Título: Legítima defensa putativa
Autor: Calvo Suárez, Diego G.
Fecha: 19-07-2010
Publicación: IJ Editores
Cita: IJ-XXXIX-279

LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA

Por el Dr. Diego Germán Calvo Suárez

1. Introducción.

La tipicidad de una conducta es un indicio de su antijuridicidad, y digo "un indicio" porque pueden existir "causas de justificación", que hacen desaparecer lo antijurídico del acto típico.

Las causas de justificación pueden ser definidas como aquellas circunstancias que, conforme a la ley, hacen desaparecer la antijuridicidad de un acto típico.

Al respecto, el artículo 34 del Código Penal argentino junto con las causas que excluyen la pena, la culpabilidad y la imputabilidad, enumera las siguientes causas de justificación: Cumplimiento de un deber, Legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, Estado de necesidad y por último la Legítima defensa, cual será el objeto de la presente monografía, con especial dedicación al tema de la legítima defensa putativa (llamada también de buena fe).

“Con respecto a cuál es la razón o fuente que el derecho toma en cuenta para establecer estas causas de justificación, Soler sostiene que son: la ley y la necesidad”. ***[1]***

La ley es fuente de causas de justificación, en virtud de que ella impone a los hombres determinadas obligaciones, y le concede determinados derechos. De modo que, si un hombre realiza una conducta típica, pero ejerciendo legítimamente las facultades que le confiere un derecho, sin duda que esa conducta no es ilícita, dado que, como dice Soler, *"es obvio que el cumplimiento de lo prescripto por el Derecho, no puede constituir una acción antijurídica"*
.
[2]

El Derecho también toma a la necesidad como fuente de causas de justificación, porque considera que si un individuo está ante el peligro o riesgo de sufrir una lesión a un bien jurídico, se ve en la necesidad de evitarlo. Conforme a éste, el Derecho justifica la conducta del hombre, aunque sea típica, si ella fue producto de la necesidad de evitar la violación de un bien jurídico. Concretamente el derecho funda en la necesidad, a la legítima defensa y al estado de necesidad.

2. Consideraciones preliminares.

La antijuridicidad consiste en la contradicción de la conducta típica con el ordenamiento jurídico considerado globalmente. En el aspecto finalista y material, la antijuridicidad conlleva la afectación del bien jurídico protegido por la conminación penal específica. El bien jurídico penalmente protegido cumple la función de determinar el sentido y alcance de la prohibición, sin cuya existencia la antijuridicidad devendría en un concepto meramente abstracto y formal.

Para Eugenio Zaffaroni “*la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho (…) La antijuridicidad es, pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como el orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos”.* ***[3]***

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad de la conducta existen varias causales reguladas en el Código Penal, como la legítima defensa que requiere, además de la agresión injusta y actual, la necesidad de la defensa y la racionalidad o proporcionalidad del medio empleado para defenderse.

En este sentido Zaffaroni afirma que: "*Así como el tipo prohibitivo requiere una congruencia entre sus aspectos objetivo y subjetivo, también lo requiere el tipo permisivo, abarcando en él mismos aspectos cognoscitivos que son presupuestos necesarios de los conativos. Los elementos particulares dependen de cada tipo permisivo en especial: así, la legítima defensa requiere el reconocimiento de la situación de defensa y la finalidad de defenderse (…)*
".
[4]

Lo fundamental para poder afirmar la existencia de las causales de justificación (llamados en doctrina tipos permisivos), consiste en que exista coincidencia entre sus elementos objetivos y subjetivos.

Basta que falte cualquiera de estos, para que la conducta típica resulte antijurídica. Por ejemplo, si en la legítima defensa no se trata de una verdadera agresión, sino de la broma pesada de un amigo (ausencia de elemento objetivo), podrá existir legítima defensa putativa (error de prohibición) que tenga efecto a nivel de culpabilidad de la conducta, pero la misma no por ello dejará de ser antijurídica.

A la inversa, si existe verdadera agresión de mi enemigo, pero por las circunstancias de hecho, ignoro esta situación y por esto mi finalidad no fue la de defensa sino más bien la de ataque contra esta misma persona (ausencia de elemento subjetivo), la conducta típica no estará justificada sino más bien resultará antijurídica.

