

LA AUSENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS EN CASOS DE LEGÍTIMA DEFENSA¹

THE ABSENCE OF SUBJECTIVE ELEMENTS IN CASES OF SELF-DEFENSE

Daniel Fernando Campos Jiménez²

Fecha de recepción: 31 de julio del 2025

Fecha de aprobación: 30 de noviembre del 2025

RESUMEN: Este artículo presenta cuál es la postura de la doctrina dominante en relación con la necesidad de que concurren elementos subjetivos para la justificación por la legítima defensa. Realiza un análisis crítico de la solución brindada por la doctrina dominante para los casos en los que estos elementos subjetivos no están presentes, pero sí se encuentra ante una situación objetivamente ajustada a la legítima defensa.

PALABRAS CLAVE: Causas de justificación; disvalor de acción; disvalor de resultado; elementos subjetivos; teoría del injusto personal; legítima defensa.

ABSTRACT: This article portrays the approach of the prevailing doctrine regarding the need of subjective elements for justifying through self-defense. It states a critical analysis of the solution provided by this prevailing doctrine for cases in which these subjective elements are not present, despite there being, objectively, a self-defense situation.

KEYWORDS: Grounds for justification; wrongfulness of conduct; wrongfulness of the result; subjective elements; personal unlawfulness theory; self-defense.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. La legítima defensa: la concurrencia de elementos subjetivos según la doctrina dominante, 3. La exigencia de elementos

¹ Este artículo es un breve extracto de mi tesis de licenciatura “Análisis crítico del requisito del elemento subjetivo para la justificación por legítima defensa, bajo los principios de un derecho penal liberal en un Estado social y democrático de Derecho”, (2022).

² Abogado y defensor público. Especialista en Derecho Notarial y Registral. Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

subjetivos no deriva del doble fundamento de la legítima defensa; 4. La diferencia esencial entre los tipos prohibitivos y los tipos permisivos; 5. La igualdad entre el disvalor de acción y el disvalor de resultado en la concepción personal del injusto penal; 6. Conclusión; 7. Bibliografía.

1. Introducción

¿Qué reacción debería tener el derecho penal ante un agente que despliega una conducta típica, pero objetivamente ajustada a una legítima defensa, sin que este agente sepa que está en una situación que hace justificada su conducta? Un ejemplo así lo presenta Spindel con un caso hipotético en el que “una esposa enojada derriba a golpes a altas horas de la noche a un ladrón armado que estaba abriendo la puerta de la casa, creyendo erróneamente tener ante sí a su marido de vuelta otra vez de una juerga”³. Es precisamente ese caso hipotético el que ha generado mi interés para realizar esta investigación.

La doctrina dominante solucionaría el caso expuesto como una tentativa inidónea, pues exige la concurrencia de elementos subjetivos en las causas de justificación. Sin embargo, la fundamentación detrás de esta solución ha sido poco discutida y carece —por lo general— de explicación mayor que la de ser esto una consecuencia evidente de la concepción personal del injusto penal.

Considero que los razonamientos planteados por la doctrina dominante para arribar a esta conclusión son poco satisfactorios y merece la pena hacer una revisión de estos para determinar si, en verdad, el requisito de elementos subjetivos para la aplicación de la legítima defensa es conceptual y sistemáticamente adecuado.

Para esto, lo primero que me he propuesto es presentar cuál ha sido el fundamento adoptado por la doctrina dominante en relación con la legítima defensa, para luego verificar si hay alguna particularidad que haga indispensable la concurrencia de elementos subjetivos en esta causa de

³ Günter Spindel citado en Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general* (Madrid, España: Editorial Civitas, 1997), 596; también citado en Francisco Castillo González, *Derecho penal: parte general. T. 2* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010), 64.

justificación. Luego, expongo cuál es la postura dominante sobre el tema, aclaro qué son esos elementos subjetivos requeridos y a raíz de qué son exigidos. Adelanto aquí que la doctrina dominante pretende extraer ese requisito de la concepción personal del injusto penal, por lo cual hago una breve revisión de la evolución de este concepto hasta llegar a la concepción personal de injusto. Dentro de este, explico qué papel juega el concepto de desvalor de acción y disvalor de resultado, para entonces validar la congruencia entre esos conceptos y la exigencia de elementos subjetivos para la legítima defensa. Con esto he procurado realizar un análisis crítico a los principales argumentos de quienes sostienen este requisito de elementos subjetivos en la legítima defensa.

Se trata aquí de una investigación eminentemente teórico-dogmática, por lo que la revisión bibliográfica ha sido el medio utilizado para su desarrollo, con especial énfasis en autores que tienen amplia relevancia en el medio costarricense.

2. La legítima defensa: la concurrencia de elementos subjetivos según la doctrina dominante

a) El doble fundamento de la legítima defensa

A lo largo de la historia se han dado variados fundamentos para sustentar la legítima defensa. Ha habido fundamentos que llevan a excluir la ilicitud (antijuricidad) de la conducta en legítima defensa y otros que solamente derivan en una exclusión de la pena o de la culpabilidad. Actualmente es aceptada la legítima defensa como una causa de justificación⁴, es decir que actúa en la exclusión de la antijuricidad; por lo tanto, aquel segundo grupo de fundamentos queda descartado.

⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo 3* (Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2009), 586; Francisco Castillo González, *Derecho penal: parte general. T. 2*, 73; Alfredo Chirino, y Ricardo Salas, *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., 1993), 22; Diego-Manuel Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona, España: Bosch, 1978), 108; Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2016), cap. 23 num. 8; Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 608.

Para esta investigación solamente trataré el doble fundamento que actualmente se impone, sin embargo, puedo referir a la vasta exposición del profesor Luzón Peña⁵ si se quiere ver las demás propuestas de fundamento y su respectiva crítica. Luzón expone fundamentos desde una perspectiva individual, como protección al derecho subjetivo o bien jurídico del agredido, y también fundamentos basados en una necesidad supraindividual de defensa del Derecho. Finalmente concluye que ninguno de estos, por sí solo, es satisfactorio y por ello se debe recurrir a un doble fundamento que integre ambas perspectivas.⁶

Para el profesor Luzón Peña el fundamento de la legítima defensa es, desde una aproximación individual, “la necesidad de defensa del bien jurídico particular” y desde una perspectiva supraindividual, “la necesidad de defensa del orden jurídico”⁷. Esta es una forma muy condensada de plantear su postura, a la cual yo agregaría que es la necesidad nacida de una agresión antijurídica. Esto es evidente si se lee en conjunto al profesor Luzón, pero por alguna razón, justo al precisar su toma de posición, ha omitido esta aclaración; quizás por parecerle sobreentendida.⁸ De forma similar, Roxin también defiende una doble fundamentación para la legítima defensa. Afirma que la protección individual es indudable en tanto se le confiere al individuo el derecho a defender bienes jurídicos propios o de terceros que se vean agredidos de forma antijurídica. Desde el lado supraindividual se refiere a un principio de prevailecimiento del Derecho.⁹

El principio de que “el Derecho no tiene que ceder ante el injusto” igualmente lo afirman Zaffaroni y los profesores Salas y Chirino, quienes exponen coincidentemente el fundamento de la legítima defensa bajo el enunciado de que no se está obligado a soportar lo injusto. Esta idea se presenta por parte de los profesores Salas y Chirino, con las expresiones de

⁵ Diego-Manuel Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 18 y ss.

