.

56. De Vizmanos, Tomás y Álvarez, Cirilo (1853): *Comentarios al Código Penal*, 2 vols., Imprenta José María Alonso, Madrid, segunda edición.

57. Del Río, Raimundo (1935): *Derecho penal*, 2 vols., Editorial Nascimiento, Santiago.

58. Díaz Palos, Fernando (1971): *La legítima defensa*, estudio técnico jurídico, Bosch, Barcelona.

59. Díez Ripollés, José Luis (2020): *Derecho penal español*, parte general, Tirant Lo Blanch, Valencia, quinta edición.

60. Donna, Edgardo Alberto (1985): *El exceso en las causas de justificación*, Astrea, Buenos Aires.

61. Dopico Gómez-Aller, Jacobo (2018): *¿Posición de garante derivada de la legítima defensa? La paradoja Rudolphi*, en: "InDret, Revista para el análisis del Derecho", octubre-2018, Barcelona, pp. 1 a 23 Disponible en Internet: https://www.researchgate.net/publication/330738871_Posicion_de_garante_derivada_de_legitima_defensa_La_paradoja_de_Rudolphi (última consulta 09 de febrero del 2021).

62. Dworkin, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona.

63. Ebert, Udo (2005): *Derecho Penal*, Parte General, traducción de Said Escudero Irra, Ediciones de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo.

64. Etcheberry, Alfredo (2004): *Derecho penal*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición.

65. Eser, Albin y Burkhardt, Björn (1995): *Derecho penal*. Cuestiones fundamentales de la Teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Canció Meliá, Editorial Colex, Madrid.

66. Euclides (1994): *Elementos*, libros V-IX, traducción de María Puertas Castaños, Gredos, Madrid.

67. Ferrater Mora, José (1964): *Diccionario de Filosofía*, 4 vols., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, quinta edición

68. Ferrer Sama, Antonio (1946): *Comentarios al Código Penal*, 4 vols., Editorial Sucesores de Nogués, Murcia.

69. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo (2006): *Derecho penal*, Parte general, traducción de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá.

70. Fontán Balestra, Carlos (1998): *Derecho penal*, Introducción y Parte general, Albeledo Perrot, Buenos Aires.

71. Fontana, Raúl (1970): *Legítima defensa y lesión de bienes de terceros*, Depalma, Buenos Aires.

72. Fornasari, Gabriele (1990*): Il principio di inesigibilita nel Diritto penale*, Ceda, Padova.

73. Fuensalida, Alejandro (1883)*: Concordancias i comentarios al Código penal chileno,* 3 vols., Imprenta Comercial, Lima.

74. Frank, Reinhard (2002): *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Editorial B de F, Buenos Aires.

75. Frías Caballero, Jorge; Codino, Diego y Codino, Rodrigo (1993): *Teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires.

76. Frister, Helmut (2011): *Derecho penal*, Parte general, traducción de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires.

77. García Máynez, Eduardo (2010): *Principios supremos de la ontología formal del Derecho y de la lógica jurídica*, Ediciones Coyoacán, México DF.

78. García Soto, María (1999): *El estado de necesidad en materia penal*, Conosur, Santiago.

79. García Pablos de Molina, Antonio (2006): *Introducción al Derecho penal*, Areces, Madrid, cuarta edición.

80. Garrido Montt, Mario (2001): *Derecho penal*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición.

81. Geertz, Clifford (2003): *La interpretación de las culturas*, traducción de Alberto Bixio, Gedisa, Barcelona.

82. Golschmidt, James (2002): *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial B de F, Buenos Aires.

83. Gómez López, Orlando (1991): *La legítima defensa*, Temis, Bogotá.

84. Guastini, Riccardo (1999): *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México DF.

85. Guzmán Dálbora, José Luis (2010): *Cultura y delito*, Temis, Bogotá.

(2003): *Un caso de parricidio por emoción violenta*, Informe en Derecho, Dpto. de Estudios Defensoría Penal Pública, Santiago.

