

EL CASO ESPECIAL DE LA DEFENSA MEDIANTE INSTALACIONES AUTOMÁTICAS*

Por IVANA BLOCH

I. INTRODUCCIÓN. EL CASO DE LA BOTELLA DE VINO

El presente trabajo procura un acercamiento al estudio del supuesto conocido como “defensa mediante la utilización de instalaciones automáticas” —tales como abrojos, dispositivos de disparo automático, pozos para provocar caídas, etc.—, habitualmente tratado por la dogmática moderna como un supuesto de legítima defensa.

Fue el examen de un caso particular —el “caso de la botella de vino” y su posible tratamiento como supuesto de autopuesta en peligro de la víctima— el que me hizo formular una pregunta, cuya respuesta se intentará encontrar en los próximos acápitales: la posibilidad de tratar los casos de defensa automatizada, como casos de acción a propio riesgo.

Si bien el estudio del caso mencionado excede el objeto de este escrito, se expondrán algunas de las reflexiones planteadas en uno anterior¹, a fin de comprender cuál es aquí el punto de partida. Se trata del caso en el que el propietario de una vivienda guarda en su sótano una sustancia tóxica dentro de una botella de vino, de la que un intruso bebe, y le causa daños en su salud. A

* Uno de los aportes más significativos que ha hecho Andrés D'Alessio en su trabajo de cátedra ha sido el de fomentar y alentar la discusión de cualquiera de los temas que se relacione con el Derecho Penal y Procesal Penal. Hemos recurrido a él y siempre ha sido muy generoso con su tiempo y su interés. Es por ello que como homenaje he pensado en desarrollar el planteo de uno de los tantos temas de dogmática penal sobre el que le he consultado. Sólo resta transmitir a nuestros alumnos, el mismo tesón y la misma pasión que él tenía por todo lo que hacía.

¹ Se trató de la elaboración de un *Referat* para el seminario sobre Legítima Defensa dirigido por el Prof. Dr. Heiko Lesch en la Facultad de Derecho de la Universidad de Würzburg (Alemania), que luego formó parte de mi trabajo de Maestría —*Magisterarbeit*— en esa misma Facultad como becaria de la Fundación Konrad Adenauer. Fue precisamente una pregunta planteada por dicho Profesor, la que motivó parte de las consideraciones que aquí se esbozan. Agradezco profundamente también a los Profs. Dres. Manuel Cancio Meliá y Ulrich Sieber la consideración tan positiva de mi trabajo. Por último quiero agradecer a mi colaboradora Sofia Chiambretto y a mi colega Natalia Birreci por la lectura de los borradores con gran espíritu crítico.

su vez, el hecho de dejar una botella que contiene una sustancia tóxica ha sido considerado por algunos autores como un caso más de protección por medios automáticos² y es por ello que aquí se lo relacionará con el tema principal de este escrito.

Cancio Meliá sostuvo que el caso debía ser tratado como un supuesto de prohibición de regreso³. Sabido es que la prohibición de regreso en su concepción actual⁴ implica que una conducta previa estereotipadamente inocua no fundamenta ninguna responsabilidad si se dan posteriores vuelcos hacia lo delictivo⁵. La institución de la prohibición de regreso se aplica también a la posterior conducta de la víctima: no hay una conducta típica cuando el autor hace un aporte que luego vira a un daño a la víctima por su propia obra⁶. A su vez, sostiene el profesor Cancio Meliá que en primer lugar debe tratarse la exclusión de la imputación por aplicación de la “prohibición de regreso” y luego —si no se está ante un contexto inocuo— el filtro de “imputación a la víctima”⁷.

Mas, cabe poner en duda la consideración del fallo de la “botella de vino” como un caso de prohibición de regreso. En efecto, uno de los ejemplos más conocidos de “prohibición de regreso” es aquel en el que el panadero, al vender el panecillo, sabe que el comprador envenenará el producto y luego lo servirá a sus invitados⁸ (negocios comunes de intercambio de la vida cotidiana). Este ejemplo se aplica también a la conducta posterior de la víctima. Ello por cuanto las constelaciones de casos en cuestión también pueden darse con relación a la conducta posterior de un sujeto que anuda a un determinado comportamiento del autor una acción que puede ser lesiva para sus propios bienes (es decir, si el

² La han tratado de ese modo autores como BEKKER, Ernst I., *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t. I, suplemento II, Leipzig, Ghirzel, 1859, p. 605 y KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr (Ein Beitrag zur Frage der Verteidigung durch selbstwirkende Schutzmittel)*, Múnich, München, Jurf. Diss., 16 sept. 1950, p. 7.

³ CANCIO MELIÁ, Manuel - BARREIRO, Agustín J., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal: estudio sobre ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, José M. Bosch, 1998, p. 327.

⁴ Aquí, por ahora, no se hará referencia a la definición tradicional de la prohibición de regreso —es decir: a la interrupción de la relación causal cuando con posterioridad a una conducta imprudente de un primer sujeto le sigue el comportamiento doloso y culpable de un segundo, lo que exime de responsabilidad a aquél— sino a la concepción introducida por Jakobs.

⁵ Así citó Cancio Meliá a Jakobs (CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten und objektive Zurechnung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ZStW 111 (1999)*, p. 28). Para ser más precisos, dice JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal* (traducido por M. Cancio Meliá), Madrid, 1996, p. 107: “una conducta estereotipadamente inofensiva no puede fundamentar una participación en una organización no permitida”.

⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 29.

⁷ La explicación de este orden de prelación excede el presente trabajo. Ver CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., ps. 326 y ss.

⁸ El ejemplo es de JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín y Nueva York, 1991, ps. 24/17; también en JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva...*, cit., p. 107.

panadero sabe que el mismo comprador comerá el pan que previamente envenenará). En ambas situaciones el panadero no responde por participación en el homicidio. Por supuesto, no puede dudarse de que ese caso debe ser calificado como un supuesto de prohibición de regreso, pues para la configuración de ese filtro lo decisivo es que la conducta pueda definirse como inofensiva.

Junto con el caso del panadero Cancio Meliá menciona el ejemplo del vino envenenado⁹. Así sostiene que la conducta del autor no tiene significado delictivo si éste guarda en un recipiente de apariencia inocua, un líquido venenoso en circunstancias también aparentemente inocuas —por ejemplo en la heladera— y la víctima, quien penetra de modo no autorizado en la vivienda, ingiere el líquido y sufre lesiones.

Sin embargo, cabría preguntarse si tanto Cancio Meliá como Derksen¹⁰ no estarían confundiendo una “conducta estereotipadamente inocua” con una conducta que “parece” inocua. En efecto, bien podría sostenerse que la conservación de una botella de vino llena de una sustancia tóxica no tiene un significado claramente inocuo como sí lo tiene la venta de pan¹¹. Y, justamente, dado que el contexto no puede definirse como inofensivo sino como riesgoso, podríamos avanzar hacia el segundo filtro de la imputación de la conducta: la acción a propio riesgo o imputación a la víctima.

Para ello, en primer lugar debe acreditarse que se cumplan las condiciones que estos mismos autores proponen. Si quisiéramos definir la interacción entre el propietario de la casa y el intruso, no podríamos decir de ninguna manera que ese contacto —visto objetivamente— resulta inofensivo para la víctima. Esta conducta puede ser vista tan riesgosa como el conocido caso de la “relación sexual sin protección”, al que también Cancio Meliá hace referencia. Es por ello que, en principio, el intruso ha actuado a propio riesgo dada su responsabilidad preeminente en la organización conjunta¹². Sin embargo, tal

⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., ps. 326 y ss.

¹⁰ DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, Dunker & Humblot, 1992, p. 198 y ss., sostiene también que este ejemplo corresponde al grupo de casos de la prohibición de regreso y lo considera un falso caso de acción a propio riesgo.

¹¹ El mismo Cancio Meliá duda sobre lo inofensivo de esa conducta, pero a pesar de eso no la trata como problemática de imputación a la víctima.

¹² La idea de responsabilidad preeminente en Cancio Meliá excede el presente trabajo. A fin de facilitar la comprensión del concepto puede señalarse que este autor —lo que aquí se comparte— considera que el titular del bien jurídico tiene una posición especial frente a sus propios bienes. Cuando un tercero colabora con el titular, no puede hacérselo responsable por esa conducta. Lo contrario implicaría expropiarle al titular del bien jurídico su libertad de organización e imponerle al otro un deber de protección (ver EXNER, Franz, “Fahrlässiges Zusammenwirken”, en *Festgabe für Rür Reinhard von Frank I*, Tübingen, 1930, p. 590). Coincidentemente con esta interpretación hay, en mi opinión, dos aportes importantes que el autor realiza en relación con las visiones tradicionales: la crítica a la teoría de la puesta en peligro propia y ajena (irrelevancia de la estructuración fenomenológica de los aportes de autor y víctima desarrollada por Roxin —ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., München, München Beck, 1997, ps. 11/91 y ss.—, por ejemplo) y la crítica a la importancia de la representación subjetiva de los colaboradores (teoría del “consentimiento” y “fórmula del saber superior”).

como en ese caso, es aquí también necesario definir el contexto de la interacción. De ese modo se puede comprobar si la víctima ha sido instrumentalizada, es decir: si la víctima no debe ser responsable de la actividad riesgosa (así lo ha concluido, por ejemplo, Cancio Meliá respecto de quien mantiene relaciones sexuales sin protección estando casado, pues en ese caso —en resumidas cuentas— podría sostenerse que si el infectado sabe de su enfermedad y la oculta se ha configurado una instrumentalización de la víctima, toda vez que el contexto sí podría definirse como estereotipadamente inocuo. Si el propietario sabe que tiene vino envenenado en su casa, entonces también deberíamos observar el contexto. Así, por ejemplo, si un huésped se dirige a la cocina y toma lo que aparentemente es vino —tal como sucede en el conocido “caso del arsénico”¹³— se puede hablar también aquí de una instrumentalización. Puede verse, entonces, que el límite de la “organización conjunta” —que decae en caso de instrumentalización— puede ser la solución para estos casos. En efecto, en el caso del vino, la víctima (el huésped) puede —visto objetivamente— definir el contexto como inocuo. Por el contrario, el intruso, no; tal como aquél que mantiene relaciones sexuales sin protección con un desconocido y contrae una enfermedad de transmisión sexual.

El hecho de que al propietario de la casa no pueda imputársele la conservación de la botella de vino en el caso del intruso tiene su fundamento en el principio de autorresponsabilidad. Como señala Frisch casi intuitivamente: “(s)ería grotesco prohibirle al propietario la conservación de sustancias tóxicas, etc. en recipientes a la vista inofensivos en el sótano de su casa para que un intruso (...) u otra persona que sin autorización ponga mano a los objetos no sufra daños a causa de esa confusión”¹⁴. Para este autor falta ya aquí la creación del riesgo jurídicamente desaprobado¹⁵. Esto no es otra cosa que el corolario del principio de responsabilidad propia: uno no está obligado a considerar la conducta errada de otras personas.

Hasta ahora se ha intentado dejar en claro que la conducta del intruso ha cumplido con las condiciones de la “acción a propio riesgo”. Pues supongamos que el propietario ha dejado la botella de vino como medio de defensa. Él piensa que la botella podría atraer al intruso a que tome de ella y de esta forma podría evitar la comisión del delito. Si el intruso resulta entonces lesionado, este caso podría resolverse tradicionalmente con la institución de la legítima defensa. Sin embargo, quizás haya en esta solución un resto de subjetivismo, pues si se quiere ser consecuente con una concepción normativa, no podría decirse otra cosa que también en este caso se configura un supuesto de acción

¹³ RGSt 1, 373. La imputada había dejado una botella de vino envenenada con arsénico en el alféizar de la ventana. Su marido tomó de ésta y murió.

¹⁴ FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 220. El autor nota que para determinadas relaciones es diferente (p. ej. si lo tomaran miembros de la familia).

¹⁵ FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges...*, cit., p. 219.

a propio riesgo. En efecto, la imputación a la víctima no puede depender de los deseos internos del autor (como en la relación sexual sin protección entre desconocidos, donde debería ser indiferente considerar si el infectado quiere transmitir su enfermedad o no). No resulta razonable afirmar que existe una responsabilidad preeminente de la víctima por su acción, cuando el propietario de la casa dejó la botella por desidia (solución de la acción a propio riesgo) y que cuando aquél dejó la botella para dañar a eventuales intrusos, la víctima no actuó autorresponsablemente y el suceso es objetivamente imputable al autor (solución de la legítima defensa).