⁶ *Ibid*, 58.

⁷ *Ibid*, 79.

⁸ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 23 num. 5. Esto lo ha subsanado en esta nueva obra y añade justamente la acotación de que es una necesidad de defensa ante una agresión antijurídica.

⁹ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 608; también en Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2da ed. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2002), 78.

que “nadie está obligado a soportar lo injusto” o que “el derecho no tiene porque soportar lo injusto” y lo refieren como un aspecto subjetivo, sea el ejercicio de un derecho por parte de la persona agredida, que sería la parte individual del doble fundamento; y también como un aspecto objetivo, sea la necesidad de mantener el orden jurídico, que sería la parte supraindividual.¹⁰ Luzón también considera viable este principio de que *el Derecho no debe ceder ante el injusto*, pero bajo la condición de que sea debidamente constreñido por el doble fundamento que él desarrolla.¹¹

Si bien la doctrina dominante no ha pretendido que la necesidad de que concurren elementos subjetivos en la legítima defensa provenga de su fundamento, considero siempre importante hacer esta revisión y destacar que, como se verá más adelante, este doble fundamento que aquí se ha expuesto como postura dominante, no contiene nada que nos pueda llevar a requerir la concurrencia de elementos subjetivos en la legítima defensa en particular. Por lo que en adelante, deberemos ocuparnos de los argumentos planteados en general para las causas de justificación.

b) El conocimiento de la situación justificante como elemento subjetivo

La legítima defensa es una causa de justificación y, como tal, se le han atribuido características que son admitidas de forma general para todas estas. Ese ha sido el caso con el requisito de que concurren elementos subjetivos para aplicar la legítima defensa. Ahora bien, existen diferentes posturas sobre lo que deben abarcar estos elementos subjetivos.

Dentro de las posiciones más estrictas se podría pretender que la persona actúe con el ánimo de defender(se) ante la agresión ilegítima. Esta, dice Luzón, es una postura aceptada en España, no solo por parte de la doctrina, sino por la jurisprudencia también. Es decir que la persona que

¹⁰ Alfredo Chirino, y Ricardo Salas, *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*, 24; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo 3*, 588. Es interesante como los primeros autores usan la frase “nadie está obligado a soportar lo injusto” que a mi parecer hace más referencia a la parte individual. Mientras que la formulación de Zaffaroni es “el derecho no tiene por qué soportar lo injusto” que pone la atención en la parte supraindividual.

¹¹ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 23 num. 6.

presencia una agresión ilegítima debe decidir actuar para repelerla, teniendo como finalidad la protección del agredido. Al menos se reconoce bajo esta postura que pueden concurrir en la persona otros motivos, pero siempre junto con el fin defensivo.¹²

La misma situación se presenta en Alemania. La jurisprudencia ha establecido que es necesario que la persona actúe con la finalidad justificante, en el caso de la legítima defensa, con finalidad defensiva. Aceptando que esta finalidad “conviva” con otras, siempre y cuando subsista la voluntad defensiva.¹³ En Costa Rica la realidad jurisprudencial no es tan diferente. Así lo indican los profesores Alfredo Chirino y Ricardo Salas cuando dicen que “es necesario no sólo que el sujeto impida o repela la agresión injusta [...] también es necesario que lo haga con ánimo de defensa”.¹⁴ Esta misma idea sostiene Zaffaroni quien dice que “en la legítima defensa se deberá conocer la agresión y se deberá tener la finalidad de defenderse”¹⁵. Igualmente, no se oponen a que sucedan otros fenómenos anímicos junto con la finalidad justificante.

En cambio, una posición menos extrema, y más factible desde el punto de vista probatorio¹⁶, es la que adoptan Roxin y Luzón. Según Roxin, su opinión es compartida por la doctrina dominante y exige para las causas de justificación únicamente el conocimiento de la situación justificante. Dice que en la legítima defensa se aplica la misma razón pues no hay nada particular que la modifique: “[...] el defensor [...] ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa [...]”.¹⁷ De la misma opinión es Luzón, tanto para las causas de justificación en general como para la legítima defensa. Para las causas de justificación en general hace la salvedad de que la finalidad deberá concurrir si la ley expresamente lo requiere; caso contrario hay que aceptar que “las causas de

¹² Ibid, cap. 23 num. 50.

¹³ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 598.

¹⁴ Alfredo Chirino, y Ricardo Salas, *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*, 75 y 220. Citan la resolución 176-F de 1987 de Sala Tercera. También se puede ver el voto num. 3 del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Tercera del 23 de junio de 1992. De ambos se extrae que es necesario un ánimo defensivo.

¹⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo 3*, 579.

¹⁶ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 598.

¹⁷ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 597 y 667.

justificación no requieren de modo general tales elementos subjetivos, [...] aunque, eso sí, es preciso conocimiento de la justificante”.¹⁸ Y en específico para la legítima defensa dice que “la opinión correcta, defendida en España por un amplio e importante sector doctrinal, sostiene que obrar “en defensa” significa en situación de defensa [...]”.¹⁹

c) El injusto personal exige estos elementos subjetivos, según la doctrina dominante

Esa necesidad de que concurren elementos subjetivos en las causas de justificación —y por ende en la legítima defensa— no siempre ha sido así. Desde una concepción objetiva del injusto penal no se hacía ningún análisis subjetivo en la conformación de este, por lo tanto, con la mera concurrencia de una situación objetivamente justificada, se excluía el injusto penal. El requerimiento de elementos subjetivos que actualmente se hace para las causas de justificación parece obedecer a la concepción personal del injusto penal.²⁰ Por ello, me parece adecuado hacer un breve repaso del desarrollo que ha tenido este concepto en la doctrina.

La evolución histórica del injusto penal²¹ ha variado su caracterización entre un injusto eminentemente objetivo y uno predominantemente subjetivo²², así como otras posturas intermedias. Por ejemplo, si nos situamos en el sistema clásico del delito, cuyos exponentes de obligatoria mención son von Liszt y Beling, tenemos una concepción inspirada en el positivismo científico y consecuentemente en un concepto natural de la acción humana. Sistema que se caracterizó por una clara distinción entre los elementos objetivos y

¹⁸ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 21 num. 27.

¹⁹ *Ibid*, cap. 23 num. 51.

²⁰ Juárez Estevam Xavier Tavares, *Teoría del Injusto Penal*, trad. Mario Pereira. (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., 2013), 308 y ss; Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 5ta ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete. (Perú: Pacífico Editores S.A.C., 2014), 484; Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 596 y 597; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo 3*, 574 y 575.

²¹ Si se quiere ver más sobre la evolución histórica de lo injusto se puede ver Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal, Tomo 3: El Delito*, 4ta ed. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, 1977), 963; también en Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 319.