(2015): *Elementi di Filosofía jurídico-penale*, Ed. Scientífica, Nápoles.

(2016): *El estado de necesidad: ¿justificación de la guerra? Agresión y neutralidad en la Primera Guerra Mundial*, publicado en: "Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy", Thomson Reuters, pp. 999 a 1111.

(2017): *La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal*, en: "Política Criminal", vol. 12, N° 24, (diciembre 2017), Doc. 1, Talca, pp. 1228-1263.

(2020): *Albert Friedrich Berner y sus contribuciones a la dogmática del delito, la teoría de la pena y la legítima defensa*, en: "La teoría de la legítima defensa", Berner, Albert, José Luis Guzmán Dálbora (traductor), B de F, Buenos Aires.

86. Greco, Rogério (2015): *Curso de Dereito penal*, Parte geral, 3 vols., ed. Impetus, Río de Janeiro, 17° edición.

87. Grosso, Carlo (1964): *Difesa legittima y stato de necessitá*, Giuffre editore, Milano.

88. Hassemer, Winfried (1997): *Justificación procedimental en el Derecho penal*, traducción de Elena Larrauri, en: "Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal", Tecnos, Madrid.

89. Herrera, Lucio (1991): *El error en materia penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, segunda edición.

90. Herzog, Felix (2005): en Strafgesetzbuch (Nomoskommentar), 2 vols., Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfried y Paeffgen, Hans-Ulrich (editores), Nomos, Baden-Baden, segunda edición, tomo I, pp. 1155-1156.

91. Helkel, Henrich (2008): *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico*, traducción de José Luis Guzmán Dálbora, Editorial B de F, Buenos Aires.

92. Hilgendorf, Eric y Valerius, Brian (2017): *Derecho penal*, Parte general, traducción de Leandro Días y Marcelo Sancinetti, Ad Hoc, Buenos Aires.

93. Hruschka, Joachim (1994): *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", tomo XLVII, fascículo III, Madrid, pp. 343 a 356.

94. Iglesias Río, Miguel (1999a): *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Consideración especial a las restricciones ético-sociales, Comares, Granada.

(1999b): *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Ed. Universidad de Burgos, Burgos.

95. Impallomeni, Giovanni (1916): *Instituzioni di Diritto penale*, Unione Tipográfico Editrice Torinese, Torino.

96. Jakobs, Günther (1995): *Derecho penal*, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid.

(1999): *Teoría y praxis de la injerencia*, traducción de Manuel Cancio Meliá, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", tomo 52, Madrid, pp. 17-50.

97. Jakobs, Günther y Struensee, Eberhard (1998): *Problemas capitales del Derecho penal moderno*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

98. Jescheck, Hans y Weigend, Thomas (2002): *Tratado de Derecho penal*, Parte general, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, quinta edición.

99. Jiménez de Asúa, Luis (1982): *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Ed. Losada, Buenos Aires, tercera edición.

(1997): *Principios de Derecho penal.* La ley y el delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, tercera edición.

100. Jiménez Huerta, Mariano (1952): *La antijuridicidad*, Imprenta Universitaria UNAM, México.

101. Jiménez Díaz, María (2007): *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada.

102. Josserand, Louis (1952): *Derecho civil*, 8 vols., Bosch, Buenos Aires.

103. Jubert, Ujala Joshi (1992): *La doctrina de la "Actio libera in causa" en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona.

104. Kant, Immanuel (2005): *Crítica de la razón pura*, traducción de Pedro Ribas, Taurus, Barcelona.

105. Kelsen, Hans (1994): *Teoría general de las normas*, Trillas, México DF.

106. Kindhäuser, Urs (2013): *Acerca de la génesis de la fórmula "El Derecho no necesita ceder ante el injusto",* traducción de Juan Pablo Mañalich, en: "La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa", Javier Wilenmann y Juan Pablo Mañalich (coord.), Editorial B de F, Buenos Aires, pp. 65-98.

