

30

S. PRAEVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2012

30

Revista Pend

# Pend

Julio 2012



tirant lo blanch



# Revista Penal

Número 30

## Sumario

---

### Doctrina

– Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal, por <i>Kai Ambos</i> .....	3
– Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal, por <i>Pablo Galain Palermo</i> .....	13
– Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, por <i>María Marta González Tascón</i> .....	35
– Prensa y garantías penales: Consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento, por <i>María Jesús Guardiola Lago</i> .....	60
– La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar, por <i>Vincenzo Militello</i> .....	84
– Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	104
– La libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces. Análisis de la libertad de imprenta en la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822, por <i>Rafael Rebollo Vargas</i> .....	118
– Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina, por <i>Marcelo Pablo Vázquez</i> .....	134
– Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional, por <i>Antonio Vercher Noguera</i> .....	146
– Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i> .....	158
– Dogmática penal, Teoría del delito y Teoría del caso: una visión integradora, por <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i> .....	168
– Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género, por <i>Carolina Villacampa Estiarte</i> .....	177
<b>Sistemas penales comparados:</b> Reformas en la legislación penal y procesal (2009-2012) .....	217
<b>Bibliografía:</b> por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>M<sup>a</sup> Belén Sánchez Domingo</i> .....	285



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Baris Erman (Turquía)
Olmo Artale y Nicola Santi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga y J. Jesús Soriano Flores (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar

Vincenzo Militello

Revista Penal, n.º 30. - Julio 2012

### Ficha técnica

**Autor:** Prof. Dr. Vincenzo Militello

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal Universidad de Palermo. Departamento IURA, Sección de Ciencias Penalísticas y Criminológicas.

**Sumario:** I. Escenarios: la legítima defensa y sus similitudes y diferencias en los diversos sistemas penales. II. Elecciones: la nueva formulación del art. 52 CP italiano. III. Relaciones: «vieja» y «nueva» legítima defensa entre especialidad, autonomía y complementariedad. IV. Constantes: las razones de la nueva norma y sus límites. V. Caminos interpretativos. VI. Aportes textuales. VII. La necesidad de la defensa como válvula de compatibilidad constitucional de la reforma.

**Abstract:** This paper deals with the the recent amendment of the regulation of the self defense in the Italian Penal Code. The Law. 59/2006 has introduced a new rule concerning the right to use the self defense in a private home o commercial premises. Utilizing the distinction between rules of behavior and rules of judgment, the auto analyzes the role of the new text, and proposes an interpretation consistent with the balancing between the interest of the aggressor and aggressed that sharp the institution of the self defense under constitutional values.

**Key words:** Italian penal Code. Self defense. Private home. Constitutional values.

**Resumen:** Este trabajo aborda la reciente modificación del CP italiano en materia de legítima defensa, la Ley n. 59/2006 titulada «modificación del art. 52 del Código penal en materia de derecho a la autotutela en un domicilio particular». A partir de la diferenciación entre reglas de comportamiento y reglas de juicio, el autor analiza la función del nuevo texto legal, y propone una interpretación del mismo que no altera el balance entre los intereses del agresor y agredido en que se basa la legítima defensa conforme a los valores constitucionales.

**Palabras clave:** Código penal italiano. Legítima defensa. Domicilio particular. Valores constitucionales.

**Observaciones:** El trabajo ha sido publicado en los escritos en honor al profesor De Figueiredo Dias (Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. De Figueireido Dias, M. Da Costa Andrade (cur.), vol. II Coimbra, 2009, 697), el artículo desarrolla dos publicaciones anteriores, la primera en Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2006, 826 s., la segunda publicado en las actas del Congreso «Il penale nella società dei diritti», que tuvo lugar en la ciudad de Lecce en el mes de marzo 2008 y fue organizado por la Associazione Franco Bricola, Donini-Orlandi (cur.), BUP, Bologna, 2010, p. 127. Traducción de Giorgio Cerina.

**Recepción del artículo:** 14-12-2011.

**Evaluación favorable:** 20-02-2012.

## I. Escenarios: la legítima defensa y sus similitudes y diferencias en los diversos sistemas penales

El día después de la aprobación del código penal portugués de 1982, de *Figueiredo Dias*, observando que la legítima defensa no había experimentado innovación ninguna respecto de la situación precedente, añadía que tal continuidad resultaba totalmente comprensible, puesto que «*a dogmatica da legítima defesa constituir, desde há muito, a mais segura, precisa e pacífica dentro de todos os tipos-justificadores*»<sup>1</sup>. Esta observación no se refería exclusivamente a que el tenor literal de la legítima defensa fuera similar en los dos Códigos (nuevo art. 32 respecto del art. 46 del precedente Código penal de 1886). El mismo autor había subrayado ya la insuficiencia del análisis del derecho positivo y la necesidad de un análisis de más amplia consideración a la hora de interpretar y aplicar las normas penales<sup>2</sup>, con la aportación específica de la política criminal, no sustitutiva de la dogmática como ciencia normativa, sino integrada en el marco de la *Gesamte Strafrechtswissenschaft* de *von Liszt*<sup>3</sup>.

La referencia a la legítima defensa tal y como se presenta en el sistema penal portugués, asume por ello, un valor más amplio relativo a temas de fondo comunes a la ciencia penal europea, como por ejemplo los relativos a la relación del tenor literal del precepto y su dimensión interpretativa y la efectiva incidencia de la política criminal a la hora de reformar el derecho penal. La ocasión para traer a colación tal horizonte problemático se suscita porque aunque el texto portugués sobre legítima defensa no contiene ninguna referencia expresa y directa a la exigencia de una proporcionalidad entre el peligro de agresión y la acción defensiva<sup>4</sup>, la doctrina y la jurisprudencia portuguesas están de acuerdo en considerar vigente tal requisito, si bien a través de caminos interpretativos diversos: bien considerándolo como requisito implícito<sup>5</sup>, bien como límite en los casos de desproporción manifiesta<sup>6</sup>, o bien expresamente en los casos de muerte del agresor de bienes patrimoniales<sup>7</sup> o, específicamente, en relación con los medios empleados<sup>8</sup>, ésta cuestión también se suscita en los casos de exceso de los medios empleados y de su no punibilidad, cuando dicho exceso deriva de un estado no reprochable de perturbación o miedo<sup>9</sup>.

1 DE FIGUEIREDO DIAS, *Pressupostos da Punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*, en *Jornadas de direito criminal - O novo código penal português e legislação complementar*, Lisboa 1983, p. 43-83, 59. Sobre la continuidad entre viejo y nuevo código penal véase en la jurisprudencia portuguesa *Ac STJ 13/02/86, BMJ 354-295*.

2 DE FIGUEIREDO DIAS, *Der Irrtum als Schuldausschliessungsgrund im portugiesischen Strafrecht*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Eser/Perron (Hrsg.), Freiburg 1991, 202 s.; y ya en su estudio fundamental *O problema da consciencia da ilicitude em direito penal*, III ed., Coimbra 1987, 28 s.

3 Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, A «*Ciência conjunt do Direito penal*». *Da politica criminal, da dogmática jurídico-penal, da criminologia - e das suas mútuas relações*, en ID., *Temas Básicos da doutrina penal*, Coimbra 2001, 4, s.; y ya ID., *Sullo stato dei rapporti fra politica criminale dogmatica penale, en Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Canestrari (cur.), Torino 1998, 216 s.

4 Art. 32 CP port. «*Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro*».

5 Limita la legítima defensa sobre la base de una interpretación basada en la jerarquía de bienes jurídicos coherente en un Estado democrático, deduciendo también exigencias de proporcionalidad del medio respecto de la agresión, PALMA, *Legítima defesa*, in *Casos e materiais de direito penal*, Palma et al. (coord.), III ed. Coimbra 2003, 163, 166 s., y ya EADEM, *A Justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, Lisboa 1990, 243 s. En la jurisprudencia, una «*razoável proporção, em concreto, entre a reacção e a gravidade, do perigo resultante da agressão*» es exigida por *AcRC 86/11/26, CJ XI, 5, 102*.

6 Por ejemplo, en la jurisprudencia portuguesa, *Ac STJ 98/11/14, proc. n.º 892/98; Ac STJ 93/10/07, proc. n.º 44879*; o, con respecto a la figura del abuso del derecho (aunque formalmente negando la proporción como requisito de la legítima defensa) *Ac STJ 91/06/05, BMJ 408-180; Ac STJ 84/04/27, BMJ 338-247*.

7 Así, con referencia expresa al art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, DA SILVA, *Direito penal Português*, P. G. vol. II, Lisboa-São Paulo, 1998, 91. En sentido contrario respecto de la operatividad del art. 2 del citado convenio, PALMA, *Legítima defesa*, cit., 167, quien, sin embargo, reconoce la exigencia de limitar en estos casos la reacción del agredido. En cambio, TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa. Da fundamentação teoético-normativa e preventiva geral e especial à redefinição dogmatica*, Coimbra 1995, 431 s. considera que si la agresión es imputable y el ataque persiste, nunca es justo hacer recaer sobre el agredido un deber de solidaridad hacia el agresor.

8 Con respecto a la imposibilidad que una pistola sea medio proporcionado para contrarrestar una agresión con un cuerpo contundente cfr. *Ac STJ 89/06/28, BMJ 388-272*.

9 Art. 33 CP port. «*1. Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada. 2. O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis*». En la jurisprudencia portuguesa reconducen al exceso de defensa las situaciones en las que falta la proporcionalidad del medio usado, *Ac STJ 00/04/27, proc. n.º 65/00; Ac STJ 90/01/16, proc. n.º 40258*.

La afirmación en vía interpretativa y aplicativa de un requisito que no está presente en el texto legal representa un *àquis* para el estudioso de derecho comparado<sup>10</sup>; el problema de la proporcionalidad esta presente en otros sistemas penales: resultan especialmente significativas las vicisitudes de la legítima defensa y de sus límites en Alemania<sup>11</sup> y en España<sup>12</sup>. Sobre este particular, resulta análoga la experiencia de un ordenamiento de diversa tradición y ajeno a las perspectivas de armonización propias del área euro-continental, como el japonés: aquí, aún faltando una referencia normativa expresa a la proporción/adequación de la reacción defensiva respecto de la agresión, para configurar la no punibilidad prevista por el art. 36 CP jap. sin llegar a un exceso de legítima defensa, se considera necesario dicho requisito para atenuar o incluso excluir la responsabilidad<sup>13</sup>. En materia de legítima defensa, también en el lejano oriente se plantean soluciones análogas que, en vía interpretativa, van más

allá de la formulación expresa en los textos legislativos<sup>14</sup> y que son bien conocidas en Europa, donde la exigencia sustancial de comprobar la existencia de dicho requisito es reconocida, aunque en medida diversa y a través de diferentes caminos, por la doctrina y la jurisprudencia de aquellos ordenamientos nacionales en los que el requisito falta en la tipificación expresa.

## II. Elecciones: la nueva formulación del art. 52 CP italiano

Precisamente la intervención en materia de proporción entre el peligro de la agresión y acción defensiva representa el núcleo de la reforma operada recientemente en Italia en el ámbito de la legítima defensa. Al artículo 52 del código penal Rocco (del año 1930 y al cual me referiré en adelante, salvo especificaciones) la ley 2006 n. 59 ha añadido dos párrafos<sup>15</sup>, definiéndolos

10 Una consideración no limitada al texto legal es contante en el derecho comparado, cfr. p.ej. ANCEL (*Rev. Int. Droit Comp.* 1949, 511 s.) a SIEBER (*Strafrechtsvergleichung im Wandel*, in *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Sieber/Albrecht (Hrsg.), Freiburg 2006, 116).

11 El párrafo 3.2. del Código penal alemán prevé la ausencia de antijuridicidad de un hecho «impuesto» (*geboten*) por la legítima defensa y define esta última como «la defensa necesaria (*erforderlich*) para rechazar una agresión actual y antijurídica sobre si mismo o un». La falta de un anclaje expreso al requisito de la proporción y por tanto de límites textuales a una defensa ejercida sobre bienes patrimoniales incluso cuando de ella derivan efectos lesivos para la incolumidad personal (cfr. KREY, *JZ* 1979, 712; LÜHRMANN, *Tötungsrecht zur Eigentumsverteidigung?*, Frankfurt a. M. 1999; STILLER, *Grenzen des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachwerten*, Frankfurt a. M. 1999; BISSON, *Die lebensgefährliche Verteidigung von Vermögenswerten*, Frankfurt a. M. 2002. Per ricostruzioni storiche, cfr. KÜHL, *Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt?*, in *FS-Triffterer*, Schmoller (Hrsg.), Wien 1996, 149 s.; SICILIANO, *Das Leben des fliehenden Diebes: Ein strafrechtliches Politikum*, Frankfurt a. M. 2003), no ha impedido a la jurisprudencia ya desde los años 50 y a una gran parte de la doctrina de desarrollar una serie de límites (a veces definidos ético-sociales) a la justificación por *Notwehr* también sobre la base del rango constitucional e internacional de los bienes en juego, llegando así a conclusiones coincidentes con aquellas hechas posibles por la presencia de la proporción en los ordenamientos que se refieren a ella expresamente (cfr. PERRON, *Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr*, in *Festschrift für Eser*, München, 2005, 1021; MAIWALD, *Das Prinzip der Verhältnismässigkeit zwischen Angriff und Verteidigung im Recht der Notwehr*, in *Studi in onore di Marinucci*, Dolcini-Paliero (cur.), Milano 2006, 1578 s.).