²² Si se quiere ver una propuesta de una teoría del delito sostenida sobre una concepción subjetiva de injusto penal: Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2001).

subjetivos que conformaban el delito, haciendo tajante separación entre los aspectos externos (objetivos) del hecho, que serían conocidos y analizados en la tipicidad y la antijuricidad, mientras que toda la parte interna (subjetiva) era tratada en una concepción psicológica de la culpabilidad.²³ Claramente, para este estadio de la teoría del delito el injusto penal era absolutamente objetivo y el supuesto que aquí nos ocupa no sería controvertido. Este supuesto estaría completamente justificado, ya que para excluir el injusto solamente importaría verificar la parte externa del hecho y su adecuación objetiva a la causa de justificación.²⁴

Pero esta concepción exclusivamente objetiva del injusto penal comenzó a sufrir variaciones. Para 1930, el sistema clásico del delito en Alemania ya había sido superado por una reformulación que hoy denominamos sistema neoclásico del delito. Alejándose del positivismo científico que había regido el sistema clásico, el Derecho apuntaba ahora más decididamente a fines y valores, pues es enfocado con un lente teleológico propiciado por el neokantismo y el reconocimiento de las ciencias del espíritu. En esta época destaca la exposición de Mezger, quien, a pesar de la subjetivización del injusto que se dirá, seguía entendiéndolo como el quebranto a una norma de valoración, sin necesidad de atender al destinatario de la norma porque este sería relevante únicamente para la culpabilidad, que era el momento de análisis dedicado a valorar el acato a una norma de determinación. Sin embargo, la decidida objetividad asignada al injusto en el sistema clásico era en parte insostenible por la existencia de ciertos tipos de injusto que son incomprensibles sin contemplar en ellos ciertos elementos subjetivos. Así, uno de los grandes cambios del sistema neoclásico se da en el tipo, que deja de verse como meramente descriptivo y pasa a tener componentes normativos-valorativos. Para este sistema ya en el mismo tipo hay muchas veces elementos de carácter subjetivo que son necesarios para configurar el

²³ Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 300 y ss.; Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 9 num. 16 y ss; Santiago Mir Puig, *Derecho penal: Parte General*, 5ta ed. (Barcelona, España: Reppertor, 1998), 154; Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 198.

²⁴ Felipe De La Fuente Hulaud, "Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal," *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, no. 16 (1995): 218.

verdadero comportamiento prohibido. Estos llamados elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto²⁵ acarrearán cierto grado de subjetivización del injusto penal, que para el sistema clásico era tan marcadamente objetivo. La antijuricidad también pasó a tener más profundidad con una concepción material asociada a la idea de dañosidad social. Aunque se pretende que el injusto penal siga siendo predominantemente objetivo, lo cierto es que ya lo subjetivo había permeado.²⁶

Después del sistema neoclásico, se puede hablar de una teoría del delito formada por los postulados de la teoría final de la acción que comenzó a desarrollar Hans Welzel desde la década de 1930. El concepto de acción, bajo esta teoría, parte de la premisa de que la acción humana tiene un carácter pre-jurídico y que el sistema penal debe pensarse y desarrollarse siempre atendiendo a este concepto ontológico. La realidad que supone esta teoría es que cada acción humana va mentalmente dirigida a un objetivo, es decir que tiene una finalidad perseguida mediante la elección de determinados medios. Para ello, es necesario aceptar que toda acción humana requiere conocimiento y voluntad de ser ejecutada (con los evidentes problemas que esto representa para los delitos imprudentes). Es gracias a este razonamiento que se obtiene el mayor aporte del finalismo: una escisión en los elementos subjetivos que hasta entonces eran conocidos en la culpabilidad. Dividiendo, por un lado, el análisis del dolo entendido como conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo penal, el cual sería analizado en la tipicidad. Y, por otro lado, reservando para la culpabilidad la comprensión de antijuricidad y capacidad de actuar conforme a Derecho. Este traslado implicó una definitiva subjetivización del injusto.²⁷ En específico dice Jescheck que:

²⁵ Puede verse un amplio desarrollo sobre estos en Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal, Tomo 3: El Delito*, 825 y ss.

²⁶ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 9 num. 25 y ss.; Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 302 y ss.; Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 198 y 199; Fernando Molina Fernández, “El Concepto de Injusto en la Evolución de la Teoría Jurídica del Delito,” *Revista Chilena de Derecho* 22, no. 2 (1995): 283, JSTOR.

²⁷ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 199 y ss.; Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 9 num. 45 y ss.; Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 312 y ss.

“Con el traslado del dolo se alcanzó al fin una subjetivización de la antijuricidad que además condujo a un cambio en el concepto material del injusto. A partir de este momento los elementos subjetivos del tipo fueron agrupados junto con el dolo bajo el concepto superior de “elementos personales del injusto”, y el “desvalor de acción” confrontado al “desvalor de resultado” [...] La doble contemplación de la antijuricidad, bajo los aspectos de la voluntad de acción antijurídica y de la infracción del objeto, mostró que el injusto no se agotaba en la causalidad del resultado socialmente dañino sino que debía ser visto en un “fracaso socialmente considerable” de la persona, concepto éste en el que están fusionadas la voluntad de acción del delincuente y el resultado delictivo.”²⁸

Así, la doctrina dominante reconoce que con el traslado del dolo al análisis de la tipicidad se termina por completo con la idea de un injusto objetivo proveniente de los dos sistemas anteriores.²⁹ El finalismo introduce la norma de determinación en la fundamentación del injusto, y ya no únicamente como fundamento de la culpabilidad que había sido asignada en sistemas anteriores.

Se termina este breve repaso histórico con la teoría personal del injusto. Aunque existe en esta cierta influencia del finalismo, la aceptación mayoritaria de esta teoría personal del injusto se ha dado de forma independiente a la teoría final de la acción,³⁰ aprovechando únicamente la posibilidad de ubicar el dolo natural en la tipicidad, dejando para la culpabilidad otros componentes subjetivos como la capacidad de comprender la prohibición y de actuar conforme a ella. Entonces, la doctrina dominante no se considera adherida a una teoría final de la acción y no desarrolla el sistema con base en los

²⁸ Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 314 y 315.

²⁹ En el mismo sentido, Felipe De La Fuente Hulaud, “Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal,” 219.

³⁰ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 13, num. 27; en el mismo sentido Roxin, *Derecho penal Parte general*, 320; también Javier Llobet Rodríguez, “Francisco Castillo González y el Derecho Penal Costarricense,” *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, no. 5 (noviembre 2013): 42 y ss. <https://archivo.revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12438>.

postulados de dicha teoría. Aunque sí mantienen un injusto subjetivo-objetivo³¹ con el análisis del dolo en la tipicidad y la comprensión de la antijuricidad en la culpabilidad.

En su lugar se hace por el llamado concepto personal de acción que tiene, junto con el concepto de injusto personal, inspiración en el finalismo,³² pero sin partir de sus postulados. El concepto personal de acción establece que esta es una manifestación de la personalidad. Son aquellas externalizaciones que le sean atribuibles al yo, no así aquellas que, si bien externalizadas por un ser humano, no responden a un mínimo de consciencia o voluntad de la persona. A modo de ejemplo, no serían acciones personales, en este sentido jurídico, aquello que realice un ser humano durante un ataque de epilepsia u otros movimientos reflejos, o lo realizado en un episodio de sonambulismo.³³ Para esta investigación es vital rescatar lo dicho por Luzón en cuanto a que “tan importante es la parte subjetiva como la objetiva [de la acción]”³⁴ y considera que un concepto personal de acción “se adecua mejor al equilibrio que debe darse entre la parte subjetiva y la objetiva de la acción”³⁵ porque este balance, ya visto desde el concepto personal de acción, es también un balance esencial para el injusto personal.