107. Labatut, Glena, Guztavo (2000): *Derecho penal*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, novena edición.

108. Larruri, Elena (1994): *Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho penal*, en: "Revista Jueces para la democracia"; N° 23, 1994, Madrid, pp. 22-23.

109. León, Pedro (1976): voz *"Abuso del Derecho",* en: Enciclopedia Jurídica Omeba, 26 vols., tomo I, Diskrill, Buenos Aires, pp. 124-136.

110. López Díaz, Claudia (1999): *Código penal alemán,* Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

111. Loos, Fritz, (2009): *Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación,* traducción de Ezequiel Malarino, en "Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik", cuarto año, edición 5/2009, pp. 257-265. Disponible en internet: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_320.pdf (última consulta 06/05/2019).

112. Luzón Peña, Diego (2002): *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Editorial B de F, Buenos Aires, segunda edición.

(1994): "*Actio illicita in causa" y provocación en las causas de justificación*, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", Tomo 47, Fasc./ Mes 3, Madrid, pp. 61-86.

(1999): *Curso de Derecho penal*, Parte general, Editorial Universitas S.A., Madrid.

(2016): *Lecciones de Derecho penal*, parte general, Tirant Lo Blanch, Valencia, tercera edición.

113. Magalhaes Noronha, Edgard (2009): *Direito penal*, introducao e Parte geral, 3 vols., Editora Saraiva, Sao Paulo, 38° edición.

114. Maggiore, Giuseppe (1985): *Derecho penal*, 2 vols., tomo I, traducción de José Ortega Torres, Temis, Bogotá, segunda edición reimpresión.

115. Malo Camacho, Gustavo (2003): *Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, Mexico DF, quinta edición.

116. Mantovani, Farrando (2007): *Dirito penale*, Cedam, Padova, quinta edizione.

117. Manzini, Vicenzo (1949): *Tratado de Derecho penal*, 10 vols., tomo III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires.

118. Mañalich Raffo, Juan Pablo (2014): *Normas permisivas y deberes de tolerancia*, en: "Revista Chilena de Derecho", vol. 41 N° 2, pp. 473- 522.

(2013): *El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código penal chileno*, en: "Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury", Alex Van Weezel (coord.), Legal Publishing, Santiago. pp. 715-742.

119. Márquez Piñero, Rafael (2003): *Teoría de la antijuridicidad,* UNAM, México DF.

120. Marianetti, José (1999): *Emoción violenta.* Interpretaciones psiquiátrico-psicológicas-jurídicas, Ediciones Cuyo, Mendoza, tercera edición.

121. Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz (1994): *Derecho penal,* Parte general, traducción de la séptima edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires.

122. Mayer, Max Ernst (2007): *Derecho penal,* Parte general, traducción de Sergio Politoff Lifschitz, Editorial B de F, Buenos Aires.

123. Mera, Jorge (2011): *Comentario al art. 11 N° 3 del Código Penal*, en: "Código Penal comentado, parte general", Jaime Couso y Héctor Herández (directores), Abeledo Perrot, Santiago, pp. 287-290.

124. Merkel, Adolf (1906): *Derecho penal,* traducción de Pedro Dorado Montero, La España moderna, Madrid.

125. Messina, Salvatore y Spinnato, Giorgia (2009): *Manuale breve di Dirito penale*, Giuffré editore, Milano.

126. Mezger, Edmund (1958): *Derecho penal,* libro de estudio, parte general, traducción de Conrado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, sexta edición.

127. Mir Puig, Santiago (2016): *Derecho penal,* Parte general, Editorial Reppertor, Barcelona, décima edición.

128. Mirabete, Julio y Fabbrini, Renato (2002): *Manual de Direito penal,* Editorial Atlas, Sao Paulo, 18° edición.

129. Muñoz Conde, Francisco (1999): *El error en Derecho penal,* Tirant Lo Blanch, Valencia.

130. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2010): *Derecho penal*, Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, octava edición.