Ahora estamos en condiciones de introducir un nuevo elemento en nuestros hechos. Supongamos que la botella de vino envenenada es uno de varios medios de defensa “automáticos” instalados por el propietario de la casa¹⁶. Cabe aclarar, que se ha considerado el caso de la botella como tal, pues, al igual que otras “instalaciones”, no reaccionan contra un ataque concreto como los casos clásicos de legítima defensa, determinadamente esperado, sino que se toman en vista del peligro indeterminado de un posible ataque¹⁷ (no producen sus efectos frente a un ataque individual sino que están ajustados a un determinado grupo de características exteriormente reconocibles)¹⁸.

Es así como con el caso de la botella de vino puede notarse que los supuestos de defensa automatizada podrían considerarse en realidad configurativos de acción a propio riesgo. Esta posición, su trasfondo histórico y los reparos que podría traer ese tipo de tratamiento serán el núcleo del presente trabajo. Desde ya, el examen que aquí se realiza no se circunscribe al estudio de esta cuestión ni justifica la utilización de estos medios de protección, sino que la toma como punto de partida para indagar acerca del distingo entre dos estratos de la teoría del delito: la tipicidad y la antijuricidad (y, más concretamente, la imputación objetiva y la justificación).

Para ello, en primer lugar, se detallará el tratamiento que históricamente se le ha dado a los casos de defensa por medios automáticos. En este cometido, puede afirmarse que observar la problemática de la defensa automatizada como un supuesto de acción a propio riesgo no es, contrariamente a lo que podría suponerse, una visión novedosa. También se intentará explicar por qué ha sido tratada en los últimos años como problemática de la legítima defensa.

¹⁶ Si bien ya se ha adelantado que el caso de la botella de vino se ha considerado como de defensa automatizada, debe admitirse que los casos de dispositivos automáticos son incluso más simples de resolver que el de la “botella”. Ello por cuanto en el caso de quien toma el vino no está tan claro que este peligro sea un elemento “inherente” de la actividad elegida por la víctima.

¹⁷ KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte Gegenwehr”, *GA 1984*, p. 540.

¹⁸ KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 545.

II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL TRATAMIENTO DE LA “DEFENSA” POR MEDIOS AUTOMÁTICOS

Ya en la segunda mitad del siglo XIX una innumerable cantidad de autores se había expresado en contra de la solución mediante la aplicación de legítima defensa en los casos de protección automatizada¹⁹. Sin embargo, dentro de esta propuesta de solución deben diferenciarse claramente dos grupos que se confunden con frecuencia.

En primer lugar puede ubicarse aquel grupo que considera no punible la lesión provocada por medios de protección automáticos, en virtud de puntos de partida distintos al derecho a la legítima defensa. Por el otro lado, aquel grupo en el cual sin abandonar el terreno de la legítima defensa, algunos autores manifiestan reparos acerca de si dichas medidas de protección cumplen con las características propias de esta causa de justificación.

El primer grupo es²⁰, por supuesto, de especial importancia para el presente trabajo, pero no por ello se dejará de tratar la última posición nombrada. En efecto, la no utilización de la legítima defensa para los casos de protección por medios automáticos se fundamentó y fundamenta por lo general en la ausencia de actualidad en el ataque o en la falta de necesidad de la defensa (es decir, la fundamentación que ubicamos en el segundo grupo al que se hizo referencia)²¹. Sin embargo, aunque en menor medida, se ha negado ya la existencia de relación causal entre la acción del que se “defiende” y el resultado de lesión provocado: lo que aquí se ha denominado primer grupo y cuya versión un poco más moderna se describirá en la tercera parte del siguiente desarrollo²².

1. Primer grupo: no aceptación del derecho a la legítima defensa para el caso de protección por medios automáticos

Se ha afirmado que el tratamiento de esta constelación de casos como problema de imputación²³ no constituye una novedad. Quizá lo novedoso del presente trabajo sea el “rescate” de esta antigua doctrina²⁴.

¹⁹ Lo que motivó estos primeros escritos fue un fallo del Tribunal Superior en lo Criminal austriaco que se publicó en la revista *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit*, t. II, 1826, p. 176 y que fue citado, entre otros, por V. BAR, Ludwig, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871, p. 85. El tribunal austriaco consideró la protección por medios automáticos como un caso de legítima defensa. Esta causa concitó gran atención pública y abrió una discusión muy interesante (comparable con la que generó, años más tarde, el llamado caso de la jeringuilla de heroína).

²⁰ Ver más adelante el apart. II.1.

²¹ Ver más adelante el apart. II.2.

²² Ver más adelante el apart. II.3.

²³ Si se habla en términos actuales.

²⁴ Es llamativo que pese a la importancia del debate luego del pronunciamiento austriaco, la literatura moderna al ocuparse de la “acción a propio riesgo” no haga mención a esta vieja

Ernst Bekker fue en el año 1859 el primer autor que rechazó la utilización de la legítima defensa para la solución de estos casos y al mismo tiempo se ocupó de responder la cuestión acerca de si en la defensa con medios automáticos “la lesión producida (puede) imputársele a aquel del cual partió, a título de dolo jurídicamente punible o culpa”²⁵. Bekker respondió la pregunta sirviéndose de la teoría de las condiciones imposibles. La fundamentación fue la siguiente: si el organizador de dispositivos de protección ve que el daño sólo alcanzará al que cometa un delito, entonces se comporta sin culpa porque la posibilidad de que un tercero cometa un delito no necesita ser prevista por él²⁶ (la comisión de un delito es una condición con la cual uno nunca debe contar). La inculpabilidad sería la consecuencia de la carencia de una “porción esencial de la tipicidad interna”²⁷. Según la opinión de Bekker, su solución encontraría aplicación sólo allí “donde quien es afectado por el daño se lo ocasiona él mismo mediante su propio delito”²⁸.

Esta posición fue criticada por muchos autores. Algunos por su imprecisión o insuficiencia²⁹ y otros porque esta tesis permitiría excluir la punición también en casos de defensa no necesaria³⁰.

Como valor negativo de su explicación puede observarse también que su fundamento no se apoya en el principio de autorresponsabilidad, sino en una forma de inadmisibles *versari in re illicita*, pues sólo quien comete un delito debería cargar con las costas de su actuación. De su lado, y aunque la pregunta acerca de —en ese entonces— la culpabilidad, no haya sido el punto de partida más propicio, este autor contribuyó con dos aportes importantes para la problemática aquí tratada. Primero, el hecho de que en su trabajo ya se reconoce un intento por delimitar ámbitos de responsabilidad. Segundo, que —tal como se adelantó— se plantea por primera vez la pregunta acerca de la no punibilidad en estos casos desde un punto de vista distinto al de la legítima defensa.

concepción dogmática que criticaba el fallo. En ninguno de los textos modernos hay alusión alguna a esta jurisprudencia ni a sus críticos.

²⁵ BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 606. Sobre ese tema hubo ya antes de su escrito una discusión interesante entre Passy y Von Metzburg pero sobre la base de la legítima defensa —el primero la acepta, el segundo no— (en detalle v. SOMMERLAD, “Über die Ausübung des Notwehrrechts durch Veranstaltung von Sondervorrichtungen”, *GS 39 (2887)*, p. 364).

²⁶ BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 607.

²⁷ BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608.

²⁸ BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608. Énfasis agregado.

²⁹ Entre otros y desde posturas totalmente distintas: BÖHLAU, Hugo, “Occidere und causam mortis praestare (Eine Antwort auf eine Frage)”, *GA XIII (1865)*, p. 472; v. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 367.

³⁰ v. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 367 n.p. 1; LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung und Ausübung der Notwehr durch Schutzmaßregeln*, Disertación, Giessen, 1907, p. 6; KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 22.

Es el propio autor, quien admite que su cometido fue solamente plantear esa cuestión³¹.

Hugo Böhlau también intentó responder la pregunta formulada por Bekker, pero tomando como punto de partida la diferenciación realizada por el derecho romano entre *occidere* y *causam mortis praestare* (causar y dar ocasión). Luego subsumió el problema aquí tratado bajo el último concepto mencionado³²: “(...) en los casos en cuestión falta el nexo causal necesario entre acción y muerte. Con esta respuesta toda referencia a la legítima defensa resulta prescindible”³³.

En la tesis de Böhlau resulta decisiva la existencia de una acción ajena, ilegítima y arbitraria del intruso. Dicha acción hace imposible el nexo causal entre la organización de los medios materiales de protección y la lesión acaecida³⁴. Si el ladrón se acerca al dispositivo de tiro automático y se encuentra con él “se pone él mismo en peligro”³⁵, él se mata con *culpa dolo determinata* y se cumple por libre voluntad la aplicación de la *mortis causa* en el *occidendus*³⁶. El instalador “dio ocasión a esa muerte” pero “no la causó”.

Aunque también aquí se esconde un resto de *versari in re illicita*, pueden encontrarse en la posición de Böhlau enunciados significativos. Ante todo el hecho de que la problemática de la defensa automatizada fue considerada por primera vez como una pura cuestión de causalidad. Como ya se señaló arriba, Böhlau diferenció en el examen de la cuestión, entre causa y condición y no desconoció la importancia que tiene para esta diferenciación la libre intervención del lesionado. La crítica negativa de distintos autores a la concepción de Böhlau se dirige, ante todo, contra esta clasificación y proviene naturalmente de representantes de la teoría de la equivalencia³⁷. Esto será tratado en detalle más adelante.

Algunas de estas críticas resultan entendibles, pues se formularon en una época en la que la conducta de la víctima no tenía relevancia alguna para la ciencia del Derecho Penal, p. ej. en Sommerlad: “(p)or lo demás no surge, en mi opinión, de ninguna de las definiciones del concepto de causa (...) hasta ahora expuestas, que el lesionado se haya causado a sí mismo su lesión”³⁸. Más

³¹ BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608.

³² Resulta interesante que el autor ya consideraba el conocido “caso de la tormenta” —que tanto ocupó luego a los representantes de las distintas teorías de la causalidad como también a los de la teoría de la imputación objetiva— como un supuesto en el que “se da ocasión” (Veranlassung), p. 472.

³³ BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 474.

³⁴ BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 474.

³⁵ BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 473. Énfasis agregado.

³⁶ BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 473.

³⁷ Entre otros v. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 371; KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 23; véase también v. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 87.

³⁸ v. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 372, n.p. 2.

adelante se examinará si las críticas a la posición de Böhlau —quizás comprensibles en aquella época— pueden ser defendidas aún hoy, a la luz de la teoría de la imputación objetiva.

Luego de Bekker y Böhlau resulta también muy interesante observar la posición de Ludwig von Bar, quien ya en el título que dio a su trabajo sitúa la problemática de la defensa automatizada en el terreno de la conducta de la víctima y no en el de la legítima defensa. El título reza: “Lesiones que son ocasionadas por eventos que suponen una actividad propia del lesionado mismo”³⁹. El autor critica allí la posición de Böhlau, dado que para él no hay ninguna duda de que existe relación causal entre acción y resultado⁴⁰, salvo “cuando realmente se configure la propia imprudencia del lesionado, cuando el ladrón en efecto sepa que en el lugar en cuestión se encuentra p. ej. un dispositivo de disparo automático, pero sin embargo elija entrar a ese lugar”⁴¹ (lo que no resulta claro en su escrito es si por consiguiente se interrumpe la relación causal).

Tal como sus predecesores Bekker y Böhlau, tampoco von Bar trata estos supuestos desde el punto de vista de la legítima defensa. Para fundamentar la impunidad de los casos en cuestión parte del principio no muy desarrollado de la “regla de la vida”: “aquí aparece otra vez el enunciado, según el cual quien se comporta de acuerdo a la regla de la vida no actúa ni dolosa ni culposamente. En el caso de un evento [la instalación del medio automático] que se corresponde con esa regla, es únicamente el ladrón o, en su caso, el imprudente quien provoca la lesión en cuestión”⁴². Resulta interesante en su posición, que el “lesionado” no necesariamente debe ser un ladrón (a diferencia de lo sostenido por Böhlau y Bekker). De ese modo se aproxima más al concepto moderno de víctima.