En el injusto personal este equilibrio puede ser apreciado acudiendo al concepto de norma.³⁶ Mientras que la llamada “norma de valoración” toma en cuenta un estado de cosas, es decir un aspecto objetivo de la realidad sobre el cual efectuar la valoración; la llamada “norma de determinación” refiere a la conducta de una persona y su adecuación a lo esperado, es decir la valoración

³¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo 3*, 572; Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 13 num. 27.

³² Francisco Castillo citado en Javier Llobet Rodríguez, “Francisco Castillo González y el Derecho Penal Costarricense”, 43.

³³ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 252 y ss.; Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 10 num. 37 y ss.

³⁴ *Ibid.*, cap. 10 num. 53.

³⁵ *Ibid.*, cap. 10 num. 55.

³⁶ En contra de la posición aquí planteada José Manuel Gómez Benítez sostiene, en cambio, que el injusto penal se fundamenta exclusivamente en el disvalor de acción. Reconoce cierta función al disvalor de resultado, pero no como parte constitutiva necesaria del injusto penal. José Manuel Gómez Benítez, “Conformidad a derecho del ejercicio del cargo y error: (aproximación dogmática a la exclusión del injusto personal)” (Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 1979), <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54000/1/5322940805.pdf>.

aquí es sobre el aspecto subjetivo que la persona ha externalizado. Esto da paso respectivamente a los conceptos de disvalor de resultado y disvalor de acción.³⁷ En ese sentido, Roxin —como partidario de la teoría personal del injusto— presenta su posición con respecto al papel que juegan el disvalor de resultado y el disvalor de acción en el injusto, pero lo hace predominantemente desde una perspectiva del tipo.³⁸ Sin embargo, incluso en las partes en las que se refiere exclusivamente al rol de estos conceptos desde el tipo, pueden extraerse conclusiones para el injusto como categoría que engloba la acción típica y antijurídica.³⁹ Es decir, que los conceptos de disvalor de acción y disvalor de resultado pueden presentarse tanto en el análisis de tipicidad como en el de antijuricidad, y así claro en el concepto de injusto como objeto ya desvalorado. Muestra de ello es que Luzón, al igual que Jescheck, explica estos dos tipos de disvalor desde su exposición sobre la antijuricidad.⁴⁰

La importancia de estos conceptos radica en que el injusto personal se fundamenta tanto en la violación a la norma de determinación como en la violación a la norma de valoración. Este equilibrio —mismo al que hacía referencia Luzón en cuanto al concepto personal de acción— es el que permite tener un concepto de injusto que supera los defectos de teorías extremadamente subjetivistas o extremadamente objetivistas. A este respecto dice don Francisco Castillo que “dentro del injusto personal, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado son comportamientos de igual rango”.⁴¹ Para

³⁷ Juárez Estevam Xavier Tavares, *Teoría del Injusto Penal*, 297.

³⁸ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 319 y ss.

³⁹ *Ibid*, 227. Esto es compatible con el hecho de que Roxin no adopta un sistema de análisis cerrado o lo que él llama “el modelo de los cajones”. Perfectamente pueden valorarse elementos en distintas partes del análisis (por ejemplo en la tipicidad y luego también en la antijuricidad).

⁴⁰ El tema del disvalor de resultado y el disvalor de acción es presentado desde la antijuricidad por Jescheck y Weigend. Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 349 y ss; en cambio, Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 319 y ss, plantea el disvalor de resultado y de acción desde el tipo. En todo caso ambos conceptos son coincidentes y los autores simplemente escogen momentos de la teoría del delito distintos para abordarlos. Sin embargo, creo que la aproximación de Jescheck es más adecuada porque la verificación de ambos tipos de disvalor se presenta con el análisis de la antijuricidad, mientras que en la tipicidad lo que hay es una presunción de disvalor de acción y de disvalor resultado, pero estos solo serán confirmados con la existencia de la antijuricidad. Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 13 num. 38 y ss.

⁴¹ Francisco Castillo citado en Javier Llobet Rodríguez, “Francisco Castillo González y el Derecho Penal Costarricense”, 45; En el mismo sentido Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 354, quienes rechazan posiciones subjetivistas extremas que niegan cualquier valor fundamentante del injusto al disvalor de resultado y centran todo en el disvalor de acción.

ser consecuentes con esta afirmación hay que entender que la conformación del injusto requiere tanto de un disvalor de acción como de un disvalor de resultado.⁴² Una vez comprobado un mínimo de cada uno de estos disvalores, puede darse que se presente uno u otro con mayor o menor intensidad y que esto gradúe la gravedad del injusto. Así, por ejemplo, en la tentativa existe un menor disvalor de resultado; y por su lado, en los delitos imprudentes existe, en comparación con los delitos dolosos, un menor disvalor de acción.

Nótese que la norma de determinación, y su respectivo disvalor de acción, va dirigida a los individuos, incluso a los inimputables,⁴³ para orientar su conducta. La violación a esta norma de determinación sería lo que fundamenta el disvalor de acción, pues implica que una persona actúa en contra de lo que la norma ordena como conducta deseada, ya sea por dolo o por una falta al deber de cuidado en el caso de la imprudencia.⁴⁴ En cuanto al disvalor de resultado, este se explica porque la norma -además de norma de determinación- es norma de valoración que emite un juicio de valor sobre supuestos de hecho que el Derecho considera deben evitarse o que no deben ser. Por lo tanto, cuando uno de esos supuestos llega a ser, el Derecho no puede más que valorar negativamente el acaecimiento de tal suceso.

Acudiendo al concepto de bien jurídico, debemos decir que estas situaciones desvaloradas son aquellas en las que resulta una ofensa para un bien jurídico tutelado, ya sea una puesta en peligro o una efectiva lesión de este.⁴⁵ Entonces es la violación a la norma de valoración lo que sustenta el

En cambio, se decantan por un injusto que se base tanto en la rebelión contra la norma como en la producción del daño social sufrido por el ofendido y la comunidad.

⁴² Dice Roxin que “Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado.” Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 320. Esto refuerza la idea de que el injusto personal otorga igual importancia a ambos tipos de disvalor. En el mismo sentido, Luiz Flavio Gomes, “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: Contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido” (Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2001), 463, ProQuest Publishing.

⁴³ Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 35.

⁴⁴ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 322; Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 13 num. 31.

⁴⁵ Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 355.

disvalor de resultado. Roxin dice que “[...] la infracción contra la norma de determinación fundamenta el disvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado [...]”⁴⁶. Por lo tanto, es cierto que la violación a la norma de valoración fundamenta -en parte- el disvalor de resultado; pero este abarca y presupone un disvalor de acción. Es necesaria una previa y relacionada violación a la norma de determinación para que se puede tener por violada la norma de valoración. Esta es la posición de Roxin, que es solamente en parte compartida por Luzón.

Al respecto se lee: “es verdad que si no hay *ex ante* ningún desvalor de acción [...] no puede haber conducta antijurídica sino conforme a Derecho, pues no está desvalorada ni infringe prohibición alguna, aunque *ex post* se produzca un desvalor de resultado.”⁴⁷ También dice: “no hay injusto sin desvalor de acción, aunque se cause un desvalor de resultado.”⁴⁸ En ese sentido se puede decir que ambos autores están de acuerdo en que sin un disvalor de acción no puede haber injusto. Solamente que Luzón -a diferencia de Roxin- sí estima posible (con una lectura literal de la cita) hablar de un disvalor de resultado aún sin un disvalor de acción al cual referirlo. Muy probablemente el profesor Luzón debió o incluso quiso haber dicho “aunque se cause un resultado típico”, en lugar de hablar de disvalor de resultado.