131. Náquira Riveros, Jaime (1998): *Derecho penal*, Teoría del delito, Mac Grall Hill, Santiago.

132. Nino, Carlos Santiago (2002): *La legítima defensa*. Fundamentación y régimen jurídico, Astrea, Buenos Aires.

133. Nogueira Alcalá, Humberto (2010): *El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno,* en: Carbonell, Miguel (coord.) "El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica", Librotecnia, Santiago, pp. 353-403.

(1997): *Dogmática constitucional,* Editorial Universidad de Talca, Talca.

134. Novoa Monreal, Eduardo (2009): *Curso de Derecho penal chileno,* Parte general, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, novena edición.

135. Núñez, Ricardo (1999): *Manual de Derecho penal*, Parte general, editorial Marcos Lener, Córdoba, cuarta edición.

(2000): *Tratado de Derecho penal*, 4 vols, Lener, Buenos Aires.

136. Ontiveros, Miguel (2010): *Legítima defensa e imputación objetiva*. Especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Mexico D.F.

137. Ortiz Muñoz, Pedro (2018): *Provocación, agresión y defensa,* en Londoño, Fernando y Maldonado, Francisco (ed.), "Clásicos de la literatura penal en Chile, la Revista de Ciencias penales en el siglo XX, 1935-1995", 2 vols., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, cfr. pp. 551 a 553.

138. Padovani, Tulio (2006): *Diritto penale*, Guiffré Editore, Milano, VIII edizione.

139. Pacheco, Joaquín (1881): *Código penal concordado y comentado,* 2 vols., Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid, quinta edición.

140. Pagliario, Antonio (2003): *Principi di Diritto penale.* Parte generale, Giuffré editore, Milano, octava edizione.

141. Palazzo, Francesco (2008): *Corso di Diritto penale,* Giappichilli editore, Torino, terza edicione.

142. Palermo, Omar (2007): *La legítima defensa, una revisión normativista*, Depalma, Buenos Aires.

143. Pawlik, Michael (2013a): *El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad*, traducción de Hernán Orozco López, en: "Revista Derecho Penal y Criminología", volumen XXXIV, núm. 96, enero-junio de 2013, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, pp. 13-29.

(2013b): *La legítima defensa según Kant y Hegel*, en: "La antijuridicidad en el Derecho penal, estudio sobre normas permisivas y legítima defensa", Wilenmann, Javier y Mañalich, Juan Pablo (coord.), Editorial B de F, Buenos Aires.

144. Perrone, Daniel (2016): *La naturaleza y función del analogon de un esquema transcendental*, Teseo Press, Buenos Aires.

145. Pessina, Enrico (1871): *Elementi di Diritto penale*, 2 vols., tomo I, Marghieri editore, Napoli, seconda edizione.

146. Potitoff, Sergio; Mattus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho penal chileno,* 2 vols., Ed. Jurídica de Chile, Santiago.

147. Politoff, Lifschitz, Sergio (2000): *Derecho penal,* Conosur, Santiago, segunda edición.

148. Potitoff, Sergio; Ortiz, Quiroga, Luis; Mattus, Jean Pierre y otros (2002): *Texto y comentario del Código penal chileno,* Ed. Jurídica de Chile, Santiago.

149. Pound, Roscoe (1922): *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven.

150. Puig Peña, Federico (1959): *Derecho penal*. 4 vols., Ediciones Hispaño-Americanas, Barcelona, quinta edición.

151. Pulitano, Domenico (2005): *Diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino.

152. Quintero Olivares, Gonzalo (2002): *Manual de Derecho penal*, Parte general, Aranzadi, Navarra.

153. Radbruch, Gustav (1952): *Filosofía del Derecho*, traducción de José Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, tercera edición.

154. Ranieri, Silvio (1974): *Manual de Derecho penal*, 6 vols., tomo I, traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá.