Como ejemplo de dispositivos que se corresponden con la regla de la vida, von Bar menciona, entre otros, los siguientes: un muro que tiene en su parte superior pedazos de vidrio, una fosa honda detrás de un muro y hasta una puerta que se deja abierta y que conduce a un sótano profundo, agregando que “quizás incluso se ha mandado a hacer la puerta intencionalmente para protección contra ladrones”⁴³. Con este último ejemplo también puede notarse que para este autor resulta irrelevante si la puerta-trampa fue dejada abierta con fin de defensa o por descuido, pues “el propietario no está obligado a cambiar un dispositivo que se corresponde con la regla de la vida sólo porque piense que

³⁹ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 85.

⁴⁰ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 87. Esto no debería llamar la atención si pensamos que algunos años más tarde es Von Bar quien diferenciará entre los niveles de causalidad e imputación, V. BAR, Ludwig, *Gesetz und Schuld II*, t. II, Berlín, 1907, ps. 579 y ss.; 594 y ss.; 617.

⁴¹ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 87, nota al pie. Énfasis agregado.

⁴² V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 88. Énfasis agregado.

⁴³ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 88.

un semejante o visitante descuidado podría lesionarse⁴⁴; incluso si él deseara tal lesión y esta se concretara, tampoco sería responsable⁴⁵ (tal como en la posición de Cancio Meliá a la que se hizo referencia, el deseo del autor es indiferente)⁴⁶.

Si el dispositivo se condice con la regla de la vida, según von Bar, resulta lo siguiente: “el ladrón o bien aquel que por la noche se introduzca en una casa puede atenerse a todas esas cosas y debe por eso atribuirse a sí mismo lo que surja de dicha situación”⁴⁷. Por el contrario, en el caso de “instalaciones totalmente exorbitantes responderá [el instalador] por culpa y posiblemente a título

⁴⁴ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 89, luego FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges...*, cit., p. 220.

⁴⁵ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 89.

⁴⁶ El mero deseo del autor de que la víctima se lesione, no alcanza para determinar su responsabilidad. El desarrollo de esta cuestión también excede el presente trabajo, pero puede al menos señalarse que la concepción normativa que defiende Cancio Meliá —y que en este aspecto también comparto— no contiene una consideración de las representaciones internas. El mero deseo del autor de que la víctima sea lesionada o su saber superior no alcanzan para determinar su responsabilidad. Asimismo, el mero desconocimiento por parte de la víctima de algunos elementos del riesgo no puede ser el motivo para la responsabilidad del autor. Por eso, en el ejemplo ya mencionado, en el cual se tienen relaciones sexuales sin protección con un desconocido (una actividad riesgosa objetiva), es irrelevante —como persona autorresponsable que organiza su propio ámbito de vida— si ésta conoce la enfermedad de la otra o no. También es indiferente si la persona infectada desea transmitir esta enfermedad o no. La pregunta, entonces, como afirma Jakobs y comparte Cancio Meliá, no es quién sabe (hecho psíquico), sino quién es competente (criterio normativo), es decir: cuándo el suceso es imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima. Lo dicho no significa que la diferencia entre conocimientos no tenga relevancia, pero resulta decisiva la definición objetiva de la situación riesgosa. La imputación objetiva no puede efectuarse si desde la perspectiva objetivada (es decir: no fáctica) de la víctima, el suceso se comprueba como no perjudicial para sus bienes. En el caso de una instrumentalización no hay —naturalmente— ninguna organización conjunta verdadera, sino una organización del autor ¿Y cuándo no hay organización conjunta? Resulta decisivo si el contacto de la víctima, —pero objetivo— puede ser definido como inocuo. En el marco de la imputación del injusto no depende de lo que el autor fácticamente quiera, sino si aquello que él quiere corresponde con lo que él —normativamente— debe querer; determinante es lo que el autor debe saber (esto debe valer también para la víctima como persona igualmente razonable). Utilizamos nuevamente el caso del SIDA. Supongamos, entonces, que el infectado conoce su enfermedad. En este ejemplo es decisivo qué relación existe entre los compañeros. Así podemos determinar si ese contacto puede ser definido como objetivamente inocuo. En el caso de un matrimonio, como se dijo, podemos calificar ese contacto de no riesgoso. Por eso el autor, que conoce su enfermedad, está por encima de la víctima. Esto muestra que no son los datos subjetivos de una superioridad meramente fáctica sino la delimitación de los ámbitos de responsabilidad, que surgen de esta situación fáctica, lo que sirve para clasificar la responsabilidad. Por eso, cuando esa relación sexual sin protección se lleva a cabo entre desconocidos, tienen la víctima y el autor la misma responsabilidad y los mayores conocimientos del autor no traen consigo una superioridad, porque esa acción no puede ser calificada de inofensiva. Ésta es también una consecuencia de la autorresponsabilidad. No se puede ser responsable por el propio ámbito de vida y al mismo tiempo eximirse de responsabilidad por que el otro sabe más —en este caso de su enfermedad—. Igualmente irrelevante resulta si la víctima sabe o no que la relación sexual sin protección entre desconocidos es peligrosa. Es decisivo que esto objetivamente es así. El “saber” nada tiene que ver con problemas de imputación.

⁴⁷ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 88.

doloso [es decir: en el caso de un] tipo de defensa que sobrepase todos los límites y que deba tener necesariamente como consecuencia muerte y lesiones”⁴⁸.

Esta diferenciación que von Bar establece por medio del “concepto anodino”⁴⁹ de “regla de la vida” es comparable con la diferencia que, como vimos, años más tarde plantea Cancio Meliá entre un contexto que objetivamente puede definirse como inocuo y otro que resulte riesgoso para la víctima. Por eso von Bar no se ve obligado a recurrir al elemento de la “necesidad” de la legítima defensa, toda vez que para la decisión acerca de si un dispositivo de protección se corresponde en el caso concreto con la “regla de la vida” se requiere tomar en consideración circunstancias de lugar e incluso individuales, como por ejemplo, si el organizador del dispositivo vive en una ciudad o no, etc.⁵⁰. Otro criterio para determinar si el dispositivo correspondiente coincide con la “regla de la vida” consiste en que el intruso conozca su existencia: si el instalador “había dado a conocer que instalaría un dispositivo de disparo automático y si, como no es improbable, el ladrón lo sabía, entonces cesaría ya por ese motivo toda responsabilidad del organizador ya que puede verse al ladrón mismo como una causa libre de su lesión”⁵¹.

Lo que no resulta claro en la postura de von Bar es, por un lado, cómo juegan los diferentes factores (locales e individuales) entre sí. Además, tampoco llega a comprenderse si lo decisivo es la simple advertencia o el conocimiento de hecho del intruso. La segunda posibilidad parece corresponderse más con su opinión. En este sentido debe aceptarse que dicha postura guarda más similitudes con la posición del consentimiento, pues para ésta el conocimiento de la víctima —y no la cognoscibilidad— resulta decisivo.

Por último, también Rotering adopta el concepto de “regla de la vida” para tratar este círculo de problemas⁵². Es por ello que sus críticos sostienen que su opinión no es otra cosa que una mera continuación de la tesis de von Bar. En parte tienen razón. En efecto, para Rotering también es de importancia el conocimiento del lesionado para fundamentar la no punibilidad del organizador del dispositivo. Además, este autor tampoco circunscribe la constelación de víctimas a los “delincuentes”, como lo demuestra claramente la siguiente frase: “[la cuestión es] si (...) él [el instalador] resulta responsable cuando el lesionado —sea un delincuente o un tercero inocente— cae en la trampa por su propia culpabilidad”⁵³.

⁴⁸ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., ps. 88 y ss.

⁴⁹ Con las palabras de KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 25.

⁵⁰ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 89.

⁵¹ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., 89.

⁵² ROTERING, “Über die Verantwortlichkeit durch Aufstellung von Schutzmaßregeln”, *GA XXX (1882)*, p. 416.

⁵³ ROTERING, “Über die...”, cit., p. 425.

A ello Rotering responde: “es indudable que cuando la víctima conocía el peligro, en *especial siempre que éste fue advertido*, el primero [el instalador] no puede responder, dado que en este caso su actividad no fue *causal*. En realidad, el organizador no precipitó al lesionado a un peligro, más bien éste se *causó* el daño a sí mismo mediante una acción libre y consciente. Él *tomó el riesgo* a sabiendas y con voluntad, por lo tanto debe *soportar él solo las consecuencias*”⁵⁴ (lo que no queda tan claro en Rotering es si ya la advertencia —cognoscibilidad— o recién el conocimiento positivo del intruso resulta decisivo).

Con este último enunciado ya pueden observarse algunos elementos que diferencian la postura de Rotering de la de von Bar (por ello las críticas a aquél por su falta de originalidad no son del todo justas). En primer lugar Rotering se manifiesta expresamente —como lo hacía Böhlau— a favor de la ausencia de causalidad en estos casos⁵⁵. Por otra parte en el vocabulario que utiliza pueden reconocerse elementos que podrían acercarse más a la teoría actual de la “acción a propio riesgo”, si bien en otro sentido se podría encontrar a von Bar más próximo a este concepto, porque para Rotering sí es decisiva la representación interna del autor (lo que, como se vio, no debería tener incidencia en la configuración de la acción a propio riesgo o imputación a la víctima, por lo menos tal como la entiende Cancio Meliá y en este trabajo se comparte). En efecto, para Rotering la punibilidad no se excluye cuando “alguien se aprovecha de la ocasión que le proporciona el tercero mediante su delito o incluso la crea, con la intención de lesionar al delincuente mediante una medida de protección, o en especial de matarlo, presuntamente sin ser penado”⁵⁶.

Por último, en el caso de que la víctima sea inculpable —como por ejemplo un niño— (problema que la literatura de hoy soluciona de un modo un tanto forzado desde el punto de vista de la “necesidad” de la legítima defensa) Rotering sostiene lo siguiente: “en el caso de un lesionado inimputable, un niño, por supuesto no puede decirse que se lesiona a sí mismo a sabiendas y con voluntad”⁵⁷ pues “lo que no puede quedar en el medio es sólo la libre acción del ser humano imputable”⁵⁸.

2. Segundo grupo: la solución a partir de la legítima defensa y sus reparos

A las concepciones tratadas hasta aquí les siguió un período en el cual no se aceptó, en los casos de protección por medios automáticos, la falta de rela-

⁵⁴ ROTERING, “Über die...”, cit., p. 425. Énfasis agregado.

⁵⁵ En este sentido véase también ORTMANN, Rudolf, “Zur Lehre vom Kausalzusammenhang. Das Zusammentreffen mehrerer Handlungen zur Herbeiführung eines und desselben verbrecherischen Erfolgs”, *GA XXIII* (2875), p. 278.

⁵⁶ ROTERING, “Über die...”, cit., p. 426.

⁵⁷ ROTERING, “Über die...”, cit., p. 425.

⁵⁸ Aquí cita él una frase de V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 56.

ción causal. Afirmada la relación causal, fueron entonces examinados desde el punto de vista de la legítima defensa (con excepción de Karl Binding)⁵⁹.

Uno de los representantes más importantes de esta postura fue el ya nombrado Sommerlad⁶⁰. Con él comenzó una larga etapa en la cual la discusión de la problemática de la defensa automatizada se circunscribió a considerar si se presentaba el elemento “actualidad” de la legítima defensa. Sommerlad sostenía que los autores mencionados en el punto anterior habían recurrido a otros conceptos como la “condición imposible”, la “negación de la relación causal” o la “regla de la vida” porque todos ellos estaban de acuerdo con que la solución debía ser la impunidad del organizador del dispositivo de protección, pero no podían sostenerlo desde la legítima defensa porque tenían el problema de que la condición de la “actualidad” del ataque en estos casos nunca se cumplía. ¿Y cómo soluciona Sommerlad este supuesto problema? Muy simple: en tanto se considere cumplido el elemento actualidad⁶¹ no hay ningún motivo más para apartarse de la solución de la legítima defensa. Según este autor la defensa mediante medidas de protección recién produce efectos en el momento del ataque; así se cumple la exigencia de la actualidad de la agresión⁶², y con ello —en caso de que también se configure el elemento “necesidad”— resulta la no punibilidad del organizador de ese dispositivo de seguridad.