La diferencia quizás parezca de detalle, pero entre las dos opciones prefiero la expuesta por Roxin basándome en que sólo tiene sentido la valoración negativa de resultados causados por una acción humana también valorable negativamente. El resultado típico puede igual producirse y puede ser lamentable desde otras perspectivas de la vida, mas no corresponde al Derecho valorar como resultados disvaliosos aquellos no producidos por una conducta humana violatoria de una norma. La definición de Roxin sirve para asegurar que no sería correcto pensar en un disvalor de resultado sin que exista un disvalor de acción en relación con este.

⁴⁶ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 323.

⁴⁷ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 13 num. 53.

⁴⁸ *Ibid*, cap. 13, num. 30.

Ahora bien, claro que de forma abstracta y aislada el concepto de disvalor de acción sí puede pensarse sin necesidad de haber comprobado algún disvalor de resultado. Sin embargo, enmarcados ya en la operación sistemática de la conformación de un injusto penal no sería adecuado con el concepto de injusto personal pensar que en un caso concreto puede sostenerse un tipo de disvalor que prescindiera totalmente del otro. Así, existe oposición a las concepciones que pretenden un injusto penal exclusivamente basado en el disvalor de acción y por lo tanto, no debería pensarse en que el disvalor de acción tenga relevancia sin un mínimo de disvalor de resultado. Dice Roxin:

La separación de acción y resultado y la expulsión del resultado fuera del injusto también es imposible porque el injusto penal no puede existir en ninguna de sus manifestaciones sin un resultado externo. La tentativa también presupone un resultado (el comienzo de la ejecución, pues de lo contrario no es una acción de tentativa, sino a lo sumo un acto preparatorio), [...] Si se lleva a sus últimas consecuencias, una teoría que, prescindiendo de todo resultado externo, quisiera basar el injusto exclusivamente en el desvalor subjetivo de la intención, no solo tendría que elevar el caso límite de la tentativa imposible a prototipo de injusto, sino que incluso, y dado que la tentativa imposible (a diferencia de la supersticiosa) aún implica un “resultado” jurídico penalmente relevante, tendría que ver injusto penal ya en la resolución de actuar en contra de la norma; sin embargo, ello acabaría desembocando en un Derecho penal de la actitud interna.⁴⁹

En primer lugar, es interesante que Roxin habla aquí únicamente de “resultado”, mas no de “disvalor de resultado”. Esta diferencia es esencial porque un “resultado” es simplemente una constatación del mundo del ser, mientras que un “disvalor de resultado” es una valoración.⁵⁰ Y producto de esta pertinente distinción se puede afirmar que incluso en los delitos de mera conducta existe un disvalor de resultado, con la única particularidad de que el

⁴⁹ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 325.

⁵⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo 3*, 258.

disvalor de resultado no se representa en una situación material distinta de la conducta.⁵¹ Me parece que -en esta cita en particular- cuando el profesor Roxin habla de acción y de resultado quiere hacer referencia al respectivo disvalor que cada una de ellas encarna. Esto tiene sentido pues previo a la cita, en el mismo sentido de argumentación, dice que tiene que existir una relación entre disvalor de resultado y disvalor de acción, relación que es debidamente establecida mediante la teoría de la imputación.⁵² También es compatible con la referencia que hace al caso de la tentativa. Si se piensa en “resultado” solo como entidad del ser, tanto los actos preparatorios como el inicio de la ejecución son “resultados” en el mundo exterior. Mientras que si se piensa en “disvalor de resultado” entonces se puede razonar normativamente para excluir los actos preparatorios, pero incluir el inicio de la ejecución. Esto aduciendo a que en el inicio de la ejecución el disvalor de resultado consiste en la cercanía con la realización completa del tipo, que es un indicio de una concreta puesta en peligro que se le hace correr a un bien jurídico por la cercanía con una efectiva lesión; lo cual, por regla general, no ocurre en los meros actos preparatorios.

Una vez aclarada la concepción personal de injusto penal, veamos entonces un poco más en detalle cuál es la respuesta que da la doctrina dominante al caso que nos ocupa. A estos supuestos en los que la conducta está objetivamente amparada en una legítima defensa, pero sin contar el agente con el conocimiento de que se estaba ante una situación de legítima defensa, el profesor Roxin se refiere como una inversión del error de tipo permisivo.⁵³

De forma clara se ha resuelto que en estos casos desaparece el disvalor de resultado, pero subsiste el disvalor de acción. Explica el profesor Roxin que

⁵¹ Sobre este tema Luzón plantea dos posibilidades: que en los delitos de mera conducta no haya disvalor de resultado por ser abarcado por la parte objetiva del disvalor de acción o que sí exista un disvalor de resultado, pero sin una expresión material separada. Ante ese panorama debo decididamente escoger la segunda. Me parece necesario que el injusto se sostenga en ambos tipos de disvalor. De forma que la eliminación del disvalor de resultado para ciertos delitos por una mera cuestión de definiciones es innecesaria e inconveniente. Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 13 num 39 y 41.

⁵² Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 324.

⁵³ *Ibid*, 596.

“[...] el resultado de injusto objetivamente no se ha producido y el disvalor de la acción por sí solo únicamente puede fundamentar una tentativa”.⁵⁴ El profesor Luzón sigue una línea muy similar: “[...] al haber desvalor de acción y ser imposible que se dé el desvalor de resultado, responde por *tentativa inidónea* [...]”.⁵⁵ De la misma opinión es el profesor Castillo al considerar que con la subsistencia del disvalor de acción ya se debe excluir la legítima defensa y se estaría ante un injusto penal, impune eso sí. Coincidiendo en que la solución que deriva de esta lógica es calificar el hecho como una tentativa inidónea, punible en Alemania, no así en Costa Rica. Pero este tema y las inconsistencias de tratarlo como una tentativa inidónea deberán reservarse para otra oportunidad.

Para entender un poco más sobre cómo es que se llega a esa idea de que “desaparece”⁵⁶ el disvalor de resultado, se puede apreciar la posición del profesor Castillo. Él considera que, si el injusto penal se conforma de un disvalor de acción y un disvalor de resultado, entonces para poder justificar una conducta deben concurrir elementos que permitan *levantar* ese disvalor de acción y el disvalor de resultado. De esa forma, las causas de justificación tienen que fundamentar un *valor de acción* y un *valor de resultado*.⁵⁷ En términos generales, Roxin, Luzón y Castillo analizan el supuesto de la misma manera. Casi matemáticamente sustraen de lo que normalmente habría sido el injusto aquella parte que no se puede configurar: el disvalor de resultado. Esto les deja un disvalor de acción y consideran que únicamente puede dar lugar a una tentativa. Esta tentativa será además tratada como una tentativa absolutamente inidónea porque nunca habría sido posible sancionar por un delito consumado ya que el resultado obtenido es conforme a Derecho.

3. La exigencia de elementos subjetivos no deriva del doble fundamento de la legítima defensa

a) Fundamento individual

⁵⁴ Ibid, 600 y 601.

⁵⁵ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, cap. 23 num. 55.

⁵⁶ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 597.

⁵⁷ Francisco Castillo González, *La legítima defensa* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2004), 203.