155. Real Academia Española (2019): *Diccionario de la Lengua Española*, versión online, https://dle.rae.es/ (última consulta 08/04/20).

156. Regis Prado, Luiz; Mendes de Carvalho, Érika; Mendes de Carvalho, Gisele (2014): *Curso de Dirieto penal brasileiro*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 13° edición.

157. Requejo Conde, Carmen (1999): *La legítima defensa*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

158. Reyes Echandía (1974): *La antijuridicidad*, Ed. Universidad del Externado, Bogotá.

(1984): *Derecho penal*, Parte general, Ed. Universidad del Externado, Bogotá.

159. Riggi, Eduardo (2010): *Interpretación de la ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley*, Atelier, Barcelona.

160. Righi, Esteban (2002): *Antijuridicidad y justificación*, Luminere, Buenos Aires.

161. Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso (1994): *Derecho penal español*, Parte general, Dykinson, Madrid, décimoseptima edición.

162. Rodríguez Mourullo, Gonzalo (1963): *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", tomo 16, Fasc./ Mes 2, 1963, Madrid, pp. 273-302.

163. Rosental, Mark y Iudin, Pavel (2013): *Diccionario Filosófico*, traducción de M.B. Dalmacio, Brontes, Barcelona.

164. Roxin, Claus (2006): *Derecho penal*, Parte general, 2 vols., traducción de la segunda edición alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid.

(2000): *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona.

165. Rusconi, Maximiliano (2001): *La justificación en el Derecho penal*. Algunos problemas actuales, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, segunda edición.

166. Sáinz Cantero, José (1990): *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, Bosch, Barcelona.

167. Sangero, Boaz (2006): *Self-Defense in Criminal Law*, Hart Publishing, Portland.

168. Salim, Alexandre y De Azevedo, Marcelo (2017): *Direito penal*, Parte geral, Editora Jus Podivm, Salvador de Bahía, séptima edición.

169. Sauer, Wilhelm, (2016): *El injusto como delito*, traducción de Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Instituto del Pacífico, Lima.

170. Silva Sánchez, Jesús María (2007): *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, en Revista Discusiones N° 7. Disponible en internet: http://revistadiscusiones.com/wp-

content/uploads/2016/12/Discusiones_VII_Derechos_de_necesidad_y.pdf (última consulta: 20/09/19).

(1992): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

171. Silvela, Luis (1874): *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2 vols., Imprenta Fortanet, Madrid.

172. Sisco, Luis (1949): *La defensa justa*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires.

173. Soler, Sebastián (1992): *Derecho penal argentino*, 4 vols., TEA, Buenos Aires, quinta edición.

174. Schaffstein, Federico (1957): *La Ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, traducción de José María Rodríguez Devesa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

175. Schwabe, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, traducción de Marcela Anzola y Emilio Maus, Konrad Adenauer Stiftung, México D.F.

176. Spagnolo, Guiseppe (1980): *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Cedam, Padova.

177. Stratenwerth, Günter (2016): *Derecho penal*, Parte general: el hecho punible, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Depalma, Buenos Aires, cuarta edición, segunda reimpresión.

178. Tavares, Juárez (2018): *Fundamentos de teoría do delito*, Tirant lo Blanch, Florianópolis.

179. Teixeira, Antonio Leopoldo (1996): *Da legítima defesa*, Del Rey, Belo Horizonte.

180. Tomás de Aquino, Santo (1989): *Suma de Teología*, 5 vols., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, segunda edición.

181. Torio López, Ángel (1976): *Versari in re ilícita y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio*, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, tomo XXIX, fasc. I, enero-abril 1976, Madrid, pp. 17-44.

182. Valle Muñiz, José (1992): *Fundamentos, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español*, en: "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", Tomo XLV, fascículo II, Madrid, pp. 561-612.

183. Vargas, Tatiana (2013a): *¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del art. 10 N° 11*, en: "Humanizar y renovar el Derecho penal, estudios en memoria de Enrique Cury", Alex Van Wezzel (coord.), Thomson Reuters, Santiago.