"*El tipo permisivo presupone para su aplicación una tipicidad prohibitiva, porque no puede pensarse en tratar de averiguar si una conducta está justificada cuando no se ha comprobado aún su tipicidad*" . [5]

3. Legítima Defensa putativa

El instituto de la legítima defensa es *“definido por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos (…). El fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos”*
.
[6]

La legítima defensa putativa es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente.

Resulta en el caso que el sujeto que se defiende lo hace en función de creer que está actuando en legítima defensa. En esta circunstancia se genera un error en la creencia de la situación. Para salir sin culpa de evento debe probarse que el error en que se incurrió es esencial y no negligente (este error debe ser invencible, esto es, el sujeto tuvo que poner toda la diligencia y prudencia que tuvo a su alcance para poder evitar la situación de error en ese momento.)

Se ha dicho que “*hay defensa putativa cuando un sujeto obra contra otro que cree su agresor, el que, en verdad, no le ataca ilícita, grave o inminentemente, siendo en consecuencia, el agredido imaginario el verdadero agresor”* . [7]

Se trata aquí de un caso de error, originado en una equivocada estructuración de los datos sensibles, y que el error para ser tal, ha de ser siempre inconsciente.

Al respecto, Zaffaroni se refiere al delito putativo expresando que: “*Se llama a todos los casos de error al revés, en que el sujeto cree que existe lo delictivo objetivo y en realidad falta”.*
[8]
También lo llama delito imaginario o ilusorio.
“(…) Hay un delito imaginario cuando alguien supone que hay elementos del tipo objetivo que no existen (…) como cuando alguien ignora que tiene permiso para defenderse legítimamente”
.
[9]

La verdadera legítima defensa es objetiva o real, es decir, se ejercita para repelar una violencia grave e injusta que materialmente existe.

Al lado de la legítima defensa ha elaborado la doctrina la institución de la legítima defensa putativa o subjetiva, acogida por la jurisprudencia.

La palabra putativa deriva del latín *"Putate"*, que significa pensar, creer, suponer o juzgar acerca de algo.

La defensa putativa se presenta cuando por un error sustancial de hecho, por una equivocada interpretación de una circunstancia, el sujeto cree hallarse en la necesidad de defenderse, sin que exista realmente ningún peligro. Se obra de buena fe, en la errónea opinión de que un mal amenaza y que se está ejerciendo una reacción proporcionada a él y en las condiciones de justificación.

La defensa putativa, explica Jiménez de Asúa *"es la creencia en que nos hallamos atacados y que, subjetivamente nos hace pensar que es necesario la defensa"*
.
[10]

Es decir que cuando alguien imagina (racionalmente) que le amenaza un peligro grave e inminente, y reacciona con medios adecuados para evitar el perjuicio que le seguirá de esta amenaza; pero tal peligro no existió en la realidad, existiendo puntualmente legítima defensa putativa.

Desde luego que para que exista este tipo permisivo, es necesario que el error del agente encuentre un justificativo racional, que puede ser determinado por las circunstancias de hecho que configuran el caso, y aún por las especiales circunstancias subjetivas del seudo atacado.

Analicemos ahora sumariamente un tema de suma importancia, cual es el error en la legítima defensa.

4. El error en la legítima defensa putativa.

Una aproximación sobre la palabra "error" nos indica que es el falso conocimiento que se tiene acerca de un objeto. Como afirma Zaffaroni: *"resultará que todo falso conocimiento que recaiga sobre los elementos del tipo o bien sobre la comprensión de la antijuridicidad nos enfrentará con el problema del error en general ".* **[11]**

En este contexto es importante distinguir el error de tipo del error de prohibición; ya que el error de tipo versa sobre los elementos constitutivos del tipo penal, mientras que el de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta.

En el error de tipo el autor no sabe lo que hace, en el de prohibición sabe lo que hace pero no lo considera contrario a derecho. Un ejemplo común entre los autores es el del cazador que dispara a un hombre creyendo que apunta su arma a un oso, como no sabe que se trata de un hombre y, por lo tanto, no tiene la finalidad de matarlo, esto es el error de tipo; pero en cambio si la víctima de una agresión que dispara su arma contra la persona que considera la autora del ataque, sabe que se trata de un hombre y quiere dirigir su conducta contra este hombre, pero considera que lo hace legítimamente o de forma no contraria a derecho porque no se da cuenta de que en realidad no es su agresor; esto es el error de prohibición.