Como expliqué anteriormente, el aspecto individual del fundamento de la legítima defensa reside en una necesidad de defender un bien jurídico que es atacado antijurídicamente. De este fundamento no se desprende necesariamente la concurrencia de elementos subjetivos para la legítima defensa.

La forma más sencilla de comprobar la falta de relación entre este fundamento y la exigencia de elementos subjetivos es planteándose si el desconocimiento de que alguien está siendo atacado hace desaparecer de alguna manera la necesidad de defender el bien jurídico bajo agresión. La respuesta debe ser rotundamente negativa. La necesidad general de defensa del bien jurídico bajo ataque no depende de ninguna manera del conocimiento del ataque por parte del agredido o por parte de un tercero.

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

“Pero la necesidad de defensa surge en cuanto aparece una agresión ilegítima y pone en peligro algún bien jurídico del individuo: desde ese momento se da la necesidad de hacer algo para evitar que se realice la agresión, para “impedirla o repelerla”; y esa necesidad de defender dura mientras subsiste el peligro. [...] Desde el momento que una agresión ilegítima pone en peligro un bien jurídico de un individuo, y aunque esté presente la fuerza pública y pueda intervenir (incluso suficientemente), desde ese momento surge la necesidad de defensa para el bien jurídico; pues aunque la autoridad pueda actuar, lo cierto es que el bien está en riesgo y hay que hacer algo para evitar que sea lesionado: hay necesidad de defenderlo.”⁵⁸

Así como la presencia de la autoridad no elimina la necesidad de defensa del bien jurídico (más bien es esa necesidad de defensa la que llamaría a la autoridad a actuar), así tampoco puede el simple desconocimiento

⁵⁸ Diego-Manuel Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 36 y 37.

de las circunstancias por parte del agredido o de cualquier otra persona involucrada incidir de alguna forma en la necesidad de defensa del bien jurídico individual. Como bien se desprende de la cita del profesor Luzón, la necesidad de defensa en abstracto depende únicamente de la presencia de una agresión ilegítima. La determinación de la existencia de una agresión ilegítima que genere esa necesidad de defensa es un aspecto objetivo que puede, y debe, ser verificado posteriormente.

Pero no solamente es cierto que el fundamento individual mayormente aceptado no se presta de ninguna manera para requerir elementos subjetivos para la aplicación de la legítima defensa, sino que, además, las teorías individualistas que sí recurren a elementos subjetivos resultan inadecuadas para fundamentar la legítima defensa. Las primeras teorías en las que se podría pensar son las que menciona el profesor Luzón Peña como la perturbación de ánimo o conflicto de motivaciones. La teoría de la perturbación del ánimo, que Luzón le atribuye a Pufendorf, básicamente establece que quien es víctima de un ataque sufre de una perturbación en su ánimo y que por ello su reacción defensiva no puede ser sancionada ya que debe considerarse inculpable.⁵⁹

Evidentemente, es necesario que la persona agredida conozca la situación de peligro en la que se encuentra para poder alegar esta perturbación en el ánimo, de lo contrario no podría ser conmocionado por ella. Pero igual de evidentes son los problemas que implica aceptar dicha teoría basada en elementos subjetivos de la persona agredida. Por un lado, la perturbación en el ánimo explicaría una causa de inculpabilidad, no una justificación que excluya la antijuricidad como lo hace la legítima defensa. Además, con base en esta teoría quedarían por fuera los casos en los que, a pesar de que la persona agredida conozca el peligro, este no llegue a perturbarlo, y falla entonces sobre todo para explicar la legítima defensa de terceros. Por otro lado, esta fundamentación es más bien excesiva porque abarca supuestos de hecho que no deben ser cubiertos por la legítima defensa: la perturbación anímica de alguien que es atacado puede producirse sin importar si el ataque que se sufre

⁵⁹ Ibid, 18.

es jurídico o antijurídico, mas no debe justificarse la defensa que se haga ante un ataque que no es ilegítimo.⁶⁰ Los mismos argumentos se pueden plantear para otra posición individual-subjetiva que se basa en un instinto de conservación para fundamentar la legítima defensa.⁶¹ Queda claro que, aunque se puedan imaginar fundamentos individuales que requieran elementos subjetivos por parte del sujeto que ejerce la defensa, lo cierto es que no son idóneos para servir de fundamento a la legítima defensa tal cual la aplicamos hoy en día y por eso mismo han sido rechazados por la doctrina dominante.

En cambio, el fundamento individual que ha aceptado la doctrina dominante es uno completamente objetivo y, por lo tanto, no puede extraerse como derivación lógica de este un requisito de elementos subjetivos para la aplicación de la legítima defensa. Incluso el absoluto desconocimiento por parte de quien ha actuado bajo las circunstancias de una legítima defensa es completamente irrelevante para el fundamento individual de la legítima defensa, ya que el peligro al bien jurídico y la necesidad de defensa de este existen con independencia de que un sujeto sea consciente de ello o no.

b) Fundamento supraindividual

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

Un primer argumento en favor de esta afirmación es muy similar al que aplica para la parte individual del doble fundamento: una supresión hipotética del elemento subjetivo no afecta en nada el contenido de este fundamento. Siguiendo la reflexión del profesor Luzón sobre lo que debe ser el fundamento supraindividual de la legítima defensa se ve que es “la necesidad de defensa, de afirmación del Derecho frente a la agresión injusta [...]”⁶², esta necesidad de defensa surge con la mera existencia de una agresión antijurídica que ataca, no solo al derecho o bien jurídico individual, sino ya al ordenamiento jurídico en

⁶⁰ Ibid, 19 y 20.

⁶¹ Ibid, 40-43.

⁶² Ibid, 53.

sí mismo.⁶³ El hecho de que nadie sepa que esta agresión contraria a Derecho existe no la hace menos real ni menos desvalorada jurídicamente.

No obstante, Luzón apunta certeramente que esta necesidad de defensa del Derecho no es “categórica o absoluta”⁶⁴ porque esta necesidad solamente existe si se quiere mantener el Derecho frente al injusto, diciendo que “El orden jurídico necesita ser defendido, si no quiere que en el caso concreto el injusto (agresor) prevalezca contra él; y necesita ser defendido por el particular, si prefiere romper así en algo el monopolio de la fuerza estatal para que no venza la agresión.”⁶⁵ De este modo, encontrándonos frente a una agresión ilegítima, solamente se podría suprimir el fundamento supraindividual de la legítima defensa si encontráramos una razón de peso que haga al Derecho elegir, en el caso en concreto, que es preferible permitir que prevalezca el injusto sobre él. No veo en el desconocimiento de la situación agresiva injusta motivo alguno para que el Derecho ceda ante el injusto.

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

“[...] ni el concepto de “defensa” en el §32 II ni en el principio del preavalecimiento del Derecho obligan tampoco a castigar al sujeto que, desconociendo la situación de defensa, actúa de modo objetivamente adecuado por un delito consumado, en vez de castigarle sólo por tentativa: pues objetivamente también se da en ese caso una defensa y una afirmación del Derecho frente al injusto, por lo que es adecuado excluir la legítima defensa propia y de terceros contra esa actuación [...]”⁶⁶

⁶³ Ibid, 47.

⁶⁴ Ibid, 53.

⁶⁵ Ibid, 53.

⁶⁶ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 667.