La consideración de los casos de defensa automatizada sólo como una problemática acerca de la actualidad del ataque en la legítima defensa perdura hasta nuestros días. Esto se puede comprobar rápidamente cuando se lee algún comentario moderno, en los que la cuestión de la protección por medios automáticos sólo se trata en el capítulo que trata el requisito de aquella causa de justificación⁶³.

⁵⁹ Considera expresamente como correctas las posiciones de Bekker y Böhlau y critica, por consiguiente, las consideraciones de Sommerlad que se tratarán a continuación. Lamentablemente, sin una argumentación detallada. En este análisis, no resulta casual —como se describirá más adelante— que Binding haya sostenido la diferencia entre causa y condición en la relación causal y, por ello, haya rechazado la teoría de la equivalencia de las condiciones (BINDING, Karl, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts*, t. I, Besonderer Teil, Leipzig, 1902, p. 77).

⁶⁰ Con dos publicaciones sobre ese tema “Über die Strafflosigkeit der durch Selbstschüsse verursachten Rechtsgutverletzungen”, Giessen, 1883 y “Über die Ausübung des Notwehrrechts durch Veranstaltung von Schutzvorrichtungen”, *GS* 39, cit., ps. 359 y ss. Aquí se cita la segunda.

⁶¹ V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 383. También Maximilian v. Buri parte del mismo punto, es decir: la pregunta acerca de si las medidas de protección ejercen una defensa contra una agresión actual. La diferencia es que él responde a esta pregunta de forma negativa (véase *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, ps. 94 y ss.).

⁶² V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., ps. 383 y ss., 388 y 401. Luego también KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 540.

⁶³ Entre otros SPENDEL, Günter, *Kommentar zum § 32 en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., Berlín y Nueva York, 1992, § 32 no. marg. 114; LENCKNER, Theodor, *Kommentar zum § 32 in Schönke/Schröder StGB*, 25ª ed. München, 1997, §32, número marginal 18a; SAMSON, Erich, *Kommentar zum § 32 in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*,

Sin embargo y con respecto al tema de interés para el presente trabajo —es decir: si ya la subsunción típica debería excluirse en estos casos—, puede observarse que Sommerlad realiza una mera aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*: “piénsese por una vez en la condición puesta por el organizador, el tiro automático, omitiéndosela de la escena del acontecimiento trágico y rápidamente resultará bien claro entonces que la lesión del ladrón no hubiera sido posible”⁶⁴.

Resulta también interesante que cuando Sommerlad objeta la posición de Böhlau sobre la ausencia de nexos causal, no critica justamente su fundamentación sino las consecuencias que esa postura conlleva (es decir: los, por él llamados, “resultados intolerables”, a los que conduce el no investigar acerca de la existencia de necesidad en la agresión⁶⁵). Con respecto al tema de la necesidad, Sommerlad llega a la conclusión de que en el caso de lesiones infligidas por medios automáticos la mayoría de las veces aquéllas no resultan justificables por medio de la legítima defensa, sino que se configura un exceso, aunque la instalación de tales medidas esté, en principio, permitida⁶⁶.

Luego, ya a comienzos del siglo XX, fue Langenbach quien criticó tanto la posición de Bekker como la réplica —dentro del mismo grupo— de Böhlau: “con la teoría de la causalidad dominante en el Derecho Penal, que ve a todas las condiciones como equivalentes y a cada una como causa, debemos considerar por consiguiente la lesión provocada por medidas de protección como causadas por su organizador”⁶⁷. Aquí se ve nuevamente —como antes en Sommerlad— la aceptación expresa de que, con motivo de la teoría de la equivalencia, el comportamiento de la víctima no puede ser considerado. Mas Langenbach realiza una salvedad importante: “a no ser que el lesionado mismo haya actuado con dolo o dolo eventual”⁶⁸. Y la víctima —aquí el intruso— actúa con “dolo”, según Langenbach, cuando aun teniendo conocimiento de la existencia del dispositivo de protección de todas maneras lo acciona. En este caso, la relación causal queda interrumpida por la actuación “dolosa” del intruso⁶⁹. Es evidente que el autor realiza una aplicación analógica de la interrupción del nexo causal —luego conocida como prohibición de regreso⁷⁰—, pero

5ª ed., 1992, § 32, no. marg. 29. Ver también, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, 2005 (traducido por M. Cancio Meliá y M. Sancinetti), p. 231.

⁶⁴ V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 372.

⁶⁵ V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 373. Sobre esto se harán más referencias.

⁶⁶ V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., ps. 394 y ss.

⁶⁷ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 52.

⁶⁸ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 52.

⁶⁹ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 7, n.p. 1; 28 y 54.

⁷⁰ Acerca del aspecto terminológico: la expresión “prohibición de regreso” apareció recién en la 15ª ed. del FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15ª ed.,

en la que en lugar de la intromisión dolosa de un tercero, es la misma víctima la que actúa con “dolo” e interrumpe la relación causal.

Más allá de la denominación inexacta —pues en realidad la víctima no puede actuar ni dolosa ni imprudentemente contra sus propios bienes⁷¹— ¿cuándo existiría “dolo” del lesionado para Langenbach? El autor lo explica así: “éste se alcanza sobre todo en la medida en que se colocan carteles llamativos de advertencia que anuncian la existencia de dispositivos de seguridad. Pues a quien, a pesar de tener conocimiento de esto, entra al área protegida, *debe atribuírsele la lesión a sí mismo*. A menudo un cartel de advertencia mantendrá a distancia también a aquel que tiene la intención de realizar un ataque antijurídico y su colocación ya estará permitida a fin de salvaguardar el cum-

Tubingen, 1924, ps. 15 y ss., (como lo muestra correctamente NAUCKE, Wolfgang, “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, *ZStW* 76, 1964, y no recién en la 17ª edición, como lo cita BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1895, p. 130). Pero el concepto “interrupción de la relación causal” para estos mismos casos ya fue usado en las primeras ediciones (véase 2ª ed., p. 13 de 1901). Frank designa con ambas expresiones la misma idea (véase FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch...*, cit., 18ª ed., Tubingen, 1931, p. 860). Mas ya en la 5ª/7ª edición (1908) nota que la expresión “interrupción de la relación causal” da una imagen errónea (p. 21). La nueva denominación se desplaza más hacia el aspecto normativo, si bien “la prohibición de regreso se enuncia desde el comienzo normativamente” (BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., p. 130; énfasis agregado). Véase también JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/27, n.p. 37. Todas estas ediciones de la obra de Frank se encuentran en la Biblioteca de la Universidad de Heidelberg.

⁷¹ En este sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 302. Allí afirma que para la introducción de la figura de la víctima en el sistema de imputación penal no debe perderse de vista que en el marco del ordenamiento penal no se trata de formular un reproche al titular del bien, sino de afirmar o excluir la tipicidad objetiva del autor. La conducta de la víctima sólo constituye un factor normativo en la delimitación de esferas de responsabilidad en el tipo objetivo. En la interpretación de Cancio Meliá, la imputación de la conducta (primer nivel de la imputación objetiva) es la ubicación sistemática idónea para la institución dogmática independiente “imputación a la víctima”. La explicación de que el suceso dañino es la consecuencia de una determinada estructuración independiente de la víctima, es uno de los factores normativos que pueden delimitar los ámbitos de responsabilidad en el tipo objetivo. La imputación a la víctima excluye la imputación objetiva. El significado objetivo común que víctima y autor han creado en su interacción, por su organización conjunta y la correspondiente imputación a la víctima, impide que el aporte del autor pueda tener un significado delictivo. Y esa exclusión de la imputación al autor es la consecuencia de la imputación de la conducta al ámbito de la víctima porque se imputa el contexto de interacción al preeminentemente responsable —no protegido—, y a su estructuración de vida. Entonces los costos y lesiones no pueden ser cosa de otros. Por eso la imputación a la víctima es una “concreción del (general, preeminente) principio de responsabilidad”. Todo lo que se ha dicho hasta aquí no significa que la víctima tenga deberes de autoprotección. Siempre debe recordarse que se analiza aquí la conducta del autor. Si se habla de la determinación del ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico no puede perderse de vista que al Derecho Penal no le incumbe pedirle cuentas al titular del bien. En el punto de partida siempre se trata de la exclusión de la imputación a favor del autor. No hay culpa de la víctima frente a sus propios bienes. El titular del bien jurídico no puede infringir ninguna norma. No hay una norma jurídico-penal que tipifique su conducta. El ingreso de la figura de la víctima en el sistema de imputación no significa que se eleve un reproche contra el titular de un bien jurídico. Se trata de la forma elegida por éste para estructurar su círculo vital y no de deberes de autoprotección. Un comportamiento, que en principio es típico, se vuelve no punible porque el otro colaborador guarda identidad con el portador del bien jurídico.

plimiento del requisito de la necesidad de la defensa”⁷². Esto significa que una situación que normalmente es considerada al tratar el requisito “necesidad” en la legítima defensa ya es examinada por Langenbach en el examen de la causalidad⁷³.

En síntesis: para Langenbach los casos de defensa automatizada deben considerarse como supuestos de legítima defensa, a no ser que el lesionado tenga un conocimiento real acerca de la existencia de la medida de protección. Pero “si sucediera que el intruso no viera el cartel de advertencia e ingresara sin conocimiento de las medidas de protección y resultara lesionado, entonces no existiría interrupción de la relación causal según la teoría de la condición, dado que ésta sólo se produciría mediante la ocurrencia de un hecho doloso”⁷⁴. Mas, la importancia que este autor asigna a la representación subjetiva de la víctima es, al mismo tiempo, el motivo de sus reparos: él ve la construcción de la interrupción de la relación causal como “forzada”, dado que “la negación o afirmación de la relación causal [dependería] exclusivamente de la circunstancia casual de que el intruso lea el cartel o no, un resultado que contradice la lógica”⁷⁵.

Lo importante en la posición de Langenbach es, por un lado, justamente la sospecha de que el desconocimiento de la víctima no puede ser el motivo para afirmar la responsabilidad del autor. Por ello, en este sentido, puede asimilarse la opinión de Langenbach a la que presenta en la actualidad Cancio Meliá, quien afirma —como ya se adelantó— que “cuando se imputa penalmente, lo que debe determinarse es el ámbito de responsabilidad del autor y éste no puede depender simplemente de lo que la víctima fácticamente sabe o no sabe, desea o no desea”⁷⁶.

Por el mismo motivo Langenbach advierte que el problema planteado por él no puede encontrar una solución en el plano de la causalidad y, por otro lado, reconoce que los casos de protección automatizada deben distinguirse de los casos típicos de legítima defensa, pues el lesionado desempeña un papel importante que no debe ser subestimado: “a diferencia de la defensa personal, la acción del lesionado mismo establece la mediación entre la colocación del dispositivo de protección y la lesión, que recién mediante ella se

⁷² LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 54. Énfasis agregado.

⁷³ Sobre esto se volverá más adelante.

⁷⁴ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit. Como lo expone correctamente NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 422 y ss. debe distinguirse entre dos tipos de fundamentación dogmática de la prohibición de regreso: una que aun basándose en la teoría de la equivalencia de las condiciones formula una excepción a favor de la prohibición de regreso y la segunda que rechaza la teoría de la equivalencia desde la teoría de la adecuación o las teorías causales individualizadoras. La posición de Langenbach se encuadra en la primera fundamentación dogmática.

⁷⁵ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 54, nota al pie 2.

⁷⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 9.

hace posible”⁷⁷. A pesar de eso, obviamente, todavía no había llegado la hora para que Langenbach pudiera encontrar una solución mediante la teoría de la imputación objetiva. Este autor resuelve ese problema como una cuestión de, en ese entonces, culpabilidad: “en este último caso, aun aceptando la existencia de relación causal entre la lesión y la afirmación de voluntad, podría negarse siempre la punición del sujeto que actúa primero, pues no tendría que negarse la culpabilidad y *hacer responsable al lesionado mismo*. De la misma forma en que no se piensa en hacer responsable al propietario del estanque por la muerte de aquel que se suicida ahogándose en él, tampoco puede hacerse responsable a aquel que ha puesto abrojos en su campo, por las lesiones de quien, a pesar de tener conocimiento de la existencia de aquellos, entra en el campo y siendo tan consciente de eso se precipita a su desgracia (...) quisimos señalar si no es posible llegar a los mismos resultados en los casos en los cuales por el momento se acepta una interrupción de la relación causal, pero afirmando dicha causalidad en la medida en que se responda a la cuestión de la culpabilidad”⁷⁸. Si bien el autor advierte correctamente el problema al considerar que la cuestión poco tiene que ver con un problema de causalidad, lamentablemente no se puede “desligar de psicologismos”⁷⁹ al intentar resolverlo. Otro doctrinario para quien también resulta decisivo el hecho de que la víctima tenga conocimiento de la existencia de la medida de protección es Ernst Schwartz. Es claro cuando señala: “a quien ingresa en un inmueble en el cual, como le es conocido, se han tomado tales medidas, deben atribuírsele las lesiones que eventualmente se prodigara a sí mismo; por el contrario, si no lo sabe, el instalador debe responder por las eventuales lesiones según el derecho general”⁸⁰.

