

**LA LEGÍTIMA DEFENSA:  
UNA REVISIÓN  
NORMATIVISTA**

**Omar Palermo**

## Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez  
(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas  
(Profesor de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2006 Omar Palermo

© 2006 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona  
e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)  
[www.atelierlibros.es](http://www.atelierlibros.es)  
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 84-96354-91-1

Depósito legal: B. 42.113-2006

Diseño y fotocomposición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona  
[www.addenda@addenda.es](http://www.addenda@addenda.es)

Impresión: Winihard Gràfics

# ÍNDICE

NOTA PREVIA . . . . .	13
ABREVIATURAS . . . . .	15
PRÓLOGO . . . . .	17

## PRIMERA PARTE. LAS TEORÍAS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA. ANÁLISIS CRÍTICO

<b>CAPÍTULO I.</b>	
INTRODUCCIÓN . . . . .	23

<b>CAPÍTULO II.</b>	
<b>LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO RECACIÓN «COGNITIVA» ANTE PELIGROS: LAS TESIS INDIVIDUALISTAS . . . . .</b>	<b>31</b>
2.1. El denominado fundamento «individualista» . . . . .	31
2.2. La normativización de la esfera jurídica del agredido a partir de Stratenwerth . . . . .	36
2.3. La protección de la libertad individual de acción ( <i>individuelle Handlungsfreiheit</i> ) en Wagner . . . . .	40
2.4. La concepción individualista en Hruschka . . . . .	44
2.5. Frister: la legítima defensa como una forma cualificada de estado de necesidad defensivo . . . . .	49
2.6. ¿Fundamentación individualista en Jakobs? . . . . .	54
2.7. La tesis individualista de Neumann . . . . .	61
2.8. El fundamento individualista en Baldó Lavilla . . . . .	65

2.9. La legítima defensa como forma de aseguramiento de la «relación de coordinación» en Renzikowski . . . . .	72
2.10. La defensa del derecho «intersubjetivo» del agredido en Kargl . . . . .	77
2.11. El principio de responsabilidad del agresor en Freund . . . . .	80

**CAPÍTULO III.**

**LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO REACCIÓN NORMATIVA: LA DEFENSA**

<b>DE LA VALIDEZ «EMPÍRICA» DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO . . . . .</b>	<b>85</b>
3.1. Las denominadas teorías «supraindividualistas» . . . . .	85
3.2. La tesis de Schmidhäuser . . . . .	87
3.3. Consideraciones críticas . . . . .	91
3.3.1. El argumento de la no exigibilidad de la huida . . . . .	93
3.3.2. El argumento de la falta de proporcionalidad . . . . .	99
3.3.3. La legítima defensa y los bienes de la comunidad en la concepción supraindividual . . . . .	106
3.3.4. La teoría supraindividual y la legítima defensa de terceros. . . . .	109
3.3.5. Las dificultades de la teoría supraindividual con la actualidad de la agresión, las tentativa inidóneas y las agresiones aparentes . . . . .	111
3.4. La naturaleza penal de la legítima defensa . . . . .	116
3.4.1. Las teorías retributivas . . . . .	116
3.4.2. Observaciones críticas . . . . .	119
3.4.3. ¿La legítima defensa como instrumento de prevención? La denominada «función preventiva» de la legítima defensa. . . . .	124
3.4.4. Crítica . . . . .	127
3.4.5. Legítima defensa y <i>poena naturalis</i> . . . . .	132

**CAPÍTULO IV.**

**LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO REACCIÓN COGNITIVA Y NORMATIVA: LA TEORÍA**

<b>DEL DOBLE FUNDAMENTO . . . . .</b>	<b>137</b>
4.1. El modelo de fundamentación dualista . . . . .	137
4.2. El fundamento «dualista» en Roxin . . . . .	140
4.3. La tesis «dualista» de Luzón Peña . . . . .	144
4.4. La concepción «compleja» de la legítima defensa en Kühl . . . . .	147
4.5. Consideraciones críticas: ¿una teoría? . . . . .	151
4.5.1. Objeciones metodológicas . . . . .	153
A. Desvincula el significado de la defensa del sentido de la agresión . . . . .	153
B. No elimina las deficiencias de las teorías que la componen. . . . .	155
C. Crítica a la fundamentación preventivista de la legítima defensa . . . . .	156