12 En la experiencia española la distinción entre necesidad de la defensa (requisito presente expresamente en el artículo 20 n. 4 CP) y su proporcionalidad es reconocida por la doctrina (cfr. BACIGALUPO, *Derecho penal* P.G., II ed. 1999, 367; MUNOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* P.G., II ed., Valencia 1996, 340) y también por la jurisprudencia (p.e. *Tribunal Supremo* 1.6.1912 citado por MAGALDI, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Barcelona, 1976, 215. Recientemente T.S. 962/2005 del 22.7.2005; T.S. 2068/2005 de 5.10.2005. Ello ha llevado por ejemplo a excluir la legitimidad de reacciones que ofenden bienes como la incolumidad personal incluso en casos de leves ofensas patrimoniales (PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung in deutschen und spanischen Strafrecht*, Baden Baden 1988, 190 s.) y la legitimidad de las defensas que impliquen la muerte sólo en caso de peligro de agresión física (así, en referencia al art. 2 co. 2 C.E.D.U. T.S. 17.6.1989, citada con opinión favorable por GIMBERNAT ORDEIG, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, cit. nt. 2, 74. Cfr. también WITTEMANN, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, Frankfurt a. M. 1997, 193 s.).

13 Cfr. TAKAHASHI, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im japanischen Strafrecht*, in *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, Eser/Nishihara (Hrsg.), Freiburg 1995, 183 s.; ESER, *Rechtfertigung und Entschuldigung im japanischen Recht aus deutscher Perspektive*, in *FS-Nishihara*, Eser (Hrsg.), Baden Baden 1998, 41 s., 55. El art. 36 Cp de japon vigente dispone: «No es punible una acción que es inevitable para defender un derecho propio o ajeno contra la inminente amenaza de un daño injusto. Si la acción es realizada superando los límites de la defensa la punibilidad puede ser disminuida o excluida según las circunstancias».

14 El contraste es entre Japón y el sistema penal coreano (del sur), en el cual la punibilidad por legítima defensa depende de la adecuación de la acción defensiva, cláusula objetivamente parecida a la de la «proporción», por lo menos en la interpretación proporcionada por la jurisprudencia y la doctrina: cfr. IL-SU KIM, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand und Pflichtenkollisionen)*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, cit. nt.13, 122 s.

15 Los dos nuevos párrafos añadidos al artículo 52 CPI tienen el siguiente texto:

con la fórmula novedosa de «derecho de autotutela en el domicilio particular»<sup>16</sup>.

La reforma no ha alterado ninguno de las tres requisitos fundamentales de la legítima defensa (es decir: la actualidad del peligro de una agresión injusta; la necesidad de la defensa; la proporción entre defensa y agresión amenazada). El nuevo párrafo 2 del artículo 52 prevé que, en los casos de allanamiento de morada privada tipificado con arreglo al art. 614 o en el nuevo párrafo 3 del art. 52, allanamiento de los locales en los que se ejerce una actividad comercial, profesional o empresarial, las acciones dirigidas a defenderse a sí mismo o a otros de agresiones a la incolumidad personal o a la integridad patrimonial se presumen proporcionadas cuando concurren estos cuatro requisitos:

- en cuanto al *lugar*, es preciso que la acción defensiva se cometa en el interior del domicilio del agredido (o en los locales equiparados);
- en cuanto al *sujeto*, que se defiende, tiene que encontrarse legítimamente en uno de los lugares indicados;
- en cuanto a los *medios utilizados*, tiene que tratarse de un arma u otro medio idóneo que se posea legítimamente

– en cuanto a los *bienes* que se apunta a defender, puede tratarse de la integridad personal, o incluso sólo de bienes patrimoniales, pero en este segundo caso, bajo la doble ulterior condición que no haya desistimiento y que subsista un peligro de agresión.

Como puede apreciarse, se ha intervenido precisamente en la proporcionalidad entre la acción defensiva y el peligro de la agresión, es decir, sobre el elemento de la legítima defensa, que como hemos señalado al comienzo, no sólo representa un punto de contacto entre todos los ordenamientos, más allá incluso del tenor literal posible, sino que sobre todo subraya de manera evidente la necesidad de equilibrio entre los intereses personales en conflicto que se expresan de manera especialmente nítida en la legítima defensa, hasta el punto de que esta figura constituye el arquetipo de las causas de justificación<sup>17</sup>. Si ello, lejos de reducir la legítima defensa a instituto «sin historia»<sup>18</sup>, le otorga más bien valor a ser «índice de las actitudes políticas de fondo» para todo ordenamiento jurídico<sup>19</sup>, se comprende que las motivaciones declaradamente político-criminales de la reforma italiana —aumentar las defensas de los

---

«En los casos previstos por el artículo 614, primero y segundo párrafo, existe relación de proporción descrita en el primer párrafo del presente artículo si alguien legítimamente presente en uno de los lugares ahí mencionados utiliza una arma poseída legítimamente u otro medio idóneo con la finalidad de defender: a) la incolumidad propia o ajena; b) los bienes propios o ajenos, cuando no haya desistimiento y existe peligro de agresión.

La norma del segundo párrafo se aplica también en el caso en el cual el hecho haya tenido lugar en el interior de cualquier otro lugar en el que se ejerza una actividad comercial, profesional o empresarial».

16 Se trata de una elección terminológica equivocada bajo diversos puntos de vista: sistemático, porque la referencia al derecho de autotutela podría inducir a relacionar las condiciones de su ejercicio al artículo 51 c.p.; semántico, porque el ámbito territorial en el cual puede obrar es extendido por el tercer párrafo a lugares que no son propiamente un domicilio particular (incluso olvidando el uso anglófono que se atribuye al adjetivo que precede el sustantivo); dogmático en cuanto los contenidos hacen referencia no a la sola autotutela sino también a la tutela de bienes ajeno. También la correspondiente fórmula angloamericana (*self-defence*) es criticada porque olvida la posibilidad de intervención a favor de otros sujetos en peligro: cfr. SANGERO, *Self-defence in criminal law*, Oxford 2006, 1 nt. 1. Se libra, en cambio de inconvenientes parecidos, el término alemán (defensa de necesidad) que abarca la defensa tanto propia como ajena.

Las mencionadas incertidumbres terminológicas se reproducen en los rotulos utilizados por la doctrina italiana para indicar las figuras que se examinan: legítima defensa «especial» (*Mantovani, Pulitanò*), «domiciliar» «desproporcionada» o «alargada» (*Cadoppi*), «territorial» (*Paliero*) y de todas formas «nueva» (así, p.e. *Viganò*).

17 Debido a la frecuente afirmación de acuerdo con la cual la legítima defensa representa el ejemplo más unívoco y de fácil aplicación en las causas de justificación cfr. p.e. LENCKNER, GA 1985, 307; ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, V ed., Oxford 2006, 135.

18 La imagen es antigua (GEIB, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig 1862 [rist. 1996], II, 228), y ha tenido éxito. Pero ya FRANZ VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, X Aufl. Berlin 1900, 122, a la hora de utilizarla, añadía la referencia a la relevante evolución de la legítima defensa. La observación con apoyo en la cual ya no es posible compartir el tradicional acuerdo respecto del significado, alcance y consecuencias de la legítima defensa (MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT-1*, VIII ed., Heidelberg 1992, 353), lleva a veces hasta denunciar una «crisis» de la misma (así BOCKELMANN, *Menschenrechtskonvention und Notwehr*, in *FS-Engisch*, Frankfurt a. M. 1969, 456; y ya SCHAFFSTEIN, *MDR* 1952, 133).

19 Cfr. F.C. SCHROEDER, *Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen*, in *Maurach-FS*, Karlsruhe 1972, 127 s. Influuyen también evaluaciones de psicología colectiva (KUNZ, *Der Umfang der Notwehrbefugnis in vergleichender Betrachtung*, in *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Jenni/Kälin [Hrsg.], Bern 1988, 161), de ética pública (p.e. SCHÜNEMANN, GA 1985, 367) y más en general de estructura social y de actitudes de los ciudadanos hacia la Justicia (ASHWORTH, *Cambr. L.J.* 1975, 291 s.).

ciudadanos frente a las agresiones criminales<sup>20</sup>— no sólo se hacen eco de temas que están sobre la mesa también en otros países<sup>21</sup>, sino que, en particular, confirman el ulterior significado que asume la vicisitud respecto de la relación entre el cuadro dogmático y las exigencias político-criminales, es decir, el segundo de los temas tratados en el escenario introductorio.

A este propósito, parece significativo que la proyección de los posibles efectos de la nueva figura sobre los valores tutelados —en especial, en los casos en los que entra en juego la vida humana—, han suscitado en la doctrina penalista italiana una desconfianza de fondo hacia la nueva norma<sup>22</sup>. Desconfianza que se detecta incluso en posturas interpretativas muy diferentes entre ellas, y hasta absolutamente opuestas, sobre una norma problemática tanto en la sistemática de sus relaciones con las demás causas de justificación —y, en particular, con la madre de todas, es decir justamente la legítima defensa— como a la hora de determinar su real contenido. Así, a ha sido juzgada a la vez, de reforma sustancialmente inútil y poco novedosa que resulta sustancialmente inútil<sup>23</sup> y de reforma revolucionaria que subvierte el propio marco constitucional y, por tanto, que tiene que remitirse al juez de las leyes para que la censure<sup>24</sup>.

Las diversas interpretaciones planteadas llevan todas a una compartida reafirmación de la justificación clásica de la legítima defensa como solución del conflicto entre posiciones involucradas, en las que el particular puede valerse de la autotutela, toda vez que el aparato predispuerto para la tutela pública de los bienes jurí-

dicos haya demostrado sus propios límites de eficacia preventiva. En este marco problemático, pretendo seguidamente examinar una doble cuestión, de naturaleza esencialmente interpretativa pero útil para verificar hasta qué punto el cuadro dogmático puede representar un contrapeso frente las exigencias político-criminales: el primer problema concierne a la autonomía o menos de la nueva eximente respecto de la legítima defensa o si más bien la primera representa una especificación en un determinado contexto espacial y modal de la segunda. En segundo lugar, se trata de individualizar los contenidos de la autotutela, precisando los casos que pueden subsumirse en la nueva norma y, (relacionado con lo anterior) comprobar su compatibilidad con el marco constitucional.

### III. Relaciones: «vieja» y «nueva» legítima defensa entre especialidad, autonomía y complementariedad

Las relaciones entre autotutela y legítima defensa no tienen un significado meramente sistemático sino que condicionan —y, a su vez, son condicionados por— los requisitos de operatividad de la nueva figura con el consiguiente espectro de licitud que ella delinea. Si — como se ha planteado correctamente<sup>25</sup>—, la eximente, además de nueva, fuera también distinta y autónoma de la legítima defensa, sus requisitos deberían entenderse definidos exclusivamente por la norma sobre autotutela. De este modo, las relaciones entre esta figura y las demás causas de justificación se caracterizarían por el hecho de que los respectivos espectros de licitud serían el fruto no de una interpretación sistemática, sino

20 Para una atenta revisión de dichas finalidades en las labores preparatorias, cfr. VIGANÒ, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (en adelante *RIDPP*) 2006, 191 s.; y, más en general sobre los objetivos de una reforma de la legítima defensa en Italia ID., *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, in *Studi Marinucci*, cit. nt. 11, 2001 s., 2024 s. La excesiva simplificación de las capacidades político-criminales que se atribuyen a la nueva norma es denunciada también por FLORA, *RIDPP* 2006, 463. Véase también MANTOVANI, *RIDPP* 2006, 433; y, por último, F. SIRACUSANO, *Indice penale* (di seguito *IP*) 2008, 48.

21 Mientras que en Italia se preparaba la reforma del citado texto, en Inglaterra, después de un caso que había despertado gran atención (un agricultor de Norfolk en el año 1999 había disparado a dos jóvenes ladrones entrados en su aislada vivienda), una campaña de prensa solicitaba una ley que garantizara a quien dispara contra un ladrón entrado en la vivienda: por ejemplo, la BBC había lanzado una encuesta pública (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/3360765.stm>). Sobre la actitud de los medios ingleses, cfr. JEFFERSON, *Journal of Criminal Law*, 2005, 405, quien comenta de forma crítica también las líneas de la Fiscalía (*Crown Prosecution Service*) que tenía la finalidad de tranquilizar a los propietarios acerca de la posibilidad de defenderse en dichas situaciones.