También desde la perspectiva del autor la representación interna es decisiva para Langenbach, en tanto afirma: “cuando una medida a emplear como medio de protección no es utilizada en concreto como tal, es decir: no se usa con fines de defensa —alguien cava con fines de utilidad económica p. ej. una fosa en su campo— y se le causa una lesión a un tercero, el instalador nunca estaría protegido por la legítima defensa —ni aun cuando repeliera una agresión antijurídica—, pues no existe en absoluto una acción de defensa, toda vez que ésta es concebible, como se dijo, sólo como un actuar consciente con intención de protección”⁸¹. Queda claro, entonces, que desde la perspectiva de la legítima defensa no se tiene otra posibilidad que considerar los deseos del autor y la víctima⁸², lo que no ocurriría, naturalmente, bajo el prisma del “comportamiento a propio riesgo”.

⁷⁷ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 54, nota al pie 2.

⁷⁸ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 55, nota al pie 2. Énfasis agregado.

⁷⁹ Utilizando la terminología de Cancio Meliá.

⁸⁰ SCHWARTZ, Ernst, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín, 1914, p. 171.

⁸¹ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 53.

⁸² Por lo menos desde un punto de vista subjetivista.

Las posiciones de Sommerlad y Langenbach han sido frecuentemente equiparadas por otros autores porque los dos criticaban la opinión de Böhlau. A pesar de eso, la excepción que efectúa Langenbach aunque vista como un caso de interrupción es, a nuestro parecer, trascendente. No debe olvidarse que entre el escrito de Sommerlad y el de Langenbach se realizaron cada vez más intentos por superar la teoría de la equivalencia y ya se ha examinado, cómo por ejemplo las nuevas elaboraciones de Frank debieron tener influencia en la obra del último autor mencionado⁸³.

En contra de la postura de Böhlau y sus sucesores también se ha expresado Friedrich Oetker. Para él, las discusiones sobre la cuestión de la causalidad deben ser dejadas de lado⁸⁴. Como solución alternativa propone una aplicación analógica de la legítima defensa⁸⁵.

Por último, mas como representante de los autores que rechazan la justificación por legítima defensa pero sobre su base —esta posición ya se esbozó al principio del presente trabajo— debe nombrarse a Alfred Seidel. Él descarta que la instalación de medidas de protección pueda subsumirse en el derecho de legítima defensa porque nunca estaría configurado el requisito de la necesidad⁸⁶. Por ello sostiene que dichas instalaciones no tienen legitimidad para existir⁸⁷. Como se ve, por una razón u otra a la doctrina no le ha resultado sencillo equiparar los casos de defensa automatizada a los de legítima defensa.

3. La discusión moderna acerca del tratamiento de la defensa automatizada⁸⁸

Una suerte de continuación de las concepciones más antiguas pero por un camino totalmente distinto puede verse muchos años después —a partir de la década de los cuarenta— en la posición de Nagler⁸⁹. Él también niega

⁸³ Frank ya habla sobre la interrupción de la relación causal en las primeras ediciones de su StGB (FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze: herausgegeben und erläutert von Reinhard Frank*, Tübingen, JCB, Mohr, 1908). Véase nota 70.

⁸⁴ OETKER, Friedrich, *Notwehr und Notstand in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts*, t. II, Berlin, Darstellung tergleicherde, desdeutschen und auslän dischor Strafrechts (A) Bd 2, Berlin Otto Liebmann, 1908, p. 276, n.p. 1.

⁸⁵ OETKER, Friedrich, *Notwehr und Notstand...*, cit., p. 275.

⁸⁶ SEIDEL, Alfred, *Die Verletzung Dritter in der Notwehr; Inaugural Dissertation... von Alfred Seidel*, Borna-Leipzig: R. Noske, 1931. Parecido también Sommerlad, que sostiene que la lesión por medida de protección la mayoría de las veces no puede justificarse por legítima defensa (véase arriba).

⁸⁷ SEIDEL, Alfred, *Die Verletzung...*, cit., p. 44.

⁸⁸ Aquí no se considerarán la mayoría de los comentarios en los que el problema de la defensa automatizada es examinado como una cuestión de “actualidad” y “necesidad” de la defensa.

⁸⁹ Sus explicaciones ya habían sido formuladas en 1944 (LK6). Las citas del presente trabajo provienen de la 7ª ed. del LK (1954), que fue publicado *post mortem*. Allí trata el pro-

como Böhlau —aunque sin hacer mención de este autor— la existencia de una relación causal entre la instalación de un medio de protección automático y la lesión producida por éste. La fundamentación es la siguiente: “desde el punto de vista de una teoría causal moderna se diluyen la mayoría de las cuestiones dudosas porque el que ha sido afectado por la medida *es el que se causa a sí mismo* la lesión”⁹⁰.

Por ello resulta de importancia examinar qué entiende Nagler por una teoría de la causalidad “moderna”. En primer lugar, describe y critica las consecuencias que se derivan de la teoría de la condición o de la equivalencia aún reinante en aquel tiempo. Un reproche que formula y que puede resultar de interés para el presente trabajo es el siguiente⁹¹: para la teoría de la equivalencia “resulta indiferente (...) si entre la conducta y el resultado tiene lugar una acción del lesionado (la llamada consecuencia intermedia)...”⁹². Como ejemplos de esta situación menciona entre otros: la imprudencia del lesionado al beber un líquido tóxico que no fue preservado eficientemente⁹³ (el caso del arsénico ya nombrado arriba)⁹⁴ y la no curación de una herida que en sí no resultaba mortal y a consecuencia de la que el lesionado muere⁹⁵.

En todos estos casos, continúa de modo crítico Nagler, para la teoría de la equivalencia “la imprudencia del lesionado está totalmente al mismo nivel que la acción imprudente de un tercero. Aun cuando sea la causa intermedia necesaria, no interrumpe el desarrollo causal impulsado (...) Incluso cuando el resultado haya sido provocado *dolosamente* o procurado dolosamente por quien interviene en forma posterior, la causación del primer actor queda indemne”⁹⁶ (si la causación del primer sujeto actuante permanece indemne aun en el caso

blema de la defensa automatizada en dos secciones: en el apéndice I “Die Verursachung” (la causación) y al tratar el §53 (aquí con Jagusch, aunque la interpretación le pertenece sólo a Nagler —como se verá más adelante— por eso sólo se cita a este último).

⁹⁰ NAGLER, Johannes L - EBERMAYER, Ludwig - JAGUSCH, Heinrich - LOBE, Adolf - MEZGER, Edmund, *Strafgesetzbuch: Leipzig r Kommentar: Grosskommentar; Grosskommentare der Praxis*, Berlín, W. de Gruyler & Co, 1954, p. 370. Énfasis agregado.

⁹¹ Las otras son las objeciones usuales a la teoría de la equivalencia: como p. ej. la problemática del llamado desarrollo inadecuado del proceso causal, la aceleración de la producción del resultado o la cuestión del comportamiento alternativo adecuado a derecho, p. 18 y 25.

⁹² NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 19, conclusión nro. 9.

⁹³ Este caso, como se dijo, ya fue utilizado por Frank cuando criticó la teoría de la equivalencia (FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch...*, cit., 18ª ed., p. 14).

⁹⁴ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., ps. 18 y ss.

⁹⁵ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., ps. 19, 26. En este problemático caso el resultado es la acumulación del riesgo no permitido creado inicialmente por el autor y su conducta de la víctima posterior contraria a la diligencia. También fue tratado por CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 332 y ss., quien considera que si el objeto inicialmente afectado y el objeto lesionado son idénticos no se ha configurado para él una organización conjunta. La opinión mayoritaria sostiene que si la víctima no neutraliza el riesgo inicial, el resultado no puede imputársele al autor.

⁹⁶ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 19.

de la acción dolosa de un tercero, con más razón permanecerá así en el caso de la actuación “culposa” de la víctima).

Luego de criticar en detalle la teoría de la equivalencia, Nagler describe su teoría causal *individualizadora*, cuando señala: “las condiciones particulares para el resultado tienen distinto *peso social*. Por ello debe continuar examinándose según estos principios cuál es el significado vital que tiene la contribución de cada actor a fin de investigar cuál es el sujeto causante”⁹⁷. Por consiguiente, sólo es causa, aquella acción que —según su valoración social— dentro de ese fragmento de la vida, deba ser vista como determinante para el resultado”⁹⁸.

Como consecuencia de ello, Nagler propone descartar al primer interviniente como sujeto causante en el caso de imprudencia del lesionado del mismo modo en el que lo haría si el trabajador cayera en el propulsor de una máquina —que ha quedado desprotegida por negligencia del empleador— siempre que el operario se haya subido a dicha máquina, v.gr. para acortar camino (señala que otra sería, naturalmente la solución si hubiese caído durante su trabajo normal)⁹⁹. Nunca puede el primer actor considerarse causante cuando “alguien

⁹⁷ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26. Énfasis agregado. Véase también ps. 22 y ss. donde critica el juicio de probabilidad de la teoría de la adecuación.

⁹⁸ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., ps. 25, 54. Énfasis agregado.

⁹⁹ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26. Este caso fue examinado por Cancio Meliá, pero él considera que en ese supuesto el contexto normativo específico suprime el principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas (CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 24; *Conducta de la víctima*, cit., ps. 310 y ss.). Debe aclararse que no toda intervención de la víctima en una actividad riesgosa implica una organización conjunta. Eso depende de la definición del contexto. No hay organización conjunta cuando el contexto puede definirse como inofensivo (instrumentalización, riesgos estadísticos, meras intervenciones casuales de la víctima). Tampoco pueden imputarse los daños al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando la organización conjunta de víctima y autor, justamente, también contiene el reparto de deberes de seguridad, y el desprecio de éstos por el autor ocasiona el daño. Aquí se trata de funciones de protección dada la especial estructuración de la interacción entre el autor y la víctima misma (así p. ej. los casos de los guías de montaña). Si no hubiera existido ese reparto de funciones de protección, pertenecerían esos deberes de cuidado al ámbito de responsabilidad de la víctima. Pero sin ese reparto de funciones de control no sería posible la cooperación en muchos ámbitos. Hay también deberes de protección especiales que no existen como consecuencia de la estructuración de una organización conjunta, sino porque el orden jurídico los establece (es decir: ámbitos normativos donde las reglas generales de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad no pueden valer, porque el autor tiene un deber especial en relación a los bienes de la víctima). Normalmente, el sistema de imputación parte de relaciones entre sujetos semejantes que son autorresponsables: “imputable es una persona a la que define como semejante”. Hay ámbitos en los cuales, aunque todos los colaboradores sean sujetos responsables de sí mismos, el orden respectivo establece reglas especiales mediante las que surgen deberes especiales (p. ej. una posición de garante). El principio de autorresponsabilidad no rige aquí. Es el caso de una posición de garante en virtud de organización (o “deberes en virtud de competencia de organización para evitar autolesiones”). Los daños de una organización conjunta son imputables al ámbito de responsabilidad de la víctima dado que ésta tiene una relación especial con sus propios bienes, más estrecha que las relaciones con los bienes de toda otra persona. En la medida en que se comprueba que una persona no es responsable en el caso concreto, debe excluirse esa imputación a la víctima. Para esto existen límites normativos e inherentes. Cuando la conducta de la víctima ha sido instrumentalizada por el autor porque ésta carece de responsabilidad o de conocimientos, si por ejemplo el autor ha asumido un deber

—a la postre el lesionado— provoca el resultado por *propia y libre* decisión y de esa manera *actúa a propio riesgo...*¹⁰⁰.