Frías Caballero enseña que*:"el error es una representación falsa del objeto, un conocimiento equivocado. Es un estado positivo"* . **[12]** Para Ricardo Nuñez "*es la falsa noción del autor respecto de un hecho cometido* ".
[13]

El error es un estado cognoscitivo. Es un conocimiento positivo distinto (equivocado) en relación a algo, o supone ausencia de conocimiento de ese algo.

El análisis de la cuestión del error en la legítima defensa, impone una breve remisión sobre dos teorías.

4.1 Teoría del dolo:

Para los cultores de esta corriente doctrinaria, este tema de la legítima defensa putativa no es ni más ni menos que un supuesto de error de hecho no imputable, previsto por el artículo 34 inciso primero del Código Penal, el cual expresa, en su parte pertinente, que: *"No son punibles: el que no haya podido en el momento del hecho (…) por error o ignorancia de hecho no imputables (…) comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones."*

La mayoría de la doctrina argentina enrolada en ésta postura, distingue entre error de hecho esencial y el accidental. La distinción es importante en virtud de que solamente el primero es causal de inculpabilidad cuando no proviene de una negligencia culpable (es decir cuando el mismo no sea vencible, esto es producto de la negligencia o culpa).

Así Sebastian Soler, sostiene que *"el error será esencial cuando el sujeto crea encontrarse en situación de justificación. En tal caso el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura, pero se determina porque además, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta*
".
[14]

Nuñez sostiene *"que los disparos que en broma se hace contra los disparos del agredido lo autorizan a defenderse, siempre que no esté enterado de que se trata de una broma, pues en caso contrario, ante sus ojos no habría realmente una agresión" (…). Lo esencial entonces es que, concurriendo el peligro, el agredido se encuentre frente a la situación material que tiene derecho a repeler".* [15]

Para ésta teoría el error siempre elimina el dolo. Si es invencible elimina también a la culpabilidad, pero por el contrario, si es vencible hace culposa la conducta. No importa si recae sobre el conocimiento del tipo o sobre la antijuridicidad, es siempre un problema de culpabilidad.

4.2. Teoría de la culpabilidad:

Es de advertir, con carácter previo, que para los doctrinarios afines a ésta posición, el dolo no se encuentra en la culpabilidad, sino en el tipo. A partir de ésta premisa ellos van a distinguir entre el error de tipo, que excluye el dolo y por tanto la tipicidad y el error de prohibición que si es inevitable va a excluir la culpabilidad.

Si hay error de prohibición, no hay conciencia de la antijuridicidad, y por lo tanto el juicio de reproche se queda sin sustento. Si el error es evitable algunos aplican una pena atenuada y otros la pena del delito culposo, si el mismo está previsto.

Dicho de otra manera, *“para la teoría de la culpabilidad, el error de prohibición inevitable suprime, sin más, la culpabilidad; el error de prohibición evitable, deja subsistente la imagen total de un hecho punible doloso, es decir, deja intacto el dolo del hecho. (Maurach, Welzel, etc.)”.* [16]

5. Jurisprudencia. [17]

"Existe de parte del imputado un rechazo al accionar de un intruso que ingresó al predio donde se hallaba ubicada su vivienda en horas nocturnas; teniéndose presente además que hacía una semana había sido víctima de un robo en su domicilio; por ende nos hallamos frente a un caso de legítima defensa putativa, pues aunque el imputado ignoraba las razones por las que había penetrado a su domicilio, siendo perfectamente aceptable su explicación de haber pensado que se trataba del mismo sujeto que días antes lo había despojado de bienes de su propiedad, y de haber temido por su integridad física y la de su hijo." (C.P. Santa Fe, sala III, 31/3/89, Juris, 85-256).

"La justificación putativa debe ser incluida entre los supuestos de error esencial cuando el agente se equivoca de modo esencial al suponer que se encuentra en una situación legal de justificación plena, puesto que todas las condiciones objetivas del acontecimiento que tiene frente a si lo hacen suponer que debe actuar defensivamente. En tal supuesto, el hecho sólo es lícito subjetivamente por obra del error que tiene los efectos de excluir total o parcialmente la culpabilidad." (Cam. Crim. Paraná, Sala II, 7/2/89, Rep. Zeus, 9-558).