22 Una atención crítica hacia las propuestas avanzadas procedía también de Inglaterra, en donde, como ya se ha dicho, se había producido un debate paralelo: cfr. SKINNER, *Crim. Law Rev.* 2005, 405.

23 FIANDACA/ MUSCO, *Diritto penale*. PG, IV ed., Bologna 2006, 887 s. También minimizan el alcance innovador de la nueva norma CADOPPI, en *Diritto penale e processo* (di seguito *DPP*) 2006, 439 s.; PULITANO, *Diritto penale*, II ed., Torino 2007, 291, PAGLIARO, *Il reato*, Milano 2007, 277.

24 PALIERO, *Legislazione Penale* (di seguito *LP*) 2006, 569 s. Y DOLCINI, *DPP* 2006, 433. También expresa dudas acerca de la diferenciación de la proporción según el carácter cerrado o abierto de los lugares de la agresión FIANDACA/ MUSCO, cit. nt. 23, 889.

25 Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Milano 2008, 164; PALIERO, *LP* 2006, 572 s.; véase también GARGANI, *Studium juris*, 2006, 965 s. y ID., *Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa?*, en *La riforma della legittima difesa e della recidiva fra teoria e prassi*, Vaglio (cur.), Pisa 2008, 19 s., 28 s.

al contrario de una especie de «construcción separada» de los respectivos preceptos.

No obstante, considero preferible la lectura mayoritaria de las relaciones entre la norma de autotutela y el texto tradicional de la causa de justificación, según la cual la reforma del 2006 sólo ha modificado el requisito de proporcionalidad. Este lectura tiene como consecuencia más importante que la licitud del comportamiento realizado en presencia de los elementos descritos en el segundo y en el tercer párrafo del art. 52, no excluye la exigencia de comprobar la presencia de los demás requisitos previstos por el primer párrafo para la «vieja» legítima defensa<sup>26</sup>. Si se tiene en cuenta la formulación definitiva de la norma, la lectura «autonomista» de la autotutela no convence del todo, por diversas razones.

A quienes, para negar la existencia de un «enlace» entre legítima defensa y autotutela, han argumentado que la remisión expresa «a los casos contemplados en el primer párrafo del artículo 52» contenida en la primera parte del nuevo precepto tiene un valor hermenéutico limitado, se puede oponer que dicho inciso adquiere un significado sólo si lee la nueva norma en su totalidad y si, en particular, se considera no tanto lo que la norma dice, sino lo que la misma calla. El nuevo texto, en efecto, en ningún lugar establece que, si están presentes todas las condiciones previstas, las conductas dejan de ser punibles. Esta consecuencia únicamente puede asegurarse si a las situaciones descritas por el nuevo precepto (es decir, «los casos previstos por el art. 614 primero y segundo párrafo»), se enlazan con la regla operacional expresamente prevista para la legítima defensa y que prevé la no punibilidad en presencia de una serie de condiciones, de las que sólo una resulta redefinida por la nueva figura. La consecuencia necesaria de lo anterior es que, por lo menos en un punto, el nexo entre legítima defensa vieja y nueva parece innegable: justamente en relación con la regla operacional de la no punibilidad.

En este sentido, resulta todavía menos concluyente el único posible argumento literal en favor de la autonomía entre las dos figuras. Se trata de la rúbrica «Derecho a la autotutela en el domicilio particular», que podría hacer pensar en una fuente de licitud distinta de la legítima defensa. Ahora bien, si así fuera, en primer lugar, habría que interrogarse acerca de la existencia de una diversa relación de especialidad con el ejercicio de un derecho. Por otra parte, hay que subrayar que aquella rúbrica es sólo un residuo del *disegno di legge* originario (S. 1899, presentado en el Senado el 20 de diciembre de 2002): en ese texto, esta rúbrica resultaba prevista para un nuevo art. 52bis, que se caracterizaba por la plena autonomía de los requisitos previstos para reconocer la nueva legítima defensa en el domicilio particular<sup>27</sup>. El *iter* legislativo, sin embargo, condujo a la elección de una diversa técnica legislativa, con la elección de colocar la novedad en el interior del propio art. 52, añadiendo a ello dos nuevos párrafos. En este mismo sentido, obsérvese que la propia ley n. 59/2006 es titulada «modificación del art. 52 del Código penal en materia de derecho a la autotutela en un domicilio particular». A la luz del desplazamiento desde el exterior al interior de la norma sobre legítima defensa, la referencia inicial a los casos previstos por el primer párrafo, parece representar argumento suficiente para justificar la subsistencia del requisito de la proporción. O, por lo menos, la consideración parece más concluyente de la que hace hincapié en la rúbrica (contenida sólo en la ley de reforma y no transpuesta en el código penal en el cual —se insiste— sólo se han añadido dos párrafos al artículo 52).

No parece casual que el argumento más fuerte esgrimido por quienes consideran autónomos los dos supuestos, no es de carácter literal, sino que se deduce de las relaciones estructurales entre la nueva eximente y la legítima defensa. Se observa, en particular que si de verdad ellas estuvieran en una relación de especialidad, los casos ahora indicados en el nuevo supuesto justifi-

26 Cfr. CADOPPI, *DPP* 2006, 436 s.; SEMERARO, en *Cassazione penale* (di seguito *CP*) 2006, 846; GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa*, en *La legislazione penale compulsiva*, Insolera (cur.), Padova, 2006, 75 s.; VIGANÒ, *RIDPP* 2006, 203; MILITELLO, *RIDPP* 2006, 826 s.; PALAZZO, *Diritto penale*, III ed., Torino 2008, 407; PULITANÒ, cit. nt. 23, 12, 287 s.; FORMICA, *La legittima difesa domiciliare dei coniugi Summer*, en *Casi criminali. Penalisti al cinema*, Acquaroli (cur.), Macerata 2007, 85; GIOV. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino 2008, 295; F. SIRACUSANO, *IP* 2008, 73.

27 En la versión original del *disegno di legge* S. 1899, un único artículo rubricado «*Diritto all'autotutela in un privato domicilio*», disponía: «1. Después del artículo 52 del código penal se inserta el siguiente: Art. 52-bis. (*Dierecho a la autotuela en un domicilio particular*) - A la hora de contrastar una violación de domicilio que tenga la finalidad de cometer otros delitos, será, en todo caso, legítima defensa la conducta de quien: a) viendo amenazada la incolumidad propia o ajena, utiliza una arma legalmente tenida o cualquier otro medio idóneo para disuadir o convertir en seguramente inofensivo al agresos; b) viendo amenazados bienes propios o ajenos y constatada la ineficacia de toda otra invitación a desistir de la acción criminal, para bloquearla, utiliza cualquier medio idóneo o una arma legalmente tenida, apuntando a las partes no vitales de quien persiste en la amenaza».

cado ya se habrían calificado como lícitos en virtud de la norma general sobre legítima defensa, lo que convertiría en superflua la innovación.

Sin embargo, no puede negarse que la referencia al principio hermenéutico de conservación de las normas puede parecer demasiado formal a los ojos de quien, en cambio, en una óptica teleológica, enlaza la legítima defensa tradicional con la nueva figura, con el fin de reducir el alcance innovador y así evitar lecturas de ella en conflicto con la jerarquía de valores recibida por el ordenamiento italiano<sup>28</sup>.

El punto débil de la mencionada referencia a las relaciones estructurales entre las dos normas, parece ser, de todas formas, otro: se ha observado que la construcción de la nueva figura ha tenido en cuenta la exigencia de simplificación procesal de los presupuestos de la legítima defensa. Incluso considerando que la nueva figura comprenda también casos que no puede calificarse como legítima defensa de acuerdo a su concepción tradicional, lo que en efecto sería suficiente para negar la existencia de una relación de especialidad, no puede deducirse automáticamente que la nueva norma, en todos los demás casos, es superflua, puesto que ésta puede tener una *ratio* autónoma, que consiste justo en la introducción de una simplificación procesal de los presupuestos de licitud en las situaciones especificadas en ella.

El conjunto de funciones sustantivas y procesales de la nueva norma proporciona entonces un dato con un valor más amplio: la búsqueda de una relación de especialidad entre las dos figuras adolece de la necesaria homogeneidad —no sólo lógica sino también funcional— de las dos normas que respectivamente las prevén. En efecto, más allá de la intención recurrente en los trabajos preparatorios para crear nuevos espacios de

licitud en las situaciones de ingreso abusivo en el domicilio y en los establecimientos comerciales y, por ende, de configurar una regla de conducta ulterior y más amplia de la definida por la legítima defensa, la formulación final de la norma sobre autotutela establece una forma que se limita a indicar las condiciones para considerar existente uno de los requisitos de la legítima defensa, esto es, la proporción, sin que ello por sí sólo determine la licitud del comportamiento.

Por consiguiente, la nueva norma configura esencialmente una regla de juicio, antes que una regla de conducta<sup>29</sup>, por el contrario la legítima defensa, fija reglas de conducta, definiendo todas las condiciones para declarar no punible una conducta que lesiona un bien jurídico penalmente protegido. En otras palabras, la licitud de una conducta está en la norma sobre legítima defensa y el ciudadano puede directamente referirse a ella para decidir cómo actuar; la norma sobre autotutela, en cambio, define, en primer lugar, un parámetro para evaluar la proporción, sin que dicho requisito asegure todavía al ciudadano que su conducta es lícita, debiendo substituir los ulteriores requisitos previstos en el primer párrafo del art. 52.

Una prueba de la diferencia entre las dos normas puede deducirse del recurso a un instrumento lógico ya utilizado en la parte de este trabajo en donde tratamos las relaciones entre normas, es decir, la eliminación mental de las normas: así es posible darse cuenta que, si la norma sobre legítima defensa no existiera, el precepto sobre autotutela no tendría ninguna capacidad para indicar la licitud de comportamientos en ello descritos; en cambio, si faltara la nueva norma, no resultaría menoscabada la operatividad de la legítima defensa «tradicional».

28 Cfr. el esfuerzo de una interpretación «razonable» de la nueva norma propuesto por CADOPPI, *DPP* 2006, 436. Conf. F. SIRACUSANO, *IP* 2008, 87 e nt. 347; 88-89. Al contrario, los que defienden la inconstitucionalidad de la presunción toman distancias de lecturas minimalistas de la reforma: cfr. DOLCINI, *DPP* 2006, 432 s.

29 Subraya el enlace entre momento sustantivo y procesal de la nueva norma también S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli 2007, 169 s. Cfr. además F. SIRACUSANO, *IP* 2008, 93, quien también reconoce a la nueva norma la naturaleza de regla de juicio, si bien considere la proporción *ex lege* una «verdad interinal» del juez, más que una presunción. Por otra parte, no convence el argumento a favor de dicha conclusión, es decir, que para la proporción es siempre necesaria una «integración probatoria» con la finalidad de «concretar (...) el peligro de la ofensa injusta y la necesidad de defensa». Es verdad, en efecto, que la presencia de estos dos requisitos tiene que comprobarse siempre, pero, a la luz de cuanto observado en precedencia (y compartido por el mismo autor *ivi*, 73), es consecuencia de la relación de complementariedad que existe entre la autotutela y la defensa legítima y nada tiene que ver con la posibilidad o menos de demostrar —o presumir— el tercero y distinto requisito de la proporción. Más en general, no parece que la noción de verdad interinal se preste a cualificar la naturaleza de presunciones legales (como la de la norma que se examina), sino más bien sirve para explicar la derogación del deber de prueba en situaciones en las cuales el juez considera verdades «lo que es conforme al curso natural de las cosas» (así BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale* [1938], en *Scritti giuridici*, Padova 1966, 343), lo cual hace excesivo admitir la relación entre el allanamiento de morada y las lesiones de bienes como la incolumidad física.

Si bien la distinción entre «reglas de conducta» y «reglas de juicio» no es ni mucho menos pacífica<sup>30</sup>, parece determinante que una regla de conducta tiene que ser capaz de orientar autónomamente las elecciones de los ciudadanos y sólo sobre esta base proporcionar parámetros para quien tiene que juzgar sus consecuencias; en cambio, la regla de juicio mantiene su significado incluso cuando no existe un significado preceptivo directo para los ciudadanos, este tipo de reglas se dirige, en primer lugar, al enjuiciamiento de los comportamientos, en un juicio que puede resultar de la integración de una pluralidad de fuentes. Esta última operación requiere un conocimiento de las técnicas de interpretación jurídica y, por lo tanto, una capacidad no exigible al ciudadano «lego»<sup>31</sup>.