Aun bajo tales circunstancias de desconocimiento por parte de quien defiende, lo cierto es que se afirma objetivamente el Derecho frente al injusto. Considero importante destacar que el doble fundamento se basa en la necesidad de defender (el bien jurídico individual y el Derecho), mas no en la defensa efectiva de estos. De lo contrario, solamente estarían debidamente fundamentadas las defensas que efectivamente hayan repelido o hecho cesar la agresión. Y no existe semejante exigencia para esta justificante. Solamente es requerido que la acción sea idónea para repeler o hacer cesar la agresión, si esta falla, igualmente debería justificarse.

Queda claro que la exigencia de que concurren elementos subjetivos para la aplicación de la legítima defensa no es una particularidad que se pueda desprender de los fundamentos de esta. En cambio, la doctrina dominante pretende arribar a esta conclusión por la concepción personal del injusto penal. Por lo tanto, a continuación, nos ocuparemos de analizar críticamente este sustento.

4. La diferencia esencial entre los tipos prohibitivos y los tipos permisivos

La doctrina dominante aborda los tipos permisivos como si estos fueran un paralelo del tipo prohibitivo. La premisa para construir los primeros es que, si el tipo prohibitivo complejo exige para su verificación la comprobación del tipo objetivo y la del tipo subjetivo, entonces para la verificación del tipo permisivo deberá aplicar la misma lógica, verificando en el tipo permisivo un aspecto objetivo y uno subjetivo concordante.⁶⁷ Pero esta construcción muchas veces omite un dato esencial: la diferencia sustancial entre un tipo permisivo y un tipo prohibitivo.

Personalmente evito el uso del término “tipos permisivos”, y en cambio prefiero la denominación de causas de justificación. Aquí al inicio los he denominado así para evidenciar que el uso de este nombre hace tentador tratarlos como un paralelo de los tipos prohibitivos. Prefiero llamarles causas de

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Derecho penal: parte general*, 2da ed. (Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2002), 601.

justificación porque no se trata en realidad de “tipos” en el sentido de que no son una descripción de un fragmento de la realidad sometida a permisión, como sí lo son los tipos prohibitivos para su finalidad respectiva. Las causas de justificación son expresión de principios que sirven para resolver conflictos sociales, como parte de las funciones atribuidas al campo de la antijuricidad.⁶⁸

Una de las principales diferencias es que las causas de justificación no tienen por qué regirse, al menos no de la misma manera que los tipos prohibitivos, por el principio de legalidad. Ciertamente las causas de justificación no están sujetas a la misma exigencia de determinación o certeza que los tipos penales porque las causas de justificación no excluyen la antijuricidad de único tipo penal, sino que son, en principio, aplicables a todos los tipos prohibitivos. Por lo tanto, las causas de justificación deben brindar pautas generales para resolver el conflicto en el caso concreto. Son —como ya he dicho— expresión de principios del Derecho que permiten determinar cuándo no hay antijuricidad.

Comienza a evidenciarse que los tipos prohibitivos y las causas de justificación tienen puntos de origen y funciones diametralmente opuestas. Los tipos prohibitivos señalan y aportan los elementos, de modo indiciario, de aquello que es considerado penalmente injusto. Es decir, recortan o seleccionan fragmentos de la realidad que se encuentran prohibidos y establecen así límites a la libertad del individuo. En cambio, las causas de justificación son enunciados generales que sirven para determinar cuándo, a pesar de la apariencia indiciaria de antijuricidad, los hechos en concreto resultan no ser contrarios a Derecho. Entonces, la aplicación de una causa de justificación lo que hace es confirmar “la vigencia de un ámbito de licitud o libertad”.⁶⁹

Las anteriores razones son en parte argumentos utilizados para sustentar una separación analítica entre el análisis de tipicidad y el de antijuricidad.⁷⁰ Sin embargo, resulta igualmente útil para demostrar que no

⁶⁸ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 287.

⁶⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Derecho penal: parte general*, 602.

⁷⁰ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, 288.

existe necesidad, ni utilidad, en aplicar la misma lógica para la verificación de causas de justificación que para la verificación de tipos prohibitivos. Esta breve distinción es la que da paso al siguiente apartado que evidencia el error lógico en el que se incurre al requerir la concurrencia del elemento subjetivo en la legítima defensa para la justificación de la conducta.

5. La igualdad entre el disvalor de acción y el disvalor de resultado en la concepción personal del injusto penal

La doctrina dominante incurre en un error lógico al exigir indispensablemente la concurrencia de elementos subjetivos para aplicar la legítima defensa. Este error, primero que todo, reside en la fórmula utilizada por muchos autores que se refieren a las causas de justificación como si estas tuvieran un efecto compensatorio con respecto a los disvalores de acción y de resultado.⁷¹ Este es el error lógico que ocurre cuando se construye la causa de justificación, en este caso la legítima defensa, como una derogación de la prohibición.⁷² Es decir, se parte de la idea que con la sola realización del tipo existe ya un disvalor de acción y de resultado que en la antijuricidad, en caso de presentarse una causa de justificación, pueden ser derogados o “compensados”.

A mi parecer este razonamiento es contrario a la construcción teórica desde la que parte la doctrina dominante en cuanto a la relación entre tipicidad y antijuricidad. Para este argumento es menester recordar que dicha relación es de carácter indiciario, el disvalor de acción y el disvalor de resultado aludidos con la realización de cada tipo penal son únicamente presuntos disvalores. Hasta tanto no se haya superado el filtro de la antijuricidad con el

⁷¹ “si para el injusto es menester que concurren tanto el disvalor de acción como el de resultado, lo mismo ha de exigirse para el reconocimiento de una causa de justificación del hecho, esto es, se hace menester que confluyan un valor positivo en el comportamiento y a la vez otro en el resultado.” Diego Araque Moreno, “El elemento subjetivo en las causas de justificación en la reciente doctrina argentina (a propósito de las obras de Javier Esteban de la Fuente y Maximiliano Rusconi),” *Revista Nuevo Foro Penal* 6, no. 74 (2010): 181.;

“como consecuencia de la intervención de la norma justificante, tanto el disvalor de acción como el de resultado del hecho debe decaer o ser compensado en todo o en su mayor parte”. Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 480 Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*, 480.

⁷² Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Derecho penal: parte general*, 602.

cual se confirma la verdadera y definitiva existencia de estos disvalores.⁷³ Las causas de justificación no compensan el injusto, más bien excluyen o niegan su conformación. Al igual que no diríamos que las causas de justificación compensan un injusto ya existente, tampoco debemos aplicar esa expresión para las partes fundantes del injusto: el disvalor de acción y disvalor de resultado.

El error continúa por la absoluta contradicción lógica con la afirmación de que bajo el injusto personal se da igual importancia al disvalor de acción y disvalor de resultado; y que ambos deben estar presentes para fundar el injusto penal. La lógica usada por la doctrina dominante es que si C (el injusto penal) se conforma de A (disvalor de acción) y B (disvalor de resultado), entonces para excluir C se debe negar la existencia tanto de A como de B. Así, en el caso de una legítima defensa sin concurrencia del elemento subjetivo se excluye la existencia de B, pero no la de A. Por lo tanto, C puede subsistir (aunque no en su modalidad consumada, sino como tentativa). El problema es que esto implica otorgar una evidente supremacía al disvalor de acción sobre el disvalor de resultado en la fundamentación del injusto. Tanto el delito consumado como el delito tentado requieren como paso previo la existencia de un injusto penal. En otras palabras, la calificación del supuesto estudiado como tentativa reconoce la posibilidad de fundamentar un injusto penal única y exclusivamente en el disvalor de acción. Lo cual es contradictorio con la postura que ya se ha expuesto por parte de la doctrina dominante que pretende más bien darle igualdad a ambos tipos de disvalor en la conformación del injusto.