(2013b): *Manual de Derecho penal práctico*, Thomson Reuters, Santiago.

184. Van Weezel, Alex (2015*): Caso agresor dormido. El problema del tirano doméstico*. SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol N° 133-2013", en: "Casos destacados. Derecho penal", Vargas Pinto Tatiana (Dir.), Legal Publishing, Santiago.

185. Velásquez, Velásquez, Fernando (2013): *Manual de Derecho penal*, Parte general, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, quinta edición.

186. Vílchez Guerrero, Hermes (1997): *Do excesso em legítima defensa*, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

187. Villegas, Myrna (2010): *Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal*, en: "Revista de Derecho", vol. XXIII, N° 2, diciembre 2010, Santiago, pp. 149-174.

188. Viada y Vilaseca, Salvador (1874): *Código penal reformado de 1870, comentado y concordado*, Establecimiento Tipográfico de Luis Tasso, Barcelona.

189. Vodanovic, Antonio (2001): *Manual de Derecho Civil*. Partes preliminar y general, Conosur, Santiago, segunda edición.

190. Von Beling, Ernst (1944): *Esquema de Derecho penal.* La doctrina del delito-tipo, traducción de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires.

191. Von Jhering, Rudolf (2018): *La lucha por el Derecho*, traducción de Adolfo Posada, Dykinson, Madrid.

192. Von Listz, Franz (2006*): Tratado de Direito penal allemão*, 2 vols., traducción de José Duarte Pereira, Ed. do Senado Federal, Brasilia.

193. Von Wright, Georg (1970): *Norma y acción*, una investigación lógica, traducción de Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid.

194. Welzel, Hans (2004): *El nuevo sistema de Derecho penal.* Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción de José Cerezo Mir, Editorial B de F, Buenos Aires.

(1956): *Derecho penal*, Parte general, traducción de Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires.

195. Wessels, Johannes (1980): *Derecho penal*, Parte general, traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires.

196. Wessels, Johannes; Beulke, Werner y Satzger, Helmut (2018): *Derecho penal*, Parte general. El delito y su estructura, traducción de Raúl Pairona Arana, Pacífico Editores, Lima.

197. Wilenmann, Javier (2014): *El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema del estado de necesidad en Chile*, en: "Revista de Derecho (Valdivia)", vol. XXVII, N° 1, julio 2014, Valdivia, (pp. 213-244).

(2017): *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid.

198. Yacobucci, Guillermo (2002): *El sentido de los principios penales*, Editorial Abaco, Buenos Aires.

199. Zaffaroni, Eugenio (1985): *Manual de Derecho penal*, Parte general, Ediar, Buenos Aires.

(1981): *Tratado de Derecho penal*, 5 vols., Ediar, Buenos Aires.

200. Zaffaroni, Eugenio; Aliaga, Alejandro; Slokar, Alejandro (2007): *Manual de Derecho penal*, Parte general, Ediar, Buenos Aires, segunda edición.

201. Zavala, Manuel, Serrano, José y Mezquía, Prudencio (1866): *Código penal francés*, traducción al castellano ordenada por S.M el Emperador Maximiliano I, Imprenta Boix, México.

202. Zilio, Jacson (2012*): La legítima defensa*. Las restricciones ético sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del Derecho penal, Didot, Buenos Aires.

Jurisprudencia citada.

a). Jurisprudencia nacional.

Corte Suprema, fallo Rol 1099-2003 (17 de octubre 2005).

Corte Suprema, fallo Rol 6466-2005 (03 de mayo 2007).

Corte Suprema, fallo Rol 10.364-2019 (18 de junio 2019).

Corte Suprema, fallo Rol 1376-2018 (18 de octubre 2018).

Corte Suprema, fallo Rol 33.342-2019 (02 de octubre 2020).

Corte de Apelaciones de Antofagasta, fallo Rol 146-2006 (11 de octubre 2006).