Resumiendo, la autotutela, en tanto en cuanto resulta construida como regla para presumir la presencia de un elemento de la legítima defensa, constituye un criterio de juicio, de por sí, insuficiente para afirmar la licitud o menos de un comportamiento cualquiera sin la referencia a las ulteriores normas de conducta que concurren a calificarlo, con particular respecto a aquella sobre legítima defensa. Se comprende así que la inexistencia de una relación de especialidad entre las dos normas no implica que ellas sean necesariamente autónomas y distintas: al contrario, el nexo entre los dos preceptos se halla en la misma configuración textual de la autotutela, en la que la referencia a los casos indicados en el primer párrafo se acompaña con la previsión de una serie de requisitos de la conducta no para establecer directamente la no punibilidad, sino para considerar presente uno de los requisitos previstos por el primer párrafo respecto de la legítima defensa tradicional.

La solución propuesta encuentra un argumento más cuando se repara en que si —por hipótesis— en la legítima defensa se eliminara mentalmente uno de los requisitos diversos de la proporción, la licitud, en los casos de autotutela, se modificaría consecuentemente: piénsese, por ejemplo, en las consecuencias de la

eliminación de la estructura de la legítima defensa de requisitos como la actualidad del peligro o la necesidad de defensa, o incluso de la injusticia de la agresión. Y bien, en cada uno de estos casos, las situaciones a resolverse con arreglo a la nueva norma sobre autotutela, se librarían de la obligación para el juez de comprobar la presencia respectivamente de una situación de peligro que no pueda ser contrastada esperando la intervención del sistema de pública seguridad, o de la existencias de alternativas menos invasivas sobre la posición ajena o, en fin, que el peligro hacia los bienes no tenga justificación (piénsese en un intruso que ponga una escalera para alcanzar a su propio hijo que se halla en peligro de caerse de un tejado).

Quien afirma, en cambio, la autonomía de la autotutela debería o bien negar sus propias premisas afirmando por ejemplo que el peligro actual tiene que existir de todas las maneras en la eximente que se estudia en cuanto ella «representa, no obstante, una forma de “autotutela” privada»<sup>32</sup>, o bien radicalizar la distancia entre la nueva figura y el marco tradicional, negando que los requisitos de la legítima defensa descritos en el art. 52 en su fórmula originaria se extiendan a la nueva figura.

En el primer caso, sin embargo, se termina admitiendo que los parámetros reconocidos en una norma que no los prevé proceden justamente del *genus* de la legítima defensa. En el segundo caso, dicha interpretación extensiva de una norma difícilmente compatible con la jerarquía de valores del ordenamiento no sólo no encuentra apoyo ninguno en la jurisprudencia que, sobre este punto, se está imponiendo y que sigue caminos interpretativos que reducen el alcance de la nueva norma<sup>33</sup>, sino que tampoco consigue «hacer explotar las contradicciones» que la nueva norma introduce en el sistema, afirmando que la única forma de remediarlas sería un juicio de ilegitimidad constitucional<sup>34</sup>. A parte que, por el juego entre eliminación de la no punibilidad y consiguiente reexpansión de la punibilidad, un juicio de inconstitucionalidad implicaría una especie de obli-

30 En el ambiente norteamericano, en donde la distinción ha sido analizada, cfr. DAN-COHEN, *Harvard L. Rev.* 1984, 625 s.; FLETCHER, *Criminal Justice Ethics* 1984, 18; ROBINSON, *Chicago L. Rev.* 1990, 729; BERMAN, *Duke L. Jour.*, 2003, 32 s. Acerca de las relaciones entre la distinción de la que se habla y el más antiguo debate europeo sobre la naturaleza de la norma penal y sobre sus destinatarios, cfr. ESER, *Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht*, in *FS-Lenckner*, Eser ed. al.(Hrsg.), München 1998, 32 s.

31 Que las reglas de juicio tengan que ser formuladas de tal manera que comuniquen directamente el mensaje dirigido al ciudadano y que por tanto tengan que ser unívocas, sintéticas y formuladas sobre la base de criterios generales es defendido por ROBINSON, *Chicago L. Rev.* 1990, 759 s. Cfr. también ESER, cit. nt. 30, 38 s.

32 Así PADOVANI, cit. nt. 25, 164.

33 Cfr. Cass., sez.I, 8.3.2007 n. 16677, in CED Rv. 236502; Ass. Palermo, sez.II, 20 aprile 2007, inédita.

34 Esta la opinión de PALIERO, *LP* 2006,584. Debe observarse, por otra parte, que al día de hoy no existe ningún auto en el que se transmite la cuestión a la alla Corte Costituzionale alegando manifiesta ilegitimidad de la nueva legítima defensa.

gación constitucional de repenalizar<sup>35</sup>, dicha eventualidad dejaría a un lado aquellas exigencias de facilitación procesal que han representado uno de los motivos de la reforma y que, si se abandonan excesos simplificados, no parecen deban ser del todo preteridas.

A la luz de los diversos argumentos desarrollados en contra de la tesis de la autonomía entre la legítima defensa y la autotutela —y aun reconociendo que ella ha llamado la atención sobre la falta de especialidad en sentido propio entre ellas, relacionada con la respectiva diversidad de funciones y naturaleza— queda de todas formas posible configurar una diversa relación entre las dos normas, que podría definirse de recíproca complementariedad. Dicha relación asume relevancia particular de cara a los requisitos distintos de la proporción, que deberán ser comprobados incluso respecto de las situaciones de legítima defensa en el interior del domicilio privado y de los lugares equiparados.

La complementariedad adquiere relevancia en un doble sentido: *in primis*, incluso en presencia de los requisitos descritos en los nuevos párrafos 2 y 3 del art. 52 (p.e. allanamiento de domicilio) y con independencia de la proporción (requisito del cual no se requiere la comprobación, siendo su subsistencia pre-fijada por la innovación normativa), la figura tradicional descrita por el art. 52 párrafo 1 debe seguir considerándose necesariamente por todos sus demás elementos, confirmando así su propia naturaleza de norma-base o principal en todas las situaciones de defensa privada de agresiones ajenas. Al contrario, la eventual ausencia de requisitos propios de la autotutela (p.e. la legitimidad en el título con apoyo en el cual se posee el arma empleada para defenderse), elimina la presunción de proporción, pero no excluye que la licitud pueda resultar de la aplicación de la legítima defensa prevista por el primer párrafo.

Esta relación de complementariedad entre las dos normas no aclara, por otra parte, si ellas tienen o no un diverso espectro de licitud: en particular, se trata

de comprobar si en verdad la autotutela es suficiente para calificar como legítima toda reacción defensiva de quien sufre un allanamiento domiciliario, incluso cuando ello no entrañe un peligro para la vida o la incolumidad personal de sus ocupantes. Un resultado parecido, representaría una significativa variación del actual perímetro de la legítima defensa, que —aunque no desconocido por otros ordenamientos<sup>36</sup>— por lo menos en Italia resultaría incompatible con el entramado constitucional de valores penalmente tutelados<sup>37</sup>. Es a este elemento crucial al que ahora resulta preciso dirigir la atención, a partir de la consideración de las razones que están a la base de las dos hipótesis defensivas, con la finalidad de plantear una interpretación conjunta de sus respectivos requisitos, que tenga en cuenta también su concreta aplicación.

#### IV. Constantes: las razones de la nueva norma y sus límites

Si de las relaciones entre las diversas normas sobre legítima defensa nos desplazamos a la búsqueda de las razones sustanciales que fundamentan la nueva norma en su formulación final, el conjunto de perfiles y funciones sustantivas y procesales antes traído a colación para individualizar la naturaleza de la regla de juicio, evidencia un aspecto ulterior, esta vez con valor sustantivo. La opción normativa elegida de presumir proporcionada la reacción defensiva a partir de una determinada situación de ilicitud —el allanamiento de domicilio *ex art.* 614 párrafos 1 e 2— atribuye a las relativas conductas típicas, aunque al sólo fin de evaluar la reacción defensiva, un valor ofensivo ulterior respecto al desvalor originario y específico de estos delitos.

En particular, a la luz y en el contexto de la nueva formulación del art. 52, la intrusión o el permanecer de forma indebida en el domicilio ajeno (incluso cuando se produce «en cualquier otro lugar en el que se ejerza

35 Señala la dificultad el mismo PALIERO, *LP* 2006, 570.

36 En la doctrina anglo-americana de la defensa del domicilio (*defence of premises*), que legitima el uso de la fuerza incluso mortal para defenderse de una intrusión en el domicilio, aunque falte la prueba de que el autor del allanamiento haya creado un peligro para la vida o la incolumidad personal de los ocupantes: cfr. GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 10 s. quien describe los ámbitos de aplicación de la *self-defense* e della *defence of premises* como dos conjuntos que tienen puntos en común.

37 Se trata de una conclusión que ya ha tenido cierta eco en la propia jurisprudencia: p.e. Cass. 10.11.2004, *CP* 2006, 2176 observa que «el requisito de la proporción falta de todas formas en el caso de conflicto entre bienes diversos, toda vez que la consistencia del interés lesionado (la vida o la incolumidad de la persona) resulte mucho más relevante, en el plano de la jerarquía de los valores constitucionales, del defendido (el patrimonio)».

De forma análoga, en el debate en lengua inglesa, se reafirma que la vida humana siempre tiene un valor mayor que la propiedad, LEVERICK, *Killing in self-defence*, Cambridge 2006, 135.

una actividad comercial, profesional o empresarial»: art. 52 párrafo 3), asumen relevancia como índices factuales para afirmar la proporción con la defensa de aquellos que se encuentran legítimamente en dichos lugares. En dichas situaciones, la agresión que determina la reacción defensiva no agota su significado en el allanamiento del domicilio, sino que se asume como expresión de la peligrosidad hacia algunos bienes ulteriores de los legítimos ocupantes del domicilio y de los lugares equiparados. Sólo con apoyo en dicho supuesto es posible reconocer a los sujetos mencionados la posibilidad de defenderse de la agresión, utilizando armas legítimamente poseídas u otro medio idóneo para lesionar bienes relevantes, incluso más relevantes que la mera inviolabilidad del domicilio. Puesto que el juicio de peligrosidad de la intrusión no es fruto de un resultado probatorio concreto, sino que es asumido por el legislador en vía general y abstracta, la nueva legítima defensa —si bien sólo para evaluar la licitud de la situación— reconfigura el ilícito previsto por el art. 614 en términos pluriobjetivos y comprensivos incluso de una situación de peligro abstracto, en pocas palabras la presunción de proporción de la defensa se basa sobre una peligrosidad presunta atribuida a las conductas tipificadas en el art. 614 c.p. de cara a ulteriores bienes.

Sin embargo, la posibilidad de deducir de una determinada situación exterior una conclusión normativamente relevante a través de una presunción no puede ser válida de forma incondicional, sino que depende siempre de su correspondencia con «criterios racionales y de experiencia»<sup>38</sup>. Para no prejuzgar *a priori* la verosimilitud de dicha presunción de peligrosidad, ella no podía referirse a un abanico demasiado amplio de ofensas (ulteriores respecto de la del allanamiento de domicilio): si, en efecto, se hubiera considerado la ofensa dirigida a un bien cualquiera, la conducta de base no habría podido obrar como índice de una peligrosidad, porque sin una referencia selectiva a la tipología de los bienes definidos, se pierde la posibilidad

de considerar la probabilidad de un daño conexo a un determinado supuesto de hecho. De no ser así, aquella presunción de peligrosidad se convertiría en una forma subrepticia de *versari in re illicita*, puesto que, una vez realizado el allanamiento ilícito, al sujeto se le podría imputar cualquier consecuencia lesiva que derivara de la reacción defensiva.

Esta impostación resulta inaceptable: no sólo porque en general ella sería sostenible sólo en el marco de una ya desacreditada concepción sancionadora de la legítima defensa<sup>39</sup>, sino también porque ella resulta incompatible con la elección obrada por el legislador de 2006. En la nueva figura, la presunción de peligrosidad de la conducta de allanamiento o permanencia abusiva en un lugar ajeno se construye en términos, de alguna manera, selectivos, en cuanto la norma se limita a específicas categorías de bienes: en especial, el segundo párrafo ahora introducido en el artículo 52 la relaciona, por un lado, con la «incolumidad» y por otra parte, con los «bienes». Si para la primera puede considerarse que la relación de peligrosidad en los casos contemplados por la norma no desaparece frente a bienes como la libertad personal y sexual, que, por lo tanto, pueden considerarse incluidos en la noción de incolumidad de la letra A del párrafo 2, la referencia sucesiva de la letra B ha de ser entendida de forma restrictiva como referida sólo a los bienes patrimoniales<sup>40</sup> y no como comprensiva de todo los demás bienes, diversos de aquellos contemplados por el caso anterior<sup>41</sup>.