Pero aún más interesante resulta que Nagler, como se dijo, menciona como ejemplos de acción a propio riesgo —y esto es por primera vez¹⁰¹— tanto los casos en los cuales “un imputable bebe un líquido tóxico no guardado de modo eficiente”¹⁰² (a diferencia de los autores anteriores, que a lo sumo consideraban “interruptora” de la relación causal a la acción “dolosa” de la víctima) como también aquellos “*daños que se inflige el lesionado al cometer un hecho punible*”¹⁰³, por ejemplo, cuando “el intruso es mordido por el celoso perro guardián del granjero al penetrar en su finca cerrada o el ladrón se lesiona al pasar por encima de un muro protegido con trozos de vidrio o cae dentro de un predio cerrado en una trampa o a merced de un dispositivo de tiro automático...”¹⁰⁴.

La afirmación de Nagler de que la lesión en el caso de utilización de medidas de protección debe clasificarse como acción a propio riesgo, no fue el único aporte nuevo que realizó. También pueden encontrarse otros interesantes y novedosos pensamientos en su posición. En primer lugar, como se vio, él no realiza ninguna diferencia basada en las representaciones subjetivas o internas del autor (como puede observarse en el mismo tratamiento que prodiga al caso del líquido tóxico dejado por descuido, en el que el autor no tiene voluntad de defenderse y a los casos del empleo de medidas de protección, en los que el autor tiene una intención clara de defensa). Tampoco realiza distingo alguno basado en la representación interna de la víctima (ella puede actuar “dolosa o culposamente”, con o sin conocimiento). Lo importante es que para Nagler todos estos ejemplos son abarcados por el concepto de “comportamiento a propio riesgo”.

Si el lesionado provoca el resultado por propia y libre decisión —es decir: autorresponsablemente y actúa por eso a propio riesgo— la conducta de la víctima es, según Nagler, socialmente predominante. Aunque este autor de alguna manera sigue atado a una visión causal-naturalista —aún habla de falta de causalidad—, puede observarse la aparición de un concepto según el cual se establece una suerte de preeminencia o preferencia del ámbito de responsa-

de protección en la organización conjunta o si un orden normativo transmite esos deberes especiales al autor, la víctima no debe ser considerada como responsable de sí misma, y por eso no existe imputación a la víctima.

¹⁰⁰ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26. Énfasis agregado.

¹⁰¹ Al menos con esta terminología. Ya hemos visto que Von Bar fue realmente el primero que examinó los casos de defensa automatizada en el capítulo referido al comportamiento de la víctima.

¹⁰² NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26.

¹⁰³ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 27. Similar en p. 370. Énfasis agregado.

¹⁰⁴ NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit.

bilidad de la víctima (comparable con la posición ulterior de Cancio Meliá)¹⁰⁵. La interesante posición de Nagler no fue mantenida en las ediciones posteriores del *Leipziger Kommentar*. Ya en la siguiente edición —LK8-Jagusch—, la problemática de la defensa automatizada fue tratada bajo la consideración de los elementos actualidad y necesidad en la legítima defensa¹⁰⁶ (sin ninguna mención para estos casos del comportamiento a propio riesgo).

Las ideas de Nagler con relación a la defensa automatizada fueron criticadas por Köhnen en un trabajo monográfico escrito en 1950. Pero a poco que se observa qué es lo que este autor objetó exactamente, puede advertirse que no se trata de la negación que había realizado Nagler respecto de la causalidad en el caso de la utilización de mecanismos automáticos, sino de la teoría causal misma, que Nagler había propiciado¹⁰⁷.

En efecto, Köhnen admite también que aquí el resultado sólo se produce porque entre medio intervino otra persona —el lesionado mismo¹⁰⁸—, pero él parte de la base de que la teoría de la equivalencia es la teoría causal correcta y como consecuencia de ello debe negarse la interrupción de la relación causal¹⁰⁹. Es aquí donde comienzan las diferencias. Lo decisivo para mantener su posición contraria ha sido el concepto de causalidad utilizado (mejor dicho: el criterio de imputación utilizado)¹¹⁰.

Para Köhnen “la instalación de esas medidas de seguridad en todos los casos de defensa con medios de protección automáticos es jurídico-penalmente la causa (...) de la lesión producida por ellas, pues si el granjero no hubiera colocado el dispositivo de tiro automático en el granero, el ladrón no hubiera resultado lesionado”¹¹¹ (nuevamente esto no es otra cosa que la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*). Nagler mismo ya había advertido con razón: “para los partidarios de una teoría causal considerada insuficiente como la de von Buri, el problema (del medio de defensa mecánico) queda sin resolver”¹¹².

¹⁰⁵ Acerca de la preeminencia de la responsabilidad de la víctima véase nota 12.

¹⁰⁶ JAGUSCH, Heinrich, *Kommentar zum § 53 in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Berlín, 1957, §53, p. 409.

¹⁰⁷ KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., ps. 27 y ss., 88 y ss.

¹⁰⁸ KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 30.

¹⁰⁹ KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., ps. 23, 31.

¹¹⁰ Se ha señalado más arriba que Nagler —como resulta comprensible en esa época— seguía ligado aún a una concepción naturalista del concepto causal. Pero es claro que puede ya encontrarse en dicho autor una aproximación a la teoría de la imputación objetiva. Se trató de un intento por diferenciar la causalidad de la causalidad objetivamente imputable: “la teoría de la causalidad debe determinar objetivamente la imputabilidad jurídica de las consecuencias de las acciones (...) Por ello deben dejarse de lado las meras intenciones y representaciones de los intervinientes (...)” (NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 16).

¹¹¹ KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., ps. 27 y ss., 88 y ss.

¹¹² NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 370.

Sentado lo anterior cabría plantearse la siguiente pregunta: si se dejaran de lado las críticas de Köhnen con base en la teoría de la equivalencia ¿Cómo puede fundamentarse que esos casos no deban ser tratados como supuestos de acción a propio riesgo? ¿Podrían analizarse esos casos de la mano de la teoría de la imputación objetiva de una forma distinta a la que lo ha hecho intuitivamente Nagler?

III. LA PROTECCIÓN POR MEDIOS AUTOMÁTICOS, TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA Y PROHIBICIÓN DE REGRESO¹¹³

No resulta casual que la segunda etapa descripta (aquí segundo grupo), en la cual la protección por medios automáticos comenzó a identificarse como problema de la legítima defensa, coincida con la época —fines del siglo XIX— en la que la ciencia jurídico-penal había experimentado claramente las influencias del naturalismo¹¹⁴. Tampoco debe olvidarse que entre la primera etapa descripta —la de Bekker y von Böhlau— y la segunda —la de Sommerlad y Langenbach—, von Buri publicó la obra con la que se encendió la discusión sobre la causalidad por medio de la teoría de la equivalencia (con su famoso proceso de eliminación hipotética)¹¹⁵.

Resulta claro —o al menos el presente trabajo intenta establecerlo—, que esas nuevas tendencias para el tratamiento de la problemática de la defensa automatizada tienen como trasfondo el dominio de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Ya Sommerlad, el primer autor que —como se señaló— había examinado estos casos como supuestos de legítima defensa, citaba tanto a Glaser¹¹⁶ como también a von Buri para fundamentar su posición¹¹⁷. Del mismo modo, puede observarse que desde Sommerlad en adelante —si bien con algunas excepcio-

¹¹³ Aquí se hará referencia al antiguo concepto de prohibición de regreso: casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso que interrumpe el curso causal, la que, como se dijo, prácticamente no tiene nada en común en cuanto a la formulación dogmática actual de la prohibición de regreso. Conforme esta última, un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida (imputación objetiva). En común sólo tienen la valoración positiva de los componentes normativos, más allá de las afirmaciones incorrectas en materia de causalidad implícitamente contenidas en la antigua teoría de la prohibición de regreso.

¹¹⁴ Para una exposición detallada de ese período véase BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., ps. 86 y ss.; véase también a NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., ps. 414 y ss.; LESCH, Heiko H., *La función de la pena* (traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Madrid, 1999, p. 31. FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch...*, cit., p. 15 habla sobre un “causalismo natural” (*Naturkausalismus*).

¹¹⁵ VON BURI, Maximilian, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, J. H. Gebbort, 1873.

¹¹⁶ Como es sabido, fue en realidad Glaser quien primero formuló la teoría de la equivalencia en *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 1857, p. 298.

¹¹⁷ V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 371 n.p. 1.

nes— la fórmula de la *conditio sine qua non* ha sido y es el único motivo por el que realmente tuvo que clasificarse la protección automatizada como un caso de legítima defensa. Esta fundamentación prevaleció —lógicamente— tanto como lo hizo la teoría de la equivalencia¹¹⁸. En efecto, para esa teoría en su forma más ortodoxa no puede configurarse —obviamente— interrupción alguna de la relación causal: la teoría de la equivalencia imposibilita la prohibición de regreso¹¹⁹.

Tampoco resulta casual que todos los autores que han intentado defender teorías de la causalidad diferentes a la de la equivalencia, hayan resuelto los casos de defensa automatizada ya a nivel de causalidad. Como primer exponente debe mencionarse al ya recordado Böhlau. En este sentido resulta muy interesante observar que August Finger, al abordar el tema “causalidad” en su tratado, encontró en la concepción de Böhlau el primer intento en pos de distinguir entre causa y condición (diferenciación que —también para tener en cuenta— continuó Binding)¹²⁰.

En mi opinión es aún más interesante que Böhlau haya realizado esta diferenciación justamente al escribir su trabajo sobre “defensa automatizada”. También se ha mencionado aquí que von Bar había rechazado una solución por la legítima defensa y no debe subestimarse que dicho profesor fue uno de los primeros representantes de la teoría de la adecuación¹²¹. Según ésta debe también hacerse una diferenciación entre las causas que son jurídicamente relevantes y las que no (por medio del juicio de probabilidad). Otro intento se pudo ver, en principio, también en Langenbach (empero sólo en el caso de conducta “dolosa” de la víctima).

¹¹⁸ No hay que olvidar que en el año 1964 Naucke todavía considera la teoría de la equivalencia como dominante (NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 411).

¹¹⁹ Esa imposibilidad conceptual fue pronunciada por primera vez por Oppenhof (1874) y por la jurisprudencia recién en el año 1924, RGSt. 58, 366 (ambas citas de NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 418 con n.p. 32 y 33).

¹²⁰ FINGER, August, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, C. Heymanns Verlag, 1904, p. 275 con n.p. 363.

¹²¹ V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 11. Véase JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/31 con n.p. 44. Resulta notable asimismo que Von Bar no se refiriera a la víctima sino al “damnificado”, p. 87. Comparte Cancio Meliá: dos personas que colaboran no son en principio ni víctima ni autor, sino dos sujetos similares y racionales, ambos dueños de un propio ámbito de organización (Conducta de la víctima, p. 278). La actividad riesgosa que conduce a dañar a uno de esos actores (víctima *ex post*) pero que contiene los aportes de ambos, debe ser imputada a la víctima, que tiene la responsabilidad preeminente. El injusto en hechos punibles contra las personas se compone de la usurpación del círculo de organización de otros, por lo tanto es imposible que exista un injusto cuando la persona competente en ese círculo de organización toma parte en esa organización: en este caso el otro participante no le usurpa nada; la acción a propio riesgo excluye el elemento de la usurpación por el autor. Ver notas 12 y 71.

Fundamentalmente —y como ya se adelantó— puede encontrarse en la teoría “social individualizadora”¹²² de Nagler la posibilidad clara de tratar los casos de defensa automatizada como ejemplos de acción a propio riesgo.

Como se observa, las teorías que rechazan la aplicación del derecho de la legítima defensa para la protección por medios automáticos coinciden con aquellas que, a su vez, acogen la prohibición de regreso. Cabe reiterar que existen dos formas diferentes de fundamentación dogmática de la prohibición de regreso¹²³: la primera se aferra a la teoría de la equivalencia y formula una excepción en favor de la prohibición de regreso (posición de Langenbach); la segunda rechaza la teoría de la equivalencia y la reemplaza por la teoría de la adecuación u otras teorías causales individualizadoras (concepciones de von Bar o de Nagler). A pesar de las distintas fundamentaciones, lo importante es que arriban a la misma conclusión: la no punibilidad del primer interviniente¹²⁴ (introducimos sólo una diferencia: para el último grupo nombrado, la impunidad del primer sujeto también debe sostenerse cuando el que actúa posteriormente interviene de forma culposa).