"Para que se excluya la culpabilidad a título de dolo o culpa, de conformidad con el art. 34 inc. 1 del C.P., es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) creencia razonable de que hay una agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la supuesta agresión y, c) falta de provocación suficiente por parte del que cree defenderse." (CNCrim. y Correc. Sala VI, 5/6/81, E.D. 95-471).

"Para que se configure la legítima putativa es menester un error esencial acerca de la existencia de una agresión ilegítima, y que tal error no resulte imputable al procesado en los términos de la ley. (art. 34 inc. 1 y 6 del C.P.)." (SCBA, 17/4/90, L.L., 1.990- C- 553).

6. Conclusión

Considero que el instituto de la legítima defensa putativa, amén de ser aceptado por la doctrina mayoritaria, posee muchísima conexidad con el instituto del error.

Asimismo entiendo que deben tenerse en cuenta tanto los aspectos objetivos como subjetivos del tipo penal para esclarecer si realmente el error existió o no en un caso práctico.

Sabido es que la legítima defensa se comporta como una causa de justificación, un tipo permiso, que neutraliza la antijuridicidad de las conductas tipificadas por nuestro Código Penal. Pero en todo caso siempre será el juzgador, ya que nos estamos refiriendo a un tipo permisivo abierto, quien evaluará el caso y decidirá concretamente si existió delito putativo, esto es imaginario o ilusorio; legítima defensa putativa; teniendo en cuenta las distintas circunstancias que rodearon el hecho.

De igual modo, estimo conveniente enrolarse en la teoría del dolo para analizar el error, en el supuesto de existir éste verdaderamente, ya que centrarnos en la teoría de la culpabilidad podría dar lugar a severas injusticias.

7. Bibliografía consultada.

- Soler Sebastián, Tratado de Derecho Penal, Ed. TEA, año 1992.

- Carlos A. Tozzini, "Dolo, Error y Eximentes Putativas", Págs. 49 y ss., Ed. Depalma, 1964.

- Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal.

- Baigún, Zaffaroni, Terragni y otros, “Código Penal", Pág. 531, Tomo I, Ed. Hammurabi, 1997.

- Jorge Frías Caballero, Codino y Codino, "Teoría Jurídica del Delito", Pág. 401. Ed. Hammurabi, 1993.

- Zaffaroni Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Ed. Ediar, 1999.

- Ricardo Nuñez, “Manual de Derecho Penal, Parte General, Pág. 221, Ed. Lerner, 1972.

- Fontán Balestra, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II, Pág. 321, Ed. Abeledo Perrot, 1990.

- El Derecho; Tomo 95, Págs. 471 y siguientes.

[1] Conf. Soler Sebastián, “Tratado de Derecho Penal Argentino”, Ed. TEA, año 1992.

[2] Idem nota anterior.

[3] Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Pág. 479, Ed. Ediar, 1999.

[4] Idem nota anterior, Pág. 485.

[5] Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Pág. 484, Ed. Ediar, 1999.

[6] Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Pág. 489, Ed. Ediar, 1999.

[7] Conf. "Dolo, Error y Eximentes Putativas", Carlos A. Tozzini; ps. 49 y ss.; Ed. Depalma; 1964.

[8] Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Pág. 548, Ed. Ediar, 1999.

[9] Idem nota anterior.

[10] Conf. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal.

[11] Conf. Código Penal"; Baigún, Zaffaroni, Terragni y ots.; ps. 531, tomo 1; Ed. Hammurabi,

año 1997.

[12] Conf. "Teoría Jurídica del Delito"; Jorge Frías Caballero, Codino y Codino; ps. 401. Ed. Hammurabi; año 1993.

[13] Conf. Manual de Der. Penal- Parte General; Ricardo Nuñez; ps. 221; Ed. Lerner; 1972.

[14] Conf. Soler, Sebastián, Tratado de Derecho Penal, Ed. TEA, 1992

[15] Conf. Manual de Derecho Penal, Parte General; Nuñez Ricardo; pág. 190; Ed. Lerner; 197 5.

[16] Conf. “Tratado de Derecho Penal” Fontán Balestra, Tomo II, Pág. 321, Ed. Abeledo Perrot, 1990.

[17] El Derecho; Tomo 95, Págs. 471 y ss.