A través de esta implícita referencia a la peligrosidad de la ofensa de base (el allanamiento de domicilio) respecto de un abanico de ulteriores bienes selectivamente individualizados, la solución adoptada no abandona el requisito de la proporción ni desde un punto de vista lexical (al revés es mencionado expresamente) ni desde el punto de vista de los valores de referencias, en cuando predetermina el ámbito de los bienes en peligro a los cuales hay que proporcionar defensa. Por tanto, no obstante los ataques a la proporción llevados a cabo

38 Se trata de una exigencia general para las presunciones legales: p.e. HENKEL, *Die «presumptio doli» im Strafrecht*, in *FS-Eb. Schmidt*, Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Göttingen 1961, 579.

39 Concepción que ya no tiene muchos teóricos que la defiendan (SANGERO, cit. nt. 16, 82 s.; para algunas referencias, sin embargo, WÖSSNER, *Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA*, Berlin 2006, 38), pero que no resulta ajena a la representación colectiva de las situaciones que provocan formas de reacciones privadas: p.e. Para el caso cfr. FLETCHER, *A Crime of Self Defense. Bernhard Goetz and the Law of the Trial*, Chicago 1988, 19; en Italia, por el mismo caso, SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova 2003, 196 s.

40 Dicha restricción del término bienes es común: cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. P.G.*, V ed. Padova, 2007, 256; VIGANÒ, *Commentario al CP*, Marinucci/Dolcini (cur.), II ed., Milano 2006, sub art. 52 n. 83.

41 En sentido contrario, en cambio, PADOVANI, cit. nt. 25, 165, quien no sólo incluye la libertad moral en la primera categoría, sino que considera la segunda comprensiva de todo residuo interés jurídicamente tutelado.

durante las labores preparatorias, la contribución que añade dicho requisito de cara a una conciliación equitativa del conflicto entre ofensa y defensa constituye un elemento demasiado arraigado para ser eliminado de golpe con un poco de detergente formal: confirma nuevamente el carácter ilusorio de la idea de que el legislador tan sólo con añadir o quitar unas letras pueda cancelar la esencia del instituto. Además, como se ha dicho al principio, justamente la proporción, aunque con formas diversas, asume un papel en la legítima defensa en ordenamientos muy diversos entre ellos, tanto de *common law* quanto como de *civil law*, y, de todas maneras, está presente (aunque en términos más matizados) incluso en sistemas penales que lo desconocen a un nivel de texto legal<sup>42</sup>.

La variedad de perfiles y términos de relevancia que la proporción asume en los distintos ordenamientos hace que, en abstracto, sea posible un aumento de atención y, de todas maneras, una específica consideración de la situación defensiva de quien sufre un ataque al interior de su propia esfera doméstica o de actividad empresarial. Por otra parte, la especificación de dichos contextos operativos de la defensa privada no ha incidido ni sobre su fundamental encuadramiento, en el código de 1930, como instituto de parte general, y, con ello, sobre su potencialidad aplicativa a un abanico no predeterminado de situaciones defensivas, ni sobre su compatibilidad con una construcción de la eximente en términos de equilibrio de los intereses en conflicto, y, por ende, con la exigencia de considerar a los dos sujetos del incidente (p.e. la limitación a

las solas armas legítimamente poseídas indica que las facultades reconocidas al agredido no son absolutas). Más bien, la especificación de particulares contextos respecto de los cuales el requisito de la proporción es predeterminado en abstracto representa un intento de poner freno a interpretaciones demasiado restrictivas (como aquellas que se apoyan sobre una rígida referencia a un único índice, aunque sea el de los bienes en juego) de un parámetro, como lo es la proporción, que ha de entenderse en cambio en términos multifactoriales y deducibles del conjunto de las situaciones, respectivamente ofensiva y defensiva, que chocan en concreto<sup>43</sup>.

En este sentido, en el marco de la legítima defensa, una referencia expresa a situaciones, de alguna manera, análogas a las ahora disciplinadas en Italia por el art. 52 párrafos 2 y 3 se encuentra en sistemas penales incluso muy diferentes: en el contexto europeo, por ejemplo, en los códigos francés<sup>44</sup>, español<sup>45</sup> y sueco<sup>46</sup>; en las doctrinas norteamericanas de la «*Defense of Premises*» y del «*Castle privilege*»<sup>47</sup>, pero también en el vigente Código penal turco (art. 461). Estas referencias no sirven para utilizar el argumento de derecho comparado como freno para la evolución de los sistemas penales<sup>48</sup>, pero plantean la cuestión de si dicha concordancia sustancial no sería fruto de alguna exigencia de autodefensa difusamente percibida, aunque en ámbitos no uniformes. La materia, por otra parte, es corolario de un arquetipo muy antiguo: una posibilidad de defensa incluso a costa de la vida del ladrón quien roba de noche, en especial, en el domicilio es denominador común de las tradicio-

42 Cfr. *supra* par. 1 e nt. 11-14. En términos contundentes, la proporcionalidad es indicada por FLETCHER (cit. nt. 39, 19) como uno de los requisitos de la legítima defensa que «más allá de las leyes y de las fuentes comparadas», es reconocido por los «juristas de todo el mundo». Para ulteriores referencias específicas cfr. MILITELLO, *RIDPP* 2006, 841 s.; CADOPPI, *Si nox furtum faxit, si im occisit iure caeso esto: riflessioni di lege ferenda sulla legittima difesa*, en *Studi Marinucci*, cit. nt. 11, 1388 s.; y también GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 6; KUNZ, cit. nt. 19, 166 s.; MAIWALD, cit. nt. 11, 1578 s.; PERRON, cit. nt. 11, 1021; WÖSSNER, cit. nt. 39, 32 s. En un plano teórico FOCKE, *Notwehr in Lehre und Rechtsprechung Zum Strafgesetz in Deutschland und Italien*, Breslau-Neukirch, 1939.

43 Muy eficaz a este respecto PADOVANI, cit. nt. 25, 163 s.

44 Art. 122-6 cp francés: «Se presume que haya actuado en estado de legítima defensa aquél que ha realizado el acto: para rechazar de noche un ingreso en un lugar habitado realizado con fractura, violencia o engaño; 2. para defenderse contra los autores de un hurto o de un saqueo realizados con violencia».

45 Art. 20 cp español: «Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 4. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1) Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta 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 aquella o éstas.(...)».

46 Cap. 24 sez. 1 co. 2 cp svedese: «A right to act in self-defence exists against, 1. an initiated or imminent criminal attack on a person or property, 2. a person who violently or by the threat of violence or in some other way obstructs the repossession of property when caught in the act, 3. a person who has unlawfully forced or is attempting to force entry into a room, house, yard or vessel, or 4. a person who refuses to leave a dwelling when ordered to do so».

47 Ampliamente GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 9 s.; cfr. anche WÖSSNER, cit. nt. 39, 132 s.

48 Más cauteloso hacia la aportación del derecho comparado es VIGANÒ, *Spunti*, cit. nt. 20, 2021.

nes de las civilizaciones más antiguas: judía, griega, romana clásica<sup>49</sup>, islámica<sup>50</sup>.

El diverso rango, en muchos ordenamientos europeos, de bienes como la vida y la incolumidad personal por un lado, y patrimonio por el otro, no es alterado por la consideración con apoyo en la cual por lo menos una parte de los factores que fundamentan aquel arquetipo hoy en día todavía no pueden decirse olvidados: las dificultades que entraña una segura percepción de que el peligro conexas con una intrusión domiciliar o en otro lugar equiparado no se extienda a bienes personales como la vida y la incolumidad; las diminutas posibilidades de contrastar por parte de la colectividad o del individuo mismo hechos delictivos conexos con una intrusión en un domicilio<sup>51</sup>; la inexigibilidad de una obligación de fuga del agredido de su propio domicilio<sup>52</sup>; más en general, la percepción de dicho contexto como «esfera de paz» de la persona, así como queda patente tanto por la calificación del domicilio como «inviolable» en el art. 14 de la Constitución<sup>53</sup>, como por el hecho que la relativa tutela es de competencia legítima del particular y sólo dentro de precisos límites de sujetos públicos<sup>54</sup>.

El abanico de posibles razones que justifiquen la nueva figura no es, de todas maneras, suficiente para cancelar las dudas respecto del alcance generalizado que le ha sido atribuido en materia de presunción de propor-

cionalidad: si ésta puede parecer una razonable máxima de experiencia por un abanico de situaciones concretas (p.e. aquellas de escasa visibilidad en los casos de ingresos abusivos nocturnos en un local ajeno habitado, pero también la irrupción con armas en ejercicios comerciales) la misma corre el riesgo de convertirse en una insostenible ficción en toda una serie de situaciones en las que faltan índices atendibles de alarma por el agredido y las personas que se encuentran en el domicilio violado y en los lugares equiparados. En particular, la nueva disposición no puede llenar el salto manifiesto con la ofensa al bien jurídico vida o justificar formas de lesiones graves a la incolumidad personal, por lo menos en los casos en los que las condiciones de hecho permiten inferir que la agresión se limite a bienes sólo patrimoniales: p.e. el ladrón que escapa con el material robado o el ladrón delgado claramente desarmado que se ha introducido en el domicilio de un sujeto físicamente poderoso y capaz de bloquearlo sin utilizar armas<sup>55</sup>.

En dichas situaciones, admitir una legitimidad de la defensa a través de la sustancial eliminación del requisito de la proporción hecha posible por la nueva presunción, ampliaría efectivamente los límites de licitud fijados por la figura tradicional del art. 52, y equivaldría sin embargo a pasar de una *ratio* de equilibrio entre las posiciones del agredido y del agresor a una absolutización de la consideración del primero<sup>56</sup> frente

49 Para las referencias, remito a SZEGŐ, cit. nt. 39, 14 s.; MILITELLO, *RIDPP* 2006, 848 s.; GARGANI, cit. nt. 25, 23 s. Cfr. también SANGERO, cit. nt. 16, 6, quien observa que el derecho judío talmúdico reconoce la regla conforme a la cual «si alguien viene para matarte, mátales tu primero»: pero la fórmula, no obstante su rigor, no incide sobre el problema de la proporcionalidad que aquí específicamente se considera.

50 Es ejemplo de ello el Código penal persa de 1926: «Art. 189: Un homicidio voluntario, realizado para defender bienes, no es punible en los siguientes casos (...): 2. En los casos de ingreso en casa habitada o en los edificios cercanos, si dicho ingreso se ha producido de noche o por medio de escalada o con violencia o con la ayuda de medios similares (...)». La referencia ha sido posible por la traducción alemana en apéndice al ensayo de SEYED M. RAFIDJAH, *Die Notwehr im persischen und deutschen Recht*, München 1956, 112.

51 La mayor vulnerabilidad del agredido en el interior del domicilio es mencionada entre las razones que contribuyen a no romper la vinculación con el principio de proporcionalidad en las disposiciones especiales sobre la legítima defensa domiciliar (*defence of premises*) por GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 30 s.

52 Se trata de una antigua excepción (ya en el *common law*: cfr. ASHWORTH, *Cambr. L.J.* 1975, 294) al general deber de huir, que los sistemas penales angloamericanos deducen del requisito de la necesidad de la defensa. Ella ha sido codificada en el *Model Penal Code* en el párrafo 3.04(2)(b)(ii)(A) y está a la base de la «*castle doctrine*», que justifica la legítima defensa en el propio domicilio: cfr. GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 9; WÖSSNER, cit. nt. 39, 158 s.

53 El domicilio configura, en efecto, una proyección espacial de la persona: PADOVANI, cit. nt. 25, p. 166.

54 Parecen, en cambio, inaceptables otros argumentos a veces utilizados para justificar la legítima defensa con consecuencias mortales en los casos de agresión en el domicilio: p.e. aquel que ve el valor de los bienes patrimoniales del agredido como mayor de aquél «desvalorado» de la vida del agresor o aquel de acuerdo con el cual la muerte del agresor sirve para sancionar el comportamiento criminal. Cfr. GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 6 s., 20 s.

55 O también en los casos en los que quien se encuentra en el domicilio sabe que el agresor no supone ninguna amenaza seria para su incolumidad personal: GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 40 que pone como ejemplo el caso de quien reconoce un vecino borracho (que se ha equivocado de casa) o músicos que cantan una serenata.

56 En modo eficaz ASHWORTH, *Cambr. L.J.* 1975, 306 observa que las excepciones a la proporcionalidad de la defensa reconocidas por el derecho penal angloamericano al sujeto agredido en su domicilio demuestran un abandono de la aproximación a la autodefensa fundado sobre los derechos humanos en beneficio de una impostación anclada al «no ceder» al agresor.

a una pérdida de derecho del otro, reducido a *hostes* y, como tal, privado de su propio derecho fundamental a la vida<sup>57</sup>; respecto de la nueva previsión, se terminaría perdiendo toda razonabilidad en cuanto a su posible fundamento, puesto que incluso la exigencia de certidumbre para evitar riesgos procesales del sujeto que se defiende se obtendría indebidamente, sacrificando bienes primarios del agresor<sup>58</sup>.