Las teorías mencionadas que distinguen entre condiciones y causas, siempre toman en cuenta la conducta de la víctima¹²⁵. Es claro que aún se encuentran influidas por elementos naturalistas y por eso la conducta de la víctima se introduce en el análisis causal, sin notar —con palabras de Jakobs y tal como lo esbozara v. Bar— que “no se trata de la interrupción de la relación causal, sino de la ausencia de una relación de imputación habiéndose dado la causalidad”¹²⁶. No obstante, estas posturas reconocen la debilidad de la teoría de la equivalencia y muchos casos problemáticos se resuelven en forma satisfactoria. En efecto, ya hemos reconocido en estas teorías algunos elementos normativos (en este sentido ellas son reales precursoras de la teoría de la imputación objetiva). En síntesis: todas estas teorías tienen como común denominador el hecho de que examinan la relevancia jurídica de actos causales como lo hace la teoría de la imputación objetiva (aunque se refieren incorrectamente a actos no causales).

¹²² Ella comparte con las teorías de la adecuación las diferenciación entre causa y condición (NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, p. 24).

¹²³ NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 422 con n.p. 53. Véase antes al tratarse la posición de Langenbach.

¹²⁴ NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 423 con n.p. 53.

¹²⁵ En contra CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 5. Allí subestima el valor de las teorías individualizadoras de la causalidad y de la interrupción de la relación causal para tratar correctamente la conducta de la víctima.

¹²⁶ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/27 (se refiere a la versión más antigua de la doctrina de la prohibición de regreso: la mediación de un sujeto que actúa dolosa y culpablemente interrumpe la relación causal). Tampoco es un problema de la causalidad para BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., p. 94.

Especialmente Larenz, indica que la teoría de la adecuación encuentra anclaje en la teoría de la imputación objetiva¹²⁷. También Jakobs observa en la teoría de la adecuación el intento histórico más significativo de limitar la causalidad a una causalidad imputable objetivamente¹²⁸. Quizás esas teorías hayan sido en un sentido aún más avanzadas, pues por ejemplo Nagler ya había tratado a los casos de defensa automatizada como supuestos de acción a propio riesgo, mientras que en la actualidad pese al abandono de la teoría de la equivalencia se la sigue considerando un problema de la legítima defensa. Resulta paradójico que, en las primeras concepciones, el tratamiento de los casos de defensa automatizada resultaba el camino elegido para incluir la conducta de la víctima en la discusión jurídico-penal y hoy en día, aunque se acepte el filtro de la “acción a propio riesgo” o de la “competencia de la víctima”, dichos casos no son siquiera tratados como posibles supuestos a examinar dentro de ese estrato.

Mediante el proceso de eliminación hipotética se rechazó tanto la acción a propio riesgo como la prohibición de regreso¹²⁹. Cuando Naucke criticó la posición que no permitía la prohibición de regreso aplicando la fórmula de la *conditio sine qua non*, afirmó que resultaba claro que “si qu(ería) decirse algo en contra de este razonamiento, ... (debía) decirse algo en contra de la teoría de la equivalencia¹³⁰”. Esto no sólo fue afirmado por Naucke sino también por otros defensores de la teoría de la imputación objetiva que hoy es mayoritariamente aceptada.

La imputación objetiva sí armoniza tanto con la prohibición de regreso como con la acción a propio riesgo. No resulta casual que ambas sean categorías que están fundadas en el mismo principio: el de la autorresponsabilidad¹³¹.

¹²⁷ Citado por NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 427 FN 67. Se refiere aquí a la concepción más antigua de la imputación objetiva inspirada en los principios de Hegel.

¹²⁸ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/30

¹²⁹ La conducta del primer interviniente se consideraba una condición sin la cual no se hubiera producido el resultado p. ej. el homicidio doloso cometido por el segundo actuante, NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 412. Como se dijo, una exposición detallada de la historia de la prohibición de regreso puede verse en BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., p. 126 y ss.

¹³⁰ NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 412.

¹³¹ La acción libre de un tercero que interfiere no permite contemplar el suceso en toda su extensión como una expresión del libre desarrollo de la persona del primer interviniente. Sobre esto no me extenderé aquí. Para un mayor desarrollo del principio de autorresponsabilidad véase ZACZYC, Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993, ps. 18 y ss.; FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges...*, cit., p. 148 y ss.; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 276 y ss.; WALTHER, Susanne, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und “Opfer” bei riskanten Zusammenwirken*, Friburgo, 1991, p. 45 y ss., 101 y ss., entre muchos otros (si bien arribando a conclusiones diferentes entre sí). Sintéticamente la posición de Cancio Meliá que es la que aquí en gran medida se sigue, tiene por base un principio de autorresponsabilidad normativamente fundado. Sostiene que el orden jurídico parte de que el hombre es capaz de libre autodeterminación y por eso debe responsabilizarse por

Ambas se esfuerzan por llevar a cabo una clara distribución de los ámbitos de responsabilidad de los sujetos intervinientes.

Llegados a este punto, cabe formular nuevamente la pregunta acerca de si —en tiempos de la imputación objetiva— puede sostenerse que los casos de protección por medios automáticos deben seguir siendo tratados como una problemática de la legítima defensa.

IV. LA DEFENSA AUTOMATIZADA Y LA NECESIDAD

Ahora bien, si considerásemos que los casos de defensa automatizada no han de analizarse desde la perspectiva del derecho de la legítima defensa sino del comportamiento a propio riesgo: ¿Qué sucedería con la “necesidad” que se exige como requisito de la legítima defensa? ¿Le estaría permitido “todo” al organizador de los medios materiales de protección para repeler un ataque?

En mi opinión fue el temor a una respuesta afirmativa lo que motivó que muchos autores se hubiesen visto obligados a considerar esa constelación de casos como de legítima defensa. Se pudo ver esto con claridad en la crítica que autores como Sommerlad¹³², Langenbach¹³³ o Köhnen¹³⁴ formularon contra las posturas que sostenían la —en ese entonces— ausencia de causalidad. Todos estos autores padecían también de una suerte de “obsesión positivista” por demostrar que los casos aquí tratados podían ser subsumidos en el §32¹³⁵ (o bien en el §53 antigua redacción). Tan así es, que ellos se han pronunciado expresamente acerca de este objetivo¹³⁶ y por eso luego se encontraron obligados a una fundamentación forzada (en especial en los aspectos de actualidad y necesidad).

Sin embargo, puede afirmarse que no existe desde la dogmática penal un motivo para no considerar esa constelación de casos como supuestos de “acción a propio riesgo”. Por otro lado, el tratamiento que los autores mencionados han elaborado respecto de la necesidad en los casos de defensa automa-

las consecuencias de su conducta. El sujeto sólo es responsable por su propio actuar y no por el actuar de otros. A causa del principio de autorresponsabilidad deben delimitarse los ámbitos de responsabilidad. Por eso el principio de autorresponsabilidad es el punto de partida que explica la solución en el caso de varios participantes (p. ej. en la prohibición de regreso o en el principio de confianza, entre otros). En todos estos casos se trata de que, como consecuencia del principio de autorresponsabilidad “no todo le concierne a cada uno”. Hasta aquí es claro que la autorresponsabilidad significa que cada persona tiene un propio ámbito de organización de su ámbito de vida (autonomía) y que ella en principio es responsable por los daños que causa esa propia organización (responsabilidad). El concepto de autorresponsabilidad contiene dos perspectivas: autonomía y responsabilidad.

¹³² Sommerlad, véase antes (crítica a la opinión de Böhlau).

¹³³ LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 6.

¹³⁴ KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 22.

¹³⁵ Parágrafo del StGB —Código Penal alemán— correspondiente a la legítima defensa.

¹³⁶ KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., *passim*.

tizada se ha evidenciado como muy discutido y confuso. En efecto, mientras algunos de estos juristas sostenían que ésta, en principio, siempre se cumplía, como por ejemplo Kunz: “una situación de defensa siempre se cumple en el desencadenamiento del mecanismo automático ... Un argumento a favor de la necesidad de la reacción de defensa automática es que en un ataque llevado a cabo en ausencia del defensor generalmente no se dispone *ad hoc* de otros medios de defensa menos lesivos”¹³⁷, otros señalaban, por el contrario, que esta exigencia nunca se cumplía, así por ejemplo Seidel, tal como se consignó más arriba. Según otras opiniones y con base a criterios totalmente dispares¹³⁸ ésta se verificará en algunas ocasiones. Estas dificultades en la diferenciación práctica muestran —en mi opinión— que la exigencia de la “necesidad” de la defensa como tal, necesita de una nueva formulación, al menos en cuanto a la problemática aquí tratada.

Jakobs afirma que el “enjuiciamiento de la conformidad a Derecho de los dispositivos de protección automatizados” también debe llevarse a cabo según el principio de “necesidad”¹³⁹. Luego agrega que “el tenedor del dispositivo soporta el riesgo de responsabilidad” en el caso de que la instalación se active por la acción de “personas cognosciblemente inculpables”, lesionando al agresor o cuando no se respete la solidaridad mínima ante ataques nimios (por ejemplo el borracho que se propone “dormirla” en el jardín ajeno)¹⁴⁰.

En rigor de verdad no se habla aquí de la “necesidad” de la defensa (es decir, del mandato de la elección del medio idóneo más leve para desbaratar el ataque) sino de la solidaridad mínima (es decir, de la limitación social y ética de la legítima defensa en interés de la consideración del prójimo). En efecto, sabido es que el elemento “necesidad” no equivale en la legítima defensa al de proporcionalidad de los bienes en juego y que por ello, en caso de aplicación ilimitada de este concepto, se podría matar en un caso extremo para defender bienes de escaso valor.

Es por tal motivo que se ha construido la idea de la limitación por la garantía de la solidaridad mínima. Cuando Jakobs se refiere a ella, plantea la cuestión acerca de si sólo el agresor debe afrontar las consecuencias o si puede aún confiar en una mínima solidaridad¹⁴¹. Y él mismo responde que aunque la

¹³⁷ KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 539. Luego relativiza su posición y afirma que la necesidad debe ser juzgada pero en otro momento que “no (es) de ninguna manera el del comienzo del resultado de la defensa sino aquel en que se lleva a cabo la acción de defensa... (que ya empieza) con la colocación de la instalación de defensa por parte de quien la opera, no recién con su puesta en funcionamiento. Según esto resulta decisivo para el juzgamiento de la necesidad si el operador, al colocar el dispositivo, tenía a su disposición otros medios que ofrecieran suficientes chances de defensa con una menor intensidad” (*GA 1984*, p. 549).

¹³⁸ Véase antes, al tratar aquellos autores que propugnaban la aplicación de la legítima defensa.

¹³⁹ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/35.

¹⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/35.

¹⁴¹ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/46.

solidaridad mínima no cesa completamente en ataques antijurídicos¹⁴², no se puede fundamentar un deber de consideración cuando “el agresor asume dolosa y culpablemente el riesgo de las consecuencias de la defensa (...) el agredido no tiene por qué preocuparse de aquello de lo que el agresor no se ha preocupado conscientemente de modo completamente imputable”¹⁴³.

Cada vez que se trata el tema de la “necesidad” de la defensa en los casos de protección por medios automáticos, se presentan frecuentemente estas dos problemáticas distintas arriba nombradas (y algunas veces se las confunde). Por un lado, que las instalaciones para la defensa propia reaccionan algunas veces muy fuertemente ante el ataque y, por otro, que existe un peligro general de que por estas instalaciones sean lesionadas también personas incapaces de culpabilidad (inimputables) o no agresoras. Empero ya se dijo que lo que está en juego no es el elemento “necesidad” sino el requisito de solidaridad mínima (como limitativo del derecho a la legítima defensa). En efecto, “cuanto menos responsable sea el agresor por el caso conflictivo, antes le ampara la solidaridad mínima” y por “los mismos principios” se rige “el rechazo de aquellos ataques que se aproximan al comportamiento socialmente adecuado... Aquí sólo es adecuado el rechazo moderado, pero no el que ocasiona graves lesiones”¹⁴⁴.