En cambio, una lógica congruente con la idea de que tanto el disvalor de acción como el disvalor de resultado son condiciones necesarias para la conformación del injusto debería ser la siguiente: si para afirmar C debo

⁷³ “Comparado con el conjunto de informaciones que se necesita para responder la cuestión de la punibilidad de un comportamiento, el ámbito de la tipicidad es insuficiente. [...] La respuesta definitiva a esta cuestión se elabora en el ámbito de la «antijuridicidad». En él se tipifican situaciones en las que, excepcionalmente, el derecho penal no convierte en definitivo el juicio provisional que hace sobre el carácter injusto de un comportamiento que ya ha sido calificado de típico.” Luis Arroyo Zapatero citado en Roberth Uribe Alvarez, “Sobre prohibiciones y permisos en el derecho penal,” *Revista Nuevo Foro Penal* 14, no. 91 (julio - diciembre 2018): 101, <https://doi.org/10.17230/nfp.14.91.3>.

comprobar la existencia tanto de A como de B, entonces el mínimo requerido para negar C es la exclusión de alguno de los dos, A o B. Es la única manera de poder afirmar que ambos tipos de disvalor tienen verdaderamente igualdad en la conformación del injusto penal. El proceso lógico para la conformación del injusto no es igual al proceso lógico para excluirlo. La confusión viene, probablemente, de la misma idea de querer aplicar las mismas reglas a los tipos penales y a las causas de justificación a pesar de sus funciones opuestas (limitar la libertad frente a reafirmar espacios de libertad).

Resulta poco debatido que la violación de la norma de valoración (el disvalor de resultado) implica y presupone una violación de la norma de determinación. Conclusión con la que estoy completamente de acuerdo. Pero, además, sostengo que el mismo razonamiento debe aplicarse al disvalor de acción, el cual debe estar igualmente condicionado a la existencia de un disvalor de resultado con el que esté debidamente relacionado. De forma que, desde mi perspectiva, los conceptos de disvalor de acción y disvalor de resultado están indisolublemente unidos y no debe existir uno sin el otro. Se les “separa” por la utilidad analítica que esta clasificación tiene, pero no debe olvidarse que, siendo estos elementos igualmente necesarios para la formación del injusto, no tiene sentido hablar de uno cuando el otro esté absolutamente ausente.⁷⁴

6. Conclusión

Incluso el doble fundamento adoptado por la doctrina dominante es compatible con la idea de que los elementos subjetivos de la legítima defensa no sean un requisito para su aplicación. Sin embargo, la misma doctrina sí requiere la concurrencia de elementos subjetivos para aplicar la justificación por legítima defensa. Los elementos subjetivos requeridos son el conocimiento de la situación que hace justificada la conducta. Derivan esta exigencia del concepto personal de injusto penal, al decir que, si el injusto penal se compone de elementos objetivos y subjetivos, de un disvalor de acción y un disvalor de

⁷⁴ En contra, Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 29, citando a Welzel.

resultado; entonces, para excluir ese injusto penal deben levantarse tanto el disvalor de acción como el disvalor de resultado. Por lo cual, la mera situación objetiva de legítima defensa solamente hace desaparecer el disvalor de resultado, pero persiste el disvalor de acción. Es el conocimiento de la situación de defensa la que hace desaparecer también el disvalor de acción. Por lo tanto, para la doctrina dominante, los casos en los que existe una situación de legítima defensa, sin que se tenga conocimiento de esa situación, deben ser tratados como una tentativa inidónea, al no haber un disvalor de resultado y permanecer únicamente un disvalor de acción.

Esa postura es errónea al no contemplar que el mismo concepto de injusto personal predica que para la conformación del injusto tiene igual importancia el disvalor de acción y el disvalor de resultado. Esta igualdad de entidad entre los disvalores implica que para que se conforme el injusto penal tiene que verificarse un mínimo disvalor de acción y un mínimo disvalor de resultado. No pudiendo sustentarse un injusto penal exclusivamente sobre uno de los dos disvalores. Es por ello que, si en el caso bajo estudio no existe disvalor de resultado, lo que corresponde es excluir la formación del injusto penal y confirmar el ámbito de libertad de los individuos. Un error en el que se cae por desconocer las diferencias entre los tipos prohibitivos y las causas de justificación, pretendiendo que haya un paralelismo entre ellos y para su aplicación.

No exigir elementos subjetivos para la legítima defensa es una postura válida y congruente con la concepción personal de injusto penal. No se pretende volver a una concepción objetiva del injusto penal, pues se reconoce la existencia de elementos subjetivos en el injusto penal y por ende en las causas de justificación, entre ellas la legítima defensa. Lo cual no quiere decir que estos tengan que ser tenidos como una exigencia indispensable para que aplique la causa de justificación y se excluya el injusto penal.

7. Bibliografía

Araque Moreno, Diego. "El elemento subjetivo en las causas de justificación en la reciente doctrina argentina (a propósito de las obras de Javier

Esteban de la Fuente y Maximiliano Rusconi).” *Revista Nuevo Foro Penal* 6, no. 74 (2010): 181-188.

Castillo González, Francisco. *Derecho penal: parte general. T. 2*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010.

Castillo González, Francisco. *La legítima defensa*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2004.

Chirino, Alfredo, y Ricardo Salas. *La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., 1993.

De La Fuente Hulaud, Felipe. “Relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal.” *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, no. 16 (1995): 217-224.

Fernández, Fernando Molina. “El Concepto de Injusto en la Evolución de la Teoría Jurídica del Delito.” *Revista Chilena de Derecho* 22, no. 2 (1995): 265-296. JSTOR.

Gomes, Luiz Flavio. “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: Contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido”. Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2001. ProQuest Publishing.

Gómez Benítez, José Manuel. “Conformidad a derecho del ejercicio del cargo y error : (aproximación dogmática a la exclusión del injusto personal)”. Doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 1979.
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/54000/1/5322940805.pdf>.

Jescheck, Hans Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Volumen I*. 5ta ed. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. Perú: Pacífico Editores S.A.C., 2014.

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo 3: El Delito*. 4ta ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, 1977.

Llobet Rodríguez, Javier. "Francisco Castillo González y el Derecho Penal Costarricense." *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, no. 5 (noviembre 2013): 11-76.

<https://archivo.revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12438>

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, España: Bosch, 1978.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2016.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal: Parte General*. 5ta ed. Barcelona, España: Reppertor, 1998.

Roxin, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997.

Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2da ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2002.

Sancinetti, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2001.

Uribe Alvarez, Roberth. "Sobre prohibiciones y permisos en el derecho penal." *Revista Nuevo Foro Penal* 14, no. 91 (julio - diciembre 2018): 80-126.
<https://doi.org/10.17230/nfp.14.91.3>.

Xavier Tavares, Juarez Estevam. *Teoría del Injusto Penal*. Traducido por Mario Pereira. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., 2013.

Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 5 (36) (17). Año 5.

ISSN 2515-6704. RDCP- UCR. 2025.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo 3.*

Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Derecho penal:*

parte general. 2da ed. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2002.