### V. Caminos interpretativos

De este modo se llega a un punto crucial respecto de la nueva norma sobre autotutela: la posibilidad que, con ella, se llegue a una instrumentalización de bienes personales primarios como vida e incolumidad personal en favor de la tutela de bienes patrimoniales o bien induce a condenarla a un juicio de inconstitucionalidad, por lo menos parcial, o bien impone la individualización de caminos interpretativos alternativos que limiten el área de licitud diseñada por la norma para recuperar el requisito de la proporción sinónimo de civilización en la estructura de la legítima defensa y puesto en riesgo por una presunción demasiado amplia del mismo requisito en la nueva figura. De la primera alternativa, defendida por algunos sostenedores de la solución autonomista de la autotutela, ya se ha dicho (*supra* par. 3.3); sin embargo, podría volverse necesaria, incluso si se rechazara la interpretación que aquí se critica, en ausencia de otras soluciones capaces de evitar la recordada instrumentalización. En este punto, deviene entonces esencial, comprobar preliminarmente la otra opción interpretativa, la cual, a su vez, se articula según soluciones diferenciadas, fundamentalmente distinguibles según que la reducción hermenéutica acontezca exclusivamente en el interior de la nueva figura de autotutela o más bien

recurriendo a la relación de complementariedad entre esta última y la tradicional legítima defensa.

Una primera y difundida orientación, apunta a evitar aplicaciones excesivas de la presunción de proporción, poniendo el acento sobre el «peligro de agresión» como requisito —junto con el «no desistimiento»— para reconocer la proporción en las hipótesis en las que la acción defensiva se dirija a bienes patrimoniales propios o ajenos, contemplados por el art. 52 párrafo 2 letra B (requisitos, en cambio, no especificados en la paralela pero distinta referencia a la vida y a la incolumidad personal, así como descrita en la letra A de la misma norma).

En este orden de ideas, incluso en el caso de acciones dirigidas a defenderse de peligros para bienes patrimoniales, para evitar que la presunción de proporción pueda extenderse hasta justificar la lesión a bienes primarios como vida e incolumidad personales, se considera que la única posibilidad es interpretar el peligro de agresión como una amenaza para la incolumidad personal: en sustancia, la acción ofensiva, aparte del peligro hacia bienes patrimoniales, tiene que expresar una carga ulterior de peligrosidad para la incolumidad física. Y, puesto que la subsistencia de dicho requisito tiene que comprobarse en el caso concreto, se considera que así se supera la presunción absoluta de proporción contenida en la nueva norma, con el resultado que ella no tendría una real capacidad de cambiar las relaciones de fuerza cuantitativa entre bienes<sup>59</sup>. A confirmación de lo anterior, a veces, se ha hecho referencia a un punto de las laboras preparatorias que precisamente hacen referencia a un «peligro de agresión física del sujeto víctima de robo»<sup>60</sup>.

La reducción de los sujetos en peligro a la sola persona de la víctima de robo<sup>61</sup> resulta, sin embargo, poco

57 En el contexto inglés, la idea de una *forfeiture* de los derechos del agresor es frecuentemente mencionada como fundamento del derecho a defenderse incluso con consecuencias mortales: crítico hacia esta aproximación, LEVERICK, cit. nt. 37, 61 s. Para referencias en contra de la paralela idea de una *Rechtlosigkeit* de quien ha agredido, en la tradición continental europea, se remite a MILITELLO, *RIDPP* 2006, 831. En general, sobre el paradigma ya internacional conocido como *Feindstrafrecht* cfr. *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Donini/Papa (cur.), Milano 2007.

58 No convence, por tanto, la tesis de GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 39 s., quien, después de haber examinado con atención todas las posibles razones que fundamentan la *doctrine of premises*, concluye en el sentido que ninguna de ellas es por sí sola suficiente a legitimarla, pero que, en su conjunto, sí pueden serlo. En verdad, si no se consigue demostrar que los aspectos positivos de una teoría consiguen llenar las lagunas de otra teoría, y que las mismas pueden conjugarse sin antinomias de principio, la solución de la agregación resulta lógicamente equivocada y simple en un plano argumentativo.

59 FIANDACA/ MUSCO, cit. nt. 23, 888 s.; en términos claros, también PULITANÒ, cit. nt. 23, 290; VIGANÒ, *RIDPP* 2006, 212 s.; en las conclusiones también CADOPPI, *DPP* 2006, 437 s.; SEMERARO, *CP* 2006, 848 s.; GAMBERINI, cit. nt. 26, p. 74 s.; CONSORTE, *CP* 2006, 2654; GARGANI, *Studium Juris* 2006, 973 S.; F. SIRACUSANO, *IP* 2008, 89.

60 Cfr. CADOPPI, *DPP* 2006, 439 s.

61 FIANDACA/MUSCO, cit. nt. 23, 888; en el mismo sentido, GAMBERINI, cit. nt. 26, 74.

fiable: incluso refiriendo el peligro de agresión a la incolumidad física, en los supuestos de violación del domicilio, la persona que corre el peligro puede no ser el propietario, sino, por ejemplo, un familiar<sup>62</sup>: en estos supuestos, la acción defensiva puede ser incluso más contundente de la que se pone en marcha para protegerse a sí mismos.

Pero, tanto en éstos como en los otros casos en los que la defensa se dirige a la integridad persona, con independencia de cuál sea el sujeto en peligro, los términos para aplicar la nueva norma ya se definieron a partir de la *primera* de las dos hipótesis de proporción presumida, y no, en cambio, por la que se refiere expresamente a los bienes (que debe entenderse como referida a los solos bienes patrimoniales, como ya se ha observado). En caso contrario, ¿porqué el legislador de 2006 habría necesitado disciplinar de forma distinta las dos clases de bienes<sup>63</sup>? La reconstrucción que ahora se examina termina unificando las dos finalidades de la acción defensiva, de la cual la norma presume la proporción con la ofensiva: no obstante, aunque no sea extraño encontrarse con una técnica legislativa que no garantiza una formulación de las normas sin defectos, y además el texto que se analiza tenga numerosas incongruencias (se recuerden los malentendidos a los que puede dar lugar la rúbrica del art. 1 de la l. 2006 n. 59: *supra* 3.1.), una corrección tan ostensible puede aceptarse sólo como *extrema ratio*; dicho de otra forma, la lectura recordada no quebranta la relación entre fuente legal y actividad de interpretación sólo si no hay otras reconstrucciones del significado de la norma capaces de evitar el ya mencionado riesgo de instrumentalización de los bienes primarios vida e integridad personal. Pero ello no se puede afirmar: incluso la jurisprudencia no es unívoca a la hora de exigir el peligro para la incolumidad personal como mínimo común denominador de las dos distintas disposiciones *ex art. 52 co. 2, A y B*<sup>64</sup>.

En el intento de mantener una razón de ser de la distinción normativa prevista por las letras A y B del nuevo párrafo 2 del art. 52, algunos defensores de la común referencia al peligro para la incolumidad, han planteado una diferenciación de las características relevantes: respecto de las situaciones consideradas por la letra A, sería preciso el requisito de la actualidad, deducido directamente del primer párrafo del art 52 o, de todas maneras, de la naturaleza misma de la autotutela privada; actualidad que, en cambio, ya no sería necesaria cuando el peligro para la incolumidad se acompañe por una incluso sólo «genérica» «probabilidad de una evolución agresiva», en las acciones mencionadas por la letra B<sup>65</sup>.

Pero ni siquiera estas ulteriores especificaciones convencen. Existe una contradicción entre el intento de condicionar la actualidad del peligro para la incolumidad física y que ello sea accesorio a una ofensa patrimonial: si así fuera, el parámetro de evaluación sería menos riguroso y más amplio de cuando la ofensa más grave (justamente a la vida y a la incolumidad) es directamente objeto de la acción defensiva, lo que generaría la irrazonable consecuencia que, cuando los bienes directamente atacados son de importancia primaria, el espectro de licitud fijado por la causa de justificación sería más limitado respecto de cuando la defensa apunta a parar un peligro dirigido a bienes sólo patrimoniales. Además, la recuperación del peligro para bienes finales primarios, hecho con la finalidad de evitar una excesiva desproporción con las consecuencias de la acción defensiva sobre bienes igualmente primarios, pero sin requerir la actualidad del mismo peligro del que se defiende el sujeto, refleja una concepción rígida y estática de la noción de proporción. Ésta, en cambio, resulta de un juicio complejo y multifactorial, en el cual el grado del peligro (intensidad/probabilidad y tiempo de concreción) juega un papel no menos importante de aquel de la tipología de los bienes en juego.

62 Aclara que el peligro para la incolumidad puede interesar cualquier persona física presente en el domicilio, VIGANÒ, *RIDPP* 2006, 212.

63 MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, II ed., Milano 2006, 218, consideran el argumento absorbente de cara a las posibles críticas a la tesis que se menciona en el texto. Se añade que el argumento había sido subrayado durante las labores preparatorias y en cambio se había olvidado en las sucesivas intervenciones parlamentarias a las que se hace referencia en vía interpretativa.

64 Cfr. p.e. Cass., IV, 4.7.2006 n. 32282 CED Rv. 235181, que relaciona el peligro de agresión mencionado por la nueva norma sólo con los bienes. En el mismo sentido, Cass., I, 8.3.2007 n. 16677, cit. nt. 33. Cfr. también Cass., V, 28.6.2006 n. 25339, CED Rv. 238342. En sentido contrario, por otra parte, Cass. 27.3.2007, en *Rivista penale* 2007, 1120, que, por otra parte, olvida del todo la posibilidad de una acción defensiva que tenga la finalidad de defender los bienes mencionados en el texto de la nueva norma.

65 En este sentido, PADOVANI, cit. nt. 25, 166; PULITANÒ, cit. nt. 23, 290. En el sentido de un peligro no «actual» y a entenderse como «probabilidad genérica» de agresión física para la incolumidad personal, en el caso del párrafo 2 lett. B cfr. también SEMERARO, *CP* 2006, 848). Existiría una obligación para la víctima de ordenar al ladrón de «irse» que, una vez cumplida, legitimaría la reacción violenta del «dueño de la casa» (pero sólo si el ladrón, aparte de insistir, resulte peligroso para la incolumidad de la víctima del robo): así CADOPPI, *DPP* 2006, 440.

Que conformarse con un peligro no actual para la vida y la incolumidad, incluso en los casos de acción defensiva dirigida directamente a bienes patrimoniales, no elimine el riesgo de convertir en una ficción de difícil legitimidad constitucional la presunción de proporción en cuestión, se deduce de las posibles consecuencias aplicativas.

Sea suficiente aquí hacer una breve referencia a dos recientes casos reales: en el primero, el titular de una constructora, que ya había sido víctima de extorsiones y de atentados contra su propia actividad, es visitado con engaño en su propio despacho por dos sujetos que le piden una suma de dinero para «quedarse tranquilo» y no temer por su propia vida; el empresario termina la charla disparando y golpeando a muerte uno de los dos extorsionadores y hiriendo de forma grave al otro (sucesivamente se comprueba que ninguno de los dos iba armado)<sup>66</sup>. En el segundo caso (que tuvo lugar en Apri-  
lia el día 19 de agosto de 2008) un hombre que se dio cuenta por la noche que estaba teniendo lugar un robo en el estanco de su mujer situado en la planta de abajo, desde el balcón de su casa, disparó dos proyectiles al aire intimando a los cómplices que se habían quedado fuera para que se fuera, después de haber recibido por respuesta unas amenazas de muerte, dispara un segundo golpe, matando uno de los delincuentes mientras escapaba con las cosas robadas. Aquí, el peligro para la incolumidad personal suya propia o de las personas que se encontraban en la planta de arriba existe pero no puede decirse que es actual porque la puerta interior que comunica el estanco y el piso había sido bloqueada por los propios delincuentes en el intento de poder llevar a cabo el robo sin ser molestados; podría haber peligro actual sólo en momento en el cual dicha barrera se hubiese superado.

En los dos casos mencionados se pone de manifiesto que no requerir la actualidad del peligro para la incolumidad persona, representa una extensión del ámbito de licitud respecto a la tesis que considera suficiente un peligro actual para los bienes patrimoniales y que deja a factores diversos la limitación del alcance justificativos de la norma toda vez que resulten ofendidos bienes primarios (como se tratará de concluir *infra*, 7).