Mas esa limitación podría exigirse también desde la óptica de la “acción a propio riesgo”. Todo depende de la definición que se le dé al principio de autorresponsabilidad. En efecto, el postulado que reza que cada persona es responsable de sus propias acciones, pero no de las acciones de otros, tiene como ventaja y desventaja su generalidad¹⁴⁵. Este principio no explica, p. ej. si *todas* las acciones de los otros no fundamentan ninguna responsabilidad para el individuo en cuestión. Si se responde que uno solamente “no está obligado a atender a la conducta ajena de personas que actúan *cuasi culpablemente*”¹⁴⁶ ya podemos encontrar en el filtro de la acción a propio riesgo o de la imputación a la víctima las limitaciones que son tradicionalmente analizadas en la legítima defensa en cuanto a —por ejemplo— los inimputables. De este modo, los criterios normativos de la imputación objetiva realizarían el ideal de equidad que Bekker exigía para los casos aquí tratados¹⁴⁷.

En efecto, las situaciones en las que la garantía de la solidaridad mínima juega un rol significativo, ya podrían resolverse con los instrumentos que ofrece la institución “imputación a la víctima”. Así, una herramienta a utilizar podría

¹⁴² JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/46.

¹⁴³ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., p. 12/47.

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., p. 12/48.

¹⁴⁵ REYES ALVARADO, Yesid, “Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung”, *ZStW 105 (1993)*, p. 109 y ss.

¹⁴⁶ LESCH, Heiko H., *Habilitationsarbeit*, 2º capítulo, IV, Das unerlaubte Risiko, p. 395 y ss. Publicado como *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Heymanns, 1999, p. 130. Énfasis agregado.

¹⁴⁷ BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608.

ser el límite que se establece al concepto de “organización conjunta”¹⁴⁸, cuya base es el principio de que no siempre la víctima debe cargar con los costos de su conducta¹⁴⁹ (por ej. en el caso de instrumentalización por carecer la víctima de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para ser considerada autorresponsable, así como toda otra causa que limite la autorresponsabilidad de la víctima). Para ello deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada situación. Los casos en los que el intruso es inimputable pueden, justamente, solucionarse como supuestos de instrumentalización¹⁵⁰, porque sólo existe una organización del autor.

Pero aún falta la constelación de casos de los ataques nimios (también un problema de solidaridad mínima)¹⁵¹. Aquí también puede emplearse el concepto de “organización conjunta” acuñado por el profesor Cancio Meliá. Un intruso en la noche —independientemente de si es un ladrón o no— no puede definir el contexto como inocuo¹⁵², tal como se señaló al tratar el caso de la “botella de vino”¹⁵³. Por el contrario, si el conductor de una bicicleta la apoya, a fin de repararla, contra un alambre electricado y resulta lesionado¹⁵⁴ se configura una “instrumentalización” y no una “organización conjunta”, dado que este contexto —visto objetivamente— puede definirse como inofensivo o inocuo¹⁵⁵.

De alguna manera en las soluciones que hacían depender la “necesidad” de la existencia de una advertencia ya escondían la cuestión normativa acerca de la responsabilidad propia de la víctima —autorresponsabilidad— (pero no aquellas que exigían un conocimiento fáctico de dicha advertencia). Según Kunz, p. ej.: “debe considerarse que el medio es el menos lesivo cuando el defensor indique *reconociblemente* la peligrosidad de la instalación al círculo de personas que toman contacto con ésta”¹⁵⁶ o para Spendel la necesidad de

¹⁴⁸ Naturalmente que este concepto debe ser trabajado aun más, pero parece ser el instrumento más apto y sistemáticamente idóneo para solucionar los problemas usuales de la necesidad.

¹⁴⁹ Como excepción al principio ya mencionado de responsabilidad preferente de la víctima (ver nota 12).

¹⁵⁰ Sobre el concepto de instrumentalización ver nota 46.

¹⁵¹ Resulta muy interesante que von Bar utilizó su concepto de “regla de la vida” y no la legítima defensa en los casos de protección por medios automáticos, pues, precisamente, la legítima defensa tenía para él, el problema de que no era necesario que existiera proporcionalidad entre el bien jurídico preservado y el agredido, v. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 86 (debe notarse que en esa época no había sido desarrollado el límite de la solidaridad mínima).

¹⁵² Así se afirma: “(d)el lado de la víctima puede haber incluso casos (...) en los cuales ésta ni siquiera conozca el riesgo al cual se expone, y a pesar de eso tenga lugar una imputación a su ámbito de responsabilidad (...) si esas actividades no pueden interpretarse de ninguna manera sin el riesgo de daños”, CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 20 y ss.

¹⁵³ Ver CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 3 y ss.

¹⁵⁴ El ejemplo es de KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 18.

¹⁵⁵ Véase arriba el mismo tratamiento en el caso de la botella de vino.

¹⁵⁶ KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 551. Énfasis agregado.

la defensa debe afirmarse cuando los medios materiales de protección eran reconocibles para el agresor¹⁵⁷. Este criterio también puede observarse en la jurisprudencia: finalmente el Tribunal Superior en lo Criminal austriaco reconoció en el caso ya mencionado, que el empleo de los medios materiales de protección se encontraba amparado por la legítima defensa, pues el dispositivo no había sido mantenido en forma secreta¹⁵⁸. Mas, resulta claro que la existencia de alguna advertencia nada tiene que ver con la definición de “necesidad” a la que se recurre forzosamente¹⁵⁹.

En cambio, dicha situación sí guarda también aquí más similitudes con la diferenciación que realiza Cancio Meliá entre un contacto “estereotipadamente inocuo” y uno “peligroso” a fin de determinar si debe o no excluirse la imputación del ámbito de responsabilidad de la víctima. Según esto podría afirmarse que si las advertencias existen, la víctima no puede objetivamente —es decir, independientemente de su conocimiento fáctico— definir el contexto como inofensivo. Por tal motivo existiría una “organización conjunta” y a consecuencia de ello la responsabilidad debería serle adjudicada a la víctima¹⁶⁰, excluyéndose la imputación al autor. Por el contrario, cuando no existen tales carteles de advertencia, la víctima podría definir el contexto —objetivamente— como inocuo (en realidad esto dependerá de otros elementos del contexto) y, consecuentemente, el autor no podría ser exonerado de responsabilidad.

De este modo, los resultados injustos que la doctrina mayoritaria teme que podrían producirse sin una consideración de la “necesidad de la defensa” podrían evitarse bajo el filtro de la “acción a propio riesgo” (y aun con mayores posibilidades). Esto no debería sorprender, a poco que se note que la “legítima defensa” y la “acción a propio riesgo” se erigen sobre los mismos principios. En la legítima defensa, el motivo de la justificación se asienta en el “principio de la responsabilidad (...) por parte de la víctima de la intervención. Dicho motivo reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización”¹⁶¹ por cuanto “el atacante tiene él mismo la ‘culpa’ de su dilema, el conflicto se le adscribe a él mismo”¹⁶²; el atacante resulta en todo caso totalmente competente de la situación de conflicto¹⁶³. Esta fundamentación no se diferencia de aquella en

¹⁵⁷ SPENDEL, Günter, *Kommentar zum...*, cit., §32, n.p. 250. Énfasis agregado.

¹⁵⁸ *Zeitschrift für österreichische Rechtslehramkeit*, t. II, 1826, p. 176 (citado por V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 363).

¹⁵⁹ Es decir, que no exista ninguna otra posibilidad manifiesta de defensa que sea más leve.

¹⁶⁰ Sobre la responsabilidad preferente de la víctima ver nota 12.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. p. 11/3.

¹⁶² JAKOBS, Günther, “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung”, *ZStW* 89 (2977), p. 22 n.p. 70; del mismo autor “La prohibición de regreso”, en *Estudios de derecho penal*, p. 259, n.p. 71.

¹⁶³ JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/46.

la que se asienta la teoría de la “acción a propio riesgo”: la imputación del conflicto a la víctima por su competencia.

El proceso de normativización de la teoría del delito llevó a plantearse la cuestión acerca de la diferencia material entre el riesgo permitido (causa de atipicidad) y lo permitido excepcionalmente (causas de justificación). Así, cabe preguntarse ¿Por qué debe excluirse en el caso aquí examinado la tipicidad (imputación objetiva por acción a propio riesgo) y en otros la antijuridicidad (legítima defensa) si valoramos el mismo fenómeno? Quizás el fracaso de una diferenciación entre la acción a propio riesgo y la legítima defensa para estos supuestos indique que la diferenciación misma entre las causas de exclusión del tipo y las de justificación merece nuevamente un examen más profundo.

BIBLIOGRAFÍA

- BAR, Ludwig, von, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871.
 — *Gesetz und Schuld*, t. II, Berlín, 1907.
- BEKKER, Ernst I., *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t. I, suplemento II, Leipzig, 1859.
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. I, Leipzig, Besonderer Teil, 1902.
- BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, 1895.
- BÖHLAU, Hugo, “Occidere und causam mortis praestare (Eine Antwort auf eine Frage)”, *GA XIII (1865)*, ps. 472 y ss.
- BURI, Maximilian, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal*, Barcelona, 1998.
 — “Opferverhalten und objektive Zurechnung”. La numeración de las páginas corresponde a un manuscrito del autor, luego publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ZStW 111 (1999)*, p. 357 a 387.
- DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992.
- EXNER, Franz, “Fahrlässiges Zusammenwirken”, en *Festgabe für Rür Reinhard von Frank I*, Tübingen, 1930, p. 569 y ss.
- FINGER, August, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, 1904.
- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2ª. ed., Leipzig, 1901; 5ª/7ª ed., Tübingen, 1908, 15ª ed., Tübingen, 1924; 18ª ed., Tübingen, 1931.
- FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- HEGEL, Georg W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Moldenhauer-Markus, Francfort del Meno, 1993.

- JAGUSCH, Heinrich, *Kommentar zum § 53 in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Berlín, 1957.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín y Nueva York, 1991.
- *La imputación objetiva en el derecho penal* (traducido por M. Cancio Meliá), Madrid, 1996 (citado: Imputación objetiva).
- “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung”, *ZStW* 89 (2977), p. 1 y ss. (*La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*, traducido por M. Cancio Meliá en JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*. Madrid, 1977, p. 241 y ss.).
- KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr (Ein Beitrag zur Frage der Verteidigung durch selbstwirkende Schutzmittel)*, Disertación, Múnich, 1950.
- KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte Gegenwehr”, *GA* 1984, p. 539 y ss.
- LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung und Ausübung der Notwehr durch Schutzmaßregeln*, Disertación, Giessen, 1907.
- LENCKNER, Theodor, *Kommentar zum § 32 in Schönke/Schröder StGB*, 25ª ed. Múnich, 1997.
- LESCH, Heiko H., *Habilitationsarbeit*, 2º capítulo, IV, Das unerlaubte Risiko, p. 395 y ss. Publicado como *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Heymanns, 1999.
- *La función de la pena* (traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Madrid, 1999.
- NAGLER, Johannes, *Kommentar zum § 53 und Anhang I in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., Berlín, 1954.
- NAUCKE, Wolfgang, “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, *ZStW* 76, 1964, p. 409 y ss.
- OETKER, Friedrich, *Notwehr und Notstand in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts*, t. II, Berlín, 1908.
- ORTMANN, Rudolf, “Zur Lehre vom Kausalzusammenhang. Das Zusammenreffen mehrerer Handlungen zur Herbeiführung eines und desselben verbrecherischen Erfolgs”, *GA XXIII* (2875), p. 268 y ss.
- REYES ALVARADO, Yesid, “Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung”, *ZStW* 105 (1993), p. 108 y ss.
- ROTERING, “Über die Verantwortlichkeit durch Aufstellung von Schutzmaßregeln”, *GA XXX* (1882), p. 415 y ss.
- ROXIN, Klaus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., Múnich, 1997.
- SAMSON, Erich, *Kommentar zum § 32 in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., 1992.
- SCHWARTZ, Ernst, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín 1914.
- SEIDEL, Alfred, *Die Verletzung Dritter in der Notwehr*, Disertación, Leipzig, 1931.

- SOMMERLAD, “Über die Ausübung des Notwehrrechts durch Veranstaltung von Sondervorrichtungen”, *GS 39 (2887)*, p. 359 y ss.
- SPENDEL, Günter, *Kommentar zum § 32 en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., Berlín y Nueva York, 1992.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, 2005 (traducido por M. Cancio Meliá y M. Sancinetti).
- WALTHER, Susanne, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und “Opfer“ bei riskanten Zusammenwirken*, Friburgo, 1991.
- ZACZYC, Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.