4.5.2. Objeciones sistemáticas . . . . .	158
A. Determinación del concepto de agresión . . . . .	158
B. Agresiones en el ámbito de la responsabilidad institucional . . .	160
C. Legítima defensa y tentativa inidónea en la concepción dual . .	163
D. La legítima defensa de terceros en la teoría dualista . . . . .	165
E. La falta de proporcionalidad en la legítima defensa . . . . .	166
F. Otros cuestionamientos sistemáticos a la concepción dualista . .	168

**CAPÍTULO V.**

CONCLUSIONES PROVISIONALES . . . . .	171
--------------------------------------	-----

**SEGUNDA PARTE.**

**BASES PARA UNA REVISIÓN NORMATIVISTA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

**CAPÍTULO VI.**

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA COMUNICACIÓN «INSTRUMENTAL» . . . . .	179
6.1. La legítima defensa en el «mundo de los individuos» . . . . .	179
6.2. La legítima defensa en el «estado de naturaleza» de Hobbes . . . . .	185
6.3. El comportamiento instrumental del «hombre salvaje» en Rousseau . .	191
6.4. ¿Es individualista la fundamentación de la legítima defensa en Kant? . .	197
6.5. De nuevo: la insuficiencia del esquema «individual» . . . . .	207

**CAPÍTULO VII.**

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA COMUNICACIÓN «PERSONAL» . . . . .	209
7.1. La «intersubjetividad» de la persona . . . . .	209
7.2. Legítima defensa y derecho abstracto: los deberes negativos . . . . .	215
7.2.1. Deberes de aseguramiento de una fuente de peligro propia . . . . .	218
7.2.2. Deberes de salvamento por asunción del dominio del riesgo . . . . .	223
7.2.3. Deberes de salvamento derivados de injerencia . . . . .	227
7.3. Legítima defensa y especial comunidad: los deberes positivos.. . . .	235
7.4. Los deberes negativos como posibilitadores de esferas de libertad. El principio de autorresponsabilidad . . . . .	245
7.5. El reverso de los deberes negativos: la libertad de organización. Su incidencia en el ámbito de la legítima defensa . . . . .	250

**CAPÍTULO VIII.**

LA AGRESIÓN COMO «EXPRESIÓN DE SENTIDO» . . . . .	255
8.1. La agresión como negación de la personalidad . . . . .	255

8.2. La «atribución objetiva» del sentido de la agresión . . . . .	264
8.3. Excurso: ¿agresión mediante omisión? . . . . .	273
8.4. Imputación subjetiva de la agresión: ¿dolo o imprudencia? . . . . .	277
8.5. La culpabilidad como presupuesto de la agresión . . . . .	289

**CAPÍTULO IX.**

<b>EL «SIGNIFICADO» DE LA DEFENSA . . . . .</b>	<b>303</b>
9.1. La acción defensiva como reconocimiento de la personalidad . . . . .	303
9.2. La legítima defensa como forma de cumplimiento del deber del agresor . . . . .	313
9.3. La legítima defensa como participación impune en una autolesión . . . . .	317
9.4. Excurso: el estado de necesidad agresivo como cumplimiento de un deber general de solidaridad . . . . .	325
9.5. Necesidad de una organización propia del agredido: su capacidad de culpabilidad como presupuesto de la acción defensiva . . . . .	327
9.6. ¿Causa de justificación? La legítima defensa como problema de imputación objetiva . . . . .	333
9.7. ¿Restricciones ético-sociales al derecho de defensa? . . . . .	341
9.7.1. Los deberes de solidaridad como constitutivos de la personalidad . . . . .	343
9.7.2. La corresponsabilidad del agredido en la creación de la situación de necesidad: la provocación como un supuesto de estado de necesidad defensivo . . . . .	349
9.7.3. ¿Limitaciones al derecho de defensa en caso de responsabilidad institucional? . . . . .	359
9.7.4. Derecho a la legítima defensa y actuación de la autoridad . . . . .	364
9.7.5. El problema de la legítima defensa frente a amenazas constitutivas de chantaje . . . . .	369

**CAPÍTULO X.**

<b>CONCLUSIONES . . . . .</b>	<b>375</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA . . . . .</b>	<b>383</b>