Algunos defensores de la tesis que se acaba de criticar recorren otro camino interpretativo con la finalidad de limitar el alcance de la nueva causa de justificación. En particular, se valoriza el otro requisito que se deduce de la mención expresa en la letra B de la ausencia de desistimiento: antes de poder utilizar armas, con todas las posibles lesiones consiguientes, existiría una obligación de intimar al ladrón de interrumpir su acción; sólo una vez cumplido con ello, la reacción violenta del «dueño de la casa» podría ser lícita (y siempre que —según la interpretación que ahora se examina— el ladrón, aparte de insistir, asuma una actitud peligrosa para la incolumidad de la víctima, conjugando entonces el requisito que ahora se examina con la lectura ya criticada *supra*, 5.1)<sup>67</sup>.

Sin embargo, tampoco convence esta versión, no sólo porque no supera las objeciones que ya se plantearon de cara a la tesis de fondo a la cual directamente se refiere, sino sobre todo porque el requisito de la ausencia de desistimiento es elemento que atañe exclusivamente a las elecciones del agresor, y es relevante no por ser provocado por otros (en especial, por el agredido que se defiende) sino eventualmente para precisar el término final del requisito de la actualidad del peligro, que es recogido en el primer párrafo del artículo 52 y que —como ya se ha indicado— vale en relación con ambas las direcciones ofensivas de la nueva disposición<sup>68</sup>.

La posibilidad de evitar aplicaciones excesivas de la nueva norma, sin olvidar las diferencias entre las dos hipótesis defensivas contempladas por ella, encuentra un ulterior soporte en el intento de convertir la presunción que se examina de absoluta en relativa (sólo *juris tantum*), lo que desplaza el significado de la norma a un plano procesal de la distribución de la carga probatoria sobre la base de una analogía con la disciplina parecida contenida en el Código francés (el ya mencionado art. 122-6). En particular, se señala que, a diferencia de los casos previstos por el primer párrafo del art. 52 (en los cuales es aquél que pretende valerse de la causa de justificación que tiene que probar la subsistencia de los requisitos de la misma), en los casos considerados por la nueva norma, la prueba de la *desproporción* le incumbiría a la acusación, derogando por lo tanto a los principios que rigen en materia de hechos favorables al imputado<sup>69</sup>.

66 El caso ha sido decidido por Cass., I, 8.3.2007 n. 16677.

67 PADOVANI, cit. nt. 25, 166; CADOPPI, *DPP* 2006, 440. Considera en cambio que la intimación es sólo eventual, MANTOVANI, *RIDPP* 2006, 438.

68 Para una atenta confutación de la obligación de intimar VIGANÒ, *RIDPP* 2006, 210 s.; contrario también PULITANÒ, cit. nt. 23, 290.

69 GIUNTA, en *Critica del diritto* (di seguito *CD*) 2005, 294 s. De presunción vencible habla también ALEO, *Diritto penale*. P.G., Padova 2008, 321. Ilega a sostener una plena necesidad de comprobar el requisito de la proporción, como si la finalidad declarada hubiera desaparecido del todo en la formulación final, GAMBERINI, cit. nt. 26, p. 75.

Este intento de leer la nueva norma como una simplificación procesal para determinadas situaciones defensivas encuentra posteriores argumentos en del derecho comparado incluso más allá del modelo francés. Por ejemplo, algunos Estados norteamericanos mantienen presunciones análogas en contextos de agresiones al domicilio para desplazar a la acusación el deber de probar la legitimidad de la defensa que haya provocado la muerte del intruso (art. 198.5 CP California y *People v. Owen*; normas parecidas se encuentran en los sistemas penales de Nueva York, Tennessee, Utah)<sup>70</sup>.

Además, llamando la atención sobre una lectura en clave procesal de la nueva norma en una óptica de simplificación probatoria, la posición que ahora se examina tampoco olvida algunas instancias expresamente mencionadas justificación de la reforma, sin admitir que situaciones en las que se ofenden bienes primarios puedan sustraerse a un control público de los presupuestos de licitud<sup>71</sup>. Aun sin llegar a individualizar la particular naturaleza de la regla de juicio que se ha aquí reconocido a la nueva norma, la tesis que ahora se examina comparte con ella su núcleo central, ya que atribuye a la introducción de la autotutela en el ordenamiento italiano no una superación del requisito de la proporcionalidad, sino un reconocimiento sustancial del mismo junto con una facilitación de su comprobación en el juicio. La idea de la presunción de peligrosidad es utilizada también por otros sistemas penales como fundamento justificativo de las mencionadas normas *ad hoc* sobre la legítima defensa en el domicilio.

Sin embargo, el problema que plantea la configuración del texto que se examina es, por así decirlo, anterior a la cuestión del deber de prueba, porque atañe a la naturaleza absoluta o relativa (y, por ende, superable) de la presunción: en presencia de todos los requisitos requeridos por el segundo y del tercer párrafo de la norma, no quedan espacios para negar la proporción entre la utilización de las armas (legítimamente detenidas) o de otro instrumento idóneo y las acciones dirigidas a defender las tipologías de bienes de las dos categorías especificadas<sup>72</sup>. Así configurada la norma, se anula

la objeción ya planteada en contra del precepto que se examina (*supra*, 4): en ausencia de un índice de peligro para bienes primarios como vida e incolumidad física para el propietario o los ocupantes el domicilio, la presunción legal de proporción con resultados lesivos para la vida o la integridad personal del intruso, conlleva una intolerable generalización que extiende su alcance hasta un posible conflicto con la jerarquía constitucional de los bienes jurídicos que están en juego.

Por otra parte, la nueva formulación del art. 52 no impone automatismo ninguno en la cualificación como lícitos de los hechos descritos por el párrafo segundo: y ello porque, para ello, es necesario comprobar tanto los requisitos de la defensa previstos por el párrafo primero y posteriores respecto de la proporción<sup>73</sup>, como, respecto de la posibilidad de presumir este último requisito, la eventual subsistencia de los dos requisitos objetivos ya repetidas veces mencionados: que no haya «desistimiento» y que, a la vez, subsista un «peligro de agresión». Ciertamente se puede admitir que, frente a una situación defensiva provocada por una agresión patrimonial en el interior de un domicilio o de un lugar equiparado, la ausencia de los requisitos indicados podrá ser hecha valer por la acusación. Ello atañe sin embargo a la fisiología de la dialéctica procesal y no basta para transformar en una presunción *juris tantum* de proporcionalidad la nueva norma. El punto, sin embargo, es otro: la comprobación procesal requiere obviamente la previa individualización del significado correcto que hay que atribuir a los elementos en cuestión y, por medio de ello, del alcance de la innovación normativa respecto de la tradicional legítima defensa.

## VI. Aportes textuales

Como acaba de analizarse, los elementos de la ausencia del desistimiento y del peligro de agresión parecen apoyar las posturas contrarias a la nueva hipótesis de legítima defensa domiciliar a protección de bienes patrimoniales<sup>74</sup>. Dicha observación no sólo es verdadera en el plano de la reconstrucción del proceso genético

70 Cfr. GREEN, *Univ. Illinois Law Rev.* 1999, 28 e nt. 123; a este respecto, también WÖSSNER, cit. nt. 39, 136 s.

71 Menciona dicha exigencia VIGANÒ, *RIDPP* 2006, 2025; con respecto a la nueva norma, cfr. también S. FIORE, cit. nt. 29, 169 s. Más en general por el artículo 2 CEDU, que pone límites precisos a la legitimidad de las lesiones al bien vida, la Corte europea de Derecho Humanos (*McCann v. UK* e *Jordan v. UK*) ha deducido una obligación para los estados de desarrollar una investigación efectiva en todo caso de ofensa al bien vida: cfr. LEVERICK, cit. nt. 37, 178 s.

72 Se trataría de una «norma de interpretación auténtica, que tiene la finalidad de precisar cuando, en ciertos casos, es necesario reconocer que la proporción es respetada»: así GALLO, *CD* 2005, 174 s.

73 Para el mantenimiento, en las hipótesis de autotutela en ámbito privado, de los demás requisitos generales del artículo 52 copárrafo 1, cfr. *supra* párr. 3.

74 GALLO, *CD* 2005, 174 s.

parlamentario de la nueva norma<sup>75</sup>, sino que a lo mejor también puede resultar útil a la hora de interpretar el texto final, en particular para aclarar los significados de los requisitos en cuestión, incluso en relación al problema de la coordinación con el requisito del peligro actual de una ofensa injusta previsto por el primer párrafo del artículo 52 del Código penal.

De ello se desprende que, tanto la ausencia de desistimiento como el peligro de agresión, sirven para darle un contenido de objetividad a la finalidad defensiva considerada por la norma, junto con otros elementos normativos que atañen a la modalidad de realización y a los sujetos activos, para afirmar la presunción de proporción. La importancia de dichos requisitos no hay que buscarla en una eventual especificación o modificación del juicio de peligro (actual de una ofensa injusta) descritos en el primer párrafo (en propósito *supra* 5.3.), sino más bien en la posibilidad de contrastar los riesgos de subjetivización de la nueva norma que, de otra manera, harían imposible distinguirla de los supuestos de causa de justificación putativa previstas por el artículo 59 párrafo 4<sup>76</sup>. Una exigencia de distinción y de objetivización válida no sólo para las acciones dirigidas a tutelar bienes patrimoniales, sino también para aquellas que atañen a los bienes personales: de tal manera que la ausencia de desistimiento y peligro de agresión tienen que considerarse como requisitos también en las hipótesis de acción en defensa de los bienes personales previstos en la letra A del párrafo 2 del artículo 52<sup>77</sup>.

Los dos requisitos específicos cierran ciertamente el camino a la aplicabilidad de la nueva presunción de proporcionalidad a los casos en los que, cualquiera que sea la finalidad del sujeto que se defiende, haya una fuga del agresor que no ha ofendido ningún bien (por ejemplo, sin llevar consigo los bienes robados) o, de todas maneras, en una situación que objetivamente no

supone un peligro de agresión para bienes jurídicos ulteriores respecto de los tutelados por la norma sobre allanamiento de morada<sup>78</sup>.

La ausencia de desistimiento y el peligro de agresión especifican sólo las condiciones para que opere la presunción de proporción prevista por el nuevo segundo párrafo del artículo 52: se confirma así que ambos (ausencia de desistimiento y peligro de agresión) no son elementos que otorgan especialidad a la conducta lícita, operantes en sentido diferente respecto del requisito general del «peligro actual de una ofensa injusta» que, de otra manera, quedaría excluido en cuanto elemento general respecto de los otros dos. Al contrario, no obstante los intentos de los defensores de la reforma, la misma no ha añadido una nueva causa de justificación, distinta y autónoma respecto de la legítima defensa tradicional: como ya se ha dicho (*supra*, 3), falta, en la nueva norma, la definición de todas las condiciones que debería tener un nuevo tipo justificante y, por ende, una nueva regla de conducta; la norma, más bien, se limita a dictar una mera regla de juicio, para dar una mayor certidumbre a las evaluaciones en materia de proporcionalidad.

De este modo, aunque el requisito del peligro actual de la agresión ilícita resulta necesario, no se anula el sentido autónomo de los dos requisitos indicados por la letra b del párrafo 2: se trata de la ya recordada regla de juicio que desempeña una importante función selectiva de la legitimidad de las acciones emprendidas con la finalidad de defender incluso los solos bienes patrimoniales. Además, justo en relación con la defensa de los bienes situados en los lugares ya mencionados, la interpretación aquí propuesta reitera la existencia de precisos límites contra la tentación de considerar al ladrón que se introduce en el domicilio ajeno como despojado

75 Los requisitos de los que se habla, y la misma distinción entre acciones defensivas con finalidades relacionadas con la incolumidad personal más que con bienes patrimoniales, no aparecían en el texto base de los proyectos de ley de los que ha empezado el iter parlamentario. Ellos se encuentran en la formulación definida en la Comisión Justicia del Senado, aprobada con el voto favorable de parte de la oposición.

76 Cfr. PADOVANI, cit. nt. 25, 167. Menciona los riesgos de confundir las dos normas a la hora de aplicarlas S. FIORE, cit. nt. 29, 172 s.

77 Para la relevancia del desistimiento también en los casos de legítima defensa contemplados por la letra A del art. 52 párrafo 2, aunque formalmente no la preve, véase PADOVANI, cit. nt. 25, 166.

78 Así, no podrá utilizar la nueva norma aquél quien, habiéndose dado cuenta de que un intruso claramente desarmado en su jardín intenta entrar en una casa que tiene puertas blindadas, en lugar que encerrarse en casa hasta que llegue la policía, dispere de la ventana. En casos parecidos, falta el peligro de agresión patrimonial y por tanto la entera presunción de la relación de proporción con el uso de las armas y las consecuencias conexas; por otra parte, puede quedar la posibilidad de aplicar la legítima defensa tal y como descrita en el párrafo primero: en el mismo ejemplo, el sujeto que desde el interior se da cuenta del intruso, puede intimarle que salga del jardín y, si necesario, empujarle fuera con la fuerza, salvo comprobar la proporcionalidad de eventuales consecuencias sobre el intruso (proporción que no puede presumirse justo porque se está fuera del párrafo segundo).

de toda pretensión de ver tutelados por el ordenamiento sus derechos fundamentales.