Corte de Apelaciones de Antofagasta, fallo Rol 100-2014 (08 de mayo 2014).

Corte de Apelaciones de Antofagasta, fallo Rol 64-2016 (25 de abril 2016).

Corte de Apelaciones de Antofagasta, fallo Rol 648-2021 (24 de julio 2021).

Corte de Apelaciones de Concepción, fallo Rol 401-2006 (12 de diciembre 2007).

Corte de Apelaciones de Coyhaique, fallo Rol 35-2019 (23 de abril 2019).

Corte de Apelaciones de Rancagua, fallo Rol 254-2007 (20 de julio 2007).

Corte de Apelaciones de La Serena, fallo Rol 232-2004 (17 de diciembre 2004).

Corte de Apelaciones de La Serena, fallo Rol 89-2005 (06 de mayo 2005).

Corte de Apelaciones de La Serena, fallo Rol 135-2017 (03 de mayo 2017).

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo Rol 2107-2006 (24 de agosto 2007).

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo Rol 1129-2008 (22 de septiembre 2008).

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo Rol 1821-2019 (16 de agosto 2019).

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo Rol 1230-2016 (14 de julio 2016).

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo Rol 2869-2019 (11 de diciembre 2019).

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo Rol 2838-2007 (23 de enero 2008).

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo Rol 3438-2015 (18 de diciembre 2015).

Corte de Apelaciones de Valdivia, fallo Rol 129-2009 (30 de abril 2009).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallo Rol 7250-2000 (16 de octubre 2001).

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, sentencia Rol 167-2014 (28 de octubre 2014).

Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, sentencia RIT 152-2006 (28 de agosto 2006).

Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, sentencia Rol 290-2008 (07 de septiembre 2008).

Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, sentencia RIT 380-2008 (10 noviembre 2008).

Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, sentencia RIT 88-2007(10 de septiembre 2007).

Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, sentencia RIT 133-2009 (21 de octubre 2009).

Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, sentencia Rol 67-2020 (28 de julio 2020).

Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, sentencia RIT 01-2010 (13 de septiembre 2010). Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, sentencia RIT 28-2012 (28 de mayo 2012).

Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, sentencia RIT 84-2005 (23 de julio 2005).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 784-2007 (20 de diciembre 2007).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1046-2008 (22 de julio 2008).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1061-2008 (28 de agosto 2008).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1260-2008 (07 de mayo 2009).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1204-2008 (28 de mayo 2009).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1307-2009 (20 de enero 2011).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1824-2010 (09 de diciembre 2010).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1988-2011 (24 de junio 2011).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 8950-2020 (05 de enero 2021).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 10.099-2021 (15 de junio 2021).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 10.087-2021 (15 de junio 2021).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 10.002-2020 (16 de junio 2021).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 9824-2020 (16 de junio 2021).

Tribunal Constitucional, sentencia Rol 10.171-2021 (16 de junio 2021).

b). Jurisprudencia extranjera.

-Tribunal de Justicia del Estado de Espíritu Santo, Brasil, Cámara Criminal, apelación N° 022070011022, disponible en internet: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/10581331254.pdf?CFID=39413653&CFTOKEN=34935459 (última consulta 01/12/19).

-Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, Brasil, apelación N° 20130342647, disponible en internet: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24044928/apelacao-criminal-apr-20130342647-sc-2013034264-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-24044929?ref=serp (última consulta 01/12/19).

-Tribunal de Justicia del Estado de Salvador de Bahía, Brasil, apelación N° 0557206-72.2015.9.05.0001, disponible en internet: https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565984428/apelacao-apl-55720672201580500001/inteiro-teor-565984473?ref=serp (última consulta 02/12/2019).

- Tribunal Constitucional de España, sentencia 161/1997.

- Tribunal Constitucional de España, sentencia 55/1996.

- Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso *Apothekenurteil*, del 11 de junio de 1958.

- Supremo Tribunal Federal de Alemania BGH 24, 356 del 14 de junio de 1972.