### VII. La necesidad de la defensa como válvula de compatibilidad constitucional de la reforma

El análisis hasta aquí desarrollado ha puesto de manifiesto que la voluntad innovadora del legislador, ampliamente explicada en las labores parlamentarias y a menudo esgrimida en el amplio debate público, no ha conseguido traducirse en ley sin contradicciones: en ausencia de un peligro actual de una ofensa injusta, la presunción de proporción integrada por el párrafo segundo, no será suficiente para asegurar la licitud general de la acción a tenor del artículo 52 c.p.<sup>79</sup>.

Lo anterior no impide que, aun siguiendo el camino argumentativo anteriormente descrito, la nueva presunción de proporción sigue siendo operativa y pueda entrar en conflicto con el sistema de valores sobre el que se funda el sistema penal italiano y que es común a muchos otros ordenamientos: se trata de los casos ya subrayados en los cuales las condiciones objetivas en las que se desarrollan los hechos no presentan elementos de peligrosidad para la incolumidad física. En esta situación, queda un (aun) angosto espacio para evitar excesos en la aplicación de la nueva norma: se trata de recorrer hacia atrás la evolución histórica de la causa de justificación y, por la complementariedad en las relaciones en la vieja y nueva figuras de defensa, valorar hasta el fondo el requisito —por suerte no modificado por el legislador— de la necesidad de la ofensa.

La novedad en materia de proporción impone, por otra parte, una profunda revisión del significado de este otro requisito general de la legítima defensa. En particular, para evitar los excesos a los que llevaría una aplicación rigurosa de la nueva presunción de proporción, también para la necesidad de la defensa es necesario evitar una impostación de tipo naturalístico y exclusivamente atenta a la posición del agredido, y debe considerarse, en cambio, su componente valorativa, que considera también la postura del agresor.

Es verdad que la literatura tradicional en materia de necesidad de la defensa apunta más bien a la primera de las interpretaciones mencionadas: allí donde, como ocurre en Alemania, faltaba una mención expresa de la proporcionalidad, se negaba que la necesidad de la defensa pudiera satisfacer la exigencia sustancial de excluir la licitud de acciones defensivas que pongan en peligro bienes mucho más importantes respecto de aquellos hacia cuya lesión apuntaba la agresión, subrayando que el requisito de la necesidad debería medirse sólo sobre la exigencia del agredido de evitar una agresión de cierta intensidad, sin referencia alguna al valor del bien hacia el cual la misma está dirigida<sup>80</sup>. Y también en el debate en lengua inglesa, la doctrina de la *self-defence* ha separado la necesidad de la proporción, reconociendo así implícitamente una diversidad en las exigencias de dichos requisitos<sup>81</sup>.

No obstante dicho marco tradicional, la aproximación valorativa a la necesidad no es desconocida: sólo si este requisito es entendido no en sentido absoluto —como poder físico del individuo de evitar la ofensa— sino relativo —como conducta exigible por el ordenamiento jurídico a un sujeto medio que se encuentre en la situación concreta del agente— es posible no sólo exigir una acción defensiva menos lesiva para el agresor, sino también delimitar la relevancia de las posibilidades de fuga.

En cuanto al primer aspecto, en efecto, para establecer la necesidad de la defensa, no basta que la misma sea idónea para neutralizar el peligro —aunque sólo en parte— sino que es preciso que no se pueda requerir a quien se defiende un comportamiento alternativo menos dañino, aunque de igual eficacia. De la misma manera, las posibilidades de fuga, excluyen la necesidad de defensa no porque ésta sea posible, sino porque esta solución resulta exigible al sujeto agente en relación con una adecuada ponderación de los valores que están en juego, como bien se sintetiza con la fórmula del *commodus discessus*<sup>82</sup>.

Hasta aquí, sin embargo, la perspectiva valorativa de la necesidad de la defensa se mueve en un ámbito siempre delimitado por la posibilidad que ésta consiga

79 La distancia entre las afirmaciones que han acompañado a la reforma de la legítima defensa y la efectiva concreción normativa es señalada por CADOPPI, *DPP* 2006, 434 s., y en especial 440.

80 Ejemplar la crítica de SCHAFFSTEIN, *MDR* 1952, 134 de cara a los intentos de recuperar la necesidad de la defensa para legitimar teóricamente la jurisprudencia alemana que, desde el final de los años '40 negaba la licitud de las acciones defensivas letales a tutela de bienes patrimoniales de muy escaso valor.

81 Cfr. ASHWORTH, *Cambr. L.J.* 1975, 293 s., 296 s.; GREEN, *Cambr. L.J.* 1975, 7; SANGERO, cit. nt. 16, 143 s., 166 s.

82 Sobre la imposibilidad de adoptar una evaluación naturalística/absoluta en el juicio sobre la necesidad de defensa, aun con diferenciaciones ulteriores acerca de la relevancia de la posibilidad de huida, cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. P.G.*, VIII ed., Milano, 2003, 442; MANTOVANI, cit. nt. 40, p. 253 s.; FIANDACA-MUSCO, cit. nt. 23, p. 257 s.; PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Digesto Disc. pen.*, vol. III, Torino 1989, 511 s.; PALAZZO, cit. nt. 27, 403 s.; PULITANO, cit. nt. 23, 283.

neutralizar el peligro que insiste sobre aquél que se defiende: se trata, por tanto, de una necesidad como «inevitabilidad» de la reacción del agredido para prevenir la lesión amenazada. Y dicha interpretación, referida a la sola posición de quien se defiende es bien arraigada en la historia de la legítima defensa, que atribuye a dicho requisito una posición prioritaria en el reconocimiento e la legitimidad de la acción defensiva<sup>83</sup>.

Si, en cambio, a la luz del nuevo artículo 52 párrafo 2, en las situaciones por ello contempladas se deba valorar la necesidad de la defensa de un bien exclusivamente patrimonial, el carácter relativo del juicio se acentúa hasta convertirse en un juicio de adecuación de la reacción, que comprende también la consideración de las consecuencias que ella despliega sobre el agresor. Un juicio que podrá concluirse afirmativamente sólo cuando la acción defensiva no llega a menoscabar el bien primario de la vida del agresor, por lo menos cuando en las situaciones contempladas por la norma no hayan índices reconocibles de peligro para la incolumidad personal de los sujetos involucrados en la vicisitud.

La distancia entre los dos tipos de bienes es tal que la apreciación del relativo choque se sale del juicio de (des)proporción y atañe a la propia valoración de necesidad (como adecuación) de la defensa: nunca, en efecto, para un ordenamiento como el italiano, la ofensa del bien jurídico vida puede ser considerada como necesaria (en el sentido de adecuada) respecto de la exigencia de tutela del patrimonio. En este caso, la diferencia entre las dos dimensiones implicadas es tan grande que resulta difícil de obviar en un plano de las relaciones de valor. Con la consecuencia que la proporción presunta en los dos nuevos párrafos del artículo 52, no impone reconocer la licitud del comportamiento por ausencia de la necesidad (como adecuación) de la defensa, en los casos en los que ningún elemento concreto haga pensar en algún peligro para la incolumidad de las personas y se provoque, en cambio, una lesión mortal del agresor.

Una interpretación restrictiva del texto legal resulta impuesta por una lectura sistemática de la nueva norma, que subraya su relación de complementariedad con la legítima defensa, en el contexto del entero ordenamien-

to y de sus vínculos constitucionales e internacionales. La prevalencia del bien vida y de su propia incolumidad personal respecto del patrimonio ya ha sido mencionada a la hora de aclarar los límites de cualquier criterio de ponderación: mientras vida e incolumidad personal ejemplifican en el modo más claro aquellos «derechos inviolables del hombre» reconocidos y garantizados por la Constitución italiana entre sus principios fundamentales, sin referencia alguna a eventuales límites (art. 2), el reconocimiento constitucional del patrimonio tiene lugar en la segunda parte de la Carta, acompañado de la previsión de límites (art. 42). También en el plano internacional se confirma la exigencia de una interpretación restrictiva como la que se ha planteado: por lo menos respecto de las situaciones de legítima defensa con resultados mortales. El artículo 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales impone restringir el alcance de la norma en los casos en los que la muerte sea «absolutamente necesaria para asegurar la defensa de cualquier persona frente a la violencia ilegal»; noción ésta, a entenderse no comprensiva de las ofensas sólo patrimoniales<sup>84</sup>. Una referencia, todavía más importante de cara a la interpretación que aquí se ha planteado, porque, en el artículo 2 del mencionado Convenio, la exigencia de adecuación en las situaciones de legítima defensa con resultados mortales no resulta conexa con el criterio de la proporcionalidad se limita a los casos de agresión violenta a la persona<sup>85</sup>.

En conclusión, no obstante la nueva norma implica que se tenga que considerar proporcionada la reacción defensiva en las situaciones que ella contempla, el requisito general de la necesidad de la defensa interpretado en la perspectiva que aquí se sugiere, se convierte en una especie de válvula de compatibilidad constitucional de la norma, en tanto permite eliminar del espectro de operatividad de la norma en los casos más evidentes en los que aquella presunción de proporción se convierte en una intolerable ficción<sup>86</sup>: los casos en los que se produce la muerte del agresor con una acción que apunta a defender bienes exclusivamente patrimoniales, en ausencia de concretos indicios del peligro para la incolumidad personal y no obstante la presencia de

83 Para SANGERO, cit. nt. 16, 143, se trata de la «condición más aceptada de la defensa en todos los sistemas jurídicos y desde la historia antigua».

84 En este sentido, también VIGANÒ, *RIDPP* 2006, 2039.

85 Del requisito expreso en la ley de la necesidad, la jurisprudencia que se ha ocupado del artículo 2 CEDU provoca discusión a propósito de la exigencia de una concreta comprobación de la proporción entre la conducta del agredido y la finalidad defensiva: cfr. al respecto, CONSORTE, *CP* 2006, 2657.

86 También SCHAFFSTEIN, *MDR* 1952, 135 se refiere a la exigencia de una «válvula» para excluir los casos de abusiva ampliación de los poderes de la legítima defensa, pero se refiere a comparación de los bienes en conflicto. Ello, sin embargo, representa sólo la ex-

los ulteriores requisitos indicados por los nuevos párrafos 2 y 3 del artículo 52.

Es significativo que la propuesta de reducción hermenéutica de la norma que, por un lado, la hace compatible con el cuadro constitucional e internacional que sustenta el sistema penal y, por otro, no olvida las opuestas exigencias que la legítima defensa tiene que componer, llega a un límite que acerca el sistema penal italiano en materia de legítima defensa a aquellos ordenamientos, como el portugués y los demás que se mencionaron al principio, en los que la ausencia de una referencia expresa a la proporción no impide detectar una exigencia sustancial de ella, que doctrina y jurisprudencia deducen por diversos caminos interpretativos: por ejemplo, en Portugal, a través de la referencia al *meio necessário*<sup>87</sup> o con otros esquemas teóricos (el abuso del derecho o, más recientemente, la referencia al artículo 2.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ) se llega a excluir la legitimidad de una muerte causada para defenderse de agresiones meramente patrimoniales<sup>88</sup>.

Por otra parte, justo la perspectiva comparada confirma que, en ausencia de indicaciones legales, se hacen menos seguros los caminos hermenéuticos para delimitar la reacción defensiva. No es seguro que la lectura moderada que aquí se propone para la nueva legítima defensa en Italia consiga ser mayoritaria en el actual marco normativo: son demasiados los factores que condicionan su traspaso a la jurisprudencia; lo cierto es, sin embargo, que si los tribunales debieran abandonar el perfil moderado que hasta ahora han seguido en esta materia, sería mejor detener los intentos de racionalizar en un plano hermenéutico la norma y considerarla, por lo menos parcialmente, constitucionalmente ilegítima. Resultado triste, pero evitable a la luz de la solución que aquí se propone, y no del todo inmerecido por una norma tan sobrecargada de finalidades político-criminales como poco respetuosa de aquella dogmática consciente de los vínculos constitucionales e internacionales, que representa un logro ya propio de la ciencia penal contemporánea.

---

plicación sustantiva del requisito de la proporcionalidad: por tanto, ahí en donde no se requiere la comprobación de este requisito, resulta difícil justificar un rol selectivo del correspondiente principio que lo fundamenta.

87 Por ejemplo, se llama de «*meio desnecessário ou desproporcional*», utilizando por tanto los dos requisitos en términos de equivalencia de valor, *AcSTJ 91/02/13 AJ 15/16*.

88 Por último, cfr. DA SILVA, cit. nt. 7, 98.