

## LOS LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA. ¿PODEMOS MATAR AUN CUANDO EXISTE LA POSIBILIDAD SEGURA DE HUIR?\*

PATRICIO ENRIQUE KENNY\*\*

**Resumen:** Indagar sobre los límites de la legítima defensa importa precisar su fundamento. Estos límites pueden tener alguna incidencia al momento de examinar lo referido al deber de la víctima de retirarse en ocasión de un ataque antijurídico.

**Palabras clave:** fundamentos – legítima defensa – deber de retirarse – responsabilidad.

**Abstract:** Inquiring ourselves about the limits of the legitimate right to self-defense imply acknowledging its basis. These limits may interfere when examining the victim's duty to scape when there's an unlawful attack.

**Key words:** basis – legitimate self-defense – duty to scape – responsibility.

En el presente trabajo me ocuparé de aquel supuesto en el que la víctima de una agresión antijurídica, cuya vida corre peligro, cuenta con dos alternativas: o bien quitarle la vida al agresor, o bien huir con certeza de éxito. Primero, efectuaré un breve repaso del tratamiento que ha recibido la cuestión. Segundo, comentaré algunas de las principales dificultades que advierto en esta discusión. Finalmente, esbozaré algunas primeras observaciones críticas que podrían ser de utilidad al momento de intentar construir una teoría general para los límites de la legítima defensa.

\* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura "Teoría del delito y sistema de sanciones" a cargo del Prof. Marcelo D. Lerman en la Facultad de Derecho (UBA).  
Recepción del original: 22/08/2015. Aceptación: 20/10/2015.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Agradezco a Marcelo D. Lerman y Ezequiel H. Monti por sus comentarios y sugerencias. Los errores son solo míos.

## ESTADO DE LA CUESTIÓN

En dogmática argentina no han existido variaciones significativas respecto al tratamiento del deber de retirarse. Quizás su explicación pueda hallarse en el hecho de que la tradición latina –al igual que, por ejemplo, la española– se ha visto fuertemente influenciada por la dogmática alemana, cuyo criterio para la evaluación del tema que me ocupa se ha mostrado siempre invariable. Por ello, se suele coincidir que quien es víctima de una agresión ilegítima –capaz de hacerle perder la vida– posee el *derecho* de quitarle la vida al agresor, aun cuando pudiera evitar con certeza la agresión huyendo.<sup>1</sup> ¿Es justo o conveniente que aceptemos sin más esta solución? Parece obvio que diferente es el escenario cuando ante la agresión ilegítima existen solo dos opciones: permitir que el agresor<sup>2</sup> me quite la vida o que uno le quite la vida al agresor. El poder motivador del deseo de preservar la propia vida es tal que se suele coincidir en que, como regla general, de nadie podría esperarse un compromiso en la realización de una conducta que pueda frustrar este deseo.<sup>3</sup>

“Respecto a la huida, la opinión dominante no la considera exigible (la jurisprudencia tradicional la considera deshonrosa)”.<sup>4</sup> “Quien se halla ante la amenaza de ser atacado a golpes de puño, puede ponerse a repeler la agresión, aun cuando pudiera sustraerse sin más al menoscabo a su incolumidad corporal huyendo de la agresión”.<sup>5</sup> “Tampoco obsta a la necesidad

1. Sobre si se trata, en efecto, de un *derecho*: “[l]a naturaleza de los tipos permisivos es clara: si confieren permisos, están reconociendo o creando derechos. Un sujeto tiene derecho a realizar un tipo permisivo y si no lo realiza no sucede nada de relevancia jurídica. En síntesis, las causas de justificación son ejercicios de derechos”, en ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. III, p. 581.

2. Si bien –a los efectos de lograr mayor claridad expositiva– no se hará explícito en el texto, todos los pronombres deben ser entendidos como representando tanto al masculino como al femenino a menos que se indique lo contrario.

3. KUTZ, Christopher, “Self-defense and political justification”, en *California Law Review*, No. 88, mayo 2000, p. 752. Dentro de las excepciones en las que cede el poder motivador del deseo de preservar la propia vida quedan comprendidos los casos en los que se pretende salvar la vida de un familiar o de un amigo entrañable, entre otros.

4. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Julio César Faira Editores, 2005, p. 437.

5. FRISTER, Helmut, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 330 y 331.

de la defensa concreta que el agredido pudiera escapar corriendo y sustraerse así a la agresión, pues el § 32 (del Código Penal alemán) permite la defensa necesaria para repeler la agresión y escapar corriendo no es repeler la agresión".<sup>6</sup> "Dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos parciales de la agresión, no está obligado a esquivar al ataque".<sup>7</sup> "[E]l agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo. Con razón, se sostiene que el fundamento de la defensa necesaria se encuentra en la responsabilidad en la que incurre el agresor que obra sin derecho".<sup>8</sup> "Suele reconocerse [...] que la mera posibilidad de huida no excluye la legitimidad de la defensa. [...] Si se entiende que los bienes jurídicos son públicos, en una concepción estatista furibunda y que la defensa del derecho es únicamente cuestión del Estado, puesto que el derecho tiene por función principal hacer efectiva la voluntad estatal, no queda más alternativa que imponer el deber de huir cuando se pueda evitar la agresión por ese medio".<sup>9</sup>

La doctrina dominante, sin embargo, ha establecido algunas excepciones que suelen ser aceptadas pacíficamente. "La rotunda negación del deber de alejarse puede llevar a injustas soluciones que ha tentado la doctrina de evitar, admitiendo la obligación de alejarse, siendo posible, ante la agresión del padre, del demente y del agente público que obra por error *in personam*";<sup>10</sup> "[s]egún la idea básica de la legítima defensa sería correcto exigir para la situación de legítima defensa no solo una conducta objetiva y subjetivamente antijurídica, sino también culpable. Pues quien agrede antijurídicamente a otro en estado de incapacidad de culpabilidad no tiene la posibilidad –en razón de que no es responsable de su decisión de voluntad– de protegerse de una defensa desproporcionada, renunciando a la agresión misma".<sup>11</sup> También suelen añadirse a estas excepciones aquellos casos en

6. ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 633.

7. JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Buenos Aires, Marcial Pons, 1997, p. 475.

8. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 359 y 360.

9. ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado... ob. cit.*, p. 592.

10. SOLER, Sebastian (1940), *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1992, t. I, pp. 452 y 453.

11. FRISTER, Helmut, *Derecho penal... ob. cit.*, pp. 324 y 325. En igual sentido, por ejemplo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 437 o ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado... ob. cit.*, p. 591.

los que el titular de la agresión antijurídica es un niño, presumiéndose así que este no cuenta con culpa (es un agente inimputable).

La dogmática alemana ha rechazado, por lo general, la obligación de retirarse o huir, salvo determinados supuestos excepcionales –en especial, los ataques de niños o inimputables por razones mentales–.<sup>12</sup>

Algunos de los argumentos que se advierten como fundamento de la posición dominante son: (1) que obligar a optar por la huida es obligar a optar por ser un cobarde, por obrar en forma deshonrosa; (2) que el derecho no tiene por qué ceder ante lo ilícito;<sup>13</sup> (3) que la responsabilidad del agresor –su culpa– supone que este debe soportar una reacción por parte de la víctima; (4) que obligar a huir a la víctima atenta contra la individualidad de cada persona y, en especial, contra su derecho a auto defenderse, contra su autonomía personal; (5) que se desprende de una interpretación literal de la legislación alemana (§ 32 del Código Penal alemán) que huir no es “repeler la agresión”; (6) que “los camorristas y matones tendrían en sus manos el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio”;<sup>14</sup> (7) que “el legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general (por ejemplo, la reafirmación de la vigencia del derecho y la disuasión a futuros infractores)”.<sup>15</sup>

Se distinguen, por un lado, posturas marcadamente deontológicas –entre ellas (1), (2), (3) y (4)– y, por el otro, posturas más afines al consecuencialismo –entre ellas (6) y (7)–.<sup>16</sup> Además existe una última postura –la (5)– que supone efectuar algunas consideraciones respecto a lo que se conoce por teoría de la interpretación. En esta última se presupone que yace en la letra de la ley una posición moral preexistente y no explicitada (deontologista o consecuencialista) fijada por el propio legislador.

12. FLETCHER, George P. (1975), *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 865.

13. Entre tantos otros, JESCHECK, Hans-Heinrich (1988), *Tratado de derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 1993, p. 302.

14. ROXIN, Claus, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 633.

15. *Ibid.*, p. 608.

16. Respecto a la distinción, véase Nino, Carlos S., *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 93 y ss. También, Wolff, Jonathan, *Introduction to political philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 53 y ss.

Si bien cada uno de estos argumentos debiera merecer una réplica individual, es posible precisar que quizás el argumento más consistente sea, según estimo, el de la responsabilidad y, por ello anticipo, me ocuparé principalmente de este. Al respecto, se ha entendido que "el individuo que pone voluntaria y conscientemente en peligro un cierto bien, sabiendo que su acto tiene como consecuencia normativa necesaria la adscripción de ese derecho al titular del bien, consiente en perder la inmunidad de que gozaba en contra de actos que puedan afectar sus propios bienes. Esto es exactamente paralelo a lo que ocurre con la asunción de responsabilidad penal (Nino fundamenta la pena en el consentimiento del agresor al actuar), y las condiciones para predicar consentimiento son las mismas en ambos casos".<sup>17</sup>

Es decir, incluso desde el liberalismo igualitario pareciera sugerirse como moralmente admisible el hecho de matar aun cuando existe la posibilidad de huir. Su fundamento, en el caso citado, parece residir en el hecho de que al existir una agresión antijurídica que voluntariamente consciente el agresor, ahora este debe soportar la respuesta de la víctima que pretende defenderse legítimamente.

#### PRIMER EXAMEN DE LAS POSICIONES COMENTADAS

Primer problema. Las posiciones deontológicas dan cuenta de un retribucionismo, por lo menos, problemático. En algunos casos este sería capaz de exceder, curiosamente, el límite de la culpabilidad.<sup>18</sup> Todavía más importante, tal retribucionismo podría mostrar cierta incoherencia –o falta de integridad– respecto a otros valores morales de mayor o igual trascendencia. Esto último nos debiera persuadir de que, ante la posibilidad cierta de huir, la víctima debe optar por esta opción antes que dar muerte a su ofensor culpable. Especial interés revestirá el argumento de la responsabilidad, en tanto muchos de los otros serán parcialmente obviados producto

17. NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 481.

18. Un primer caso es aquel en el que el agresor voluntario, por ejemplo, pretender cortar un dedo a su víctima. Está última debe optar entre dos alternativas: retirarse con éxito o quitarle la vida al agresor. De optar por la segunda se estaría retribuyendo un mal superando el techo de la culpabilidad. Un segundo caso será comentado sobre el final de este trabajo.

de la escasa relevancia que le asigno a estos.<sup>19</sup> Este primer problema será tratado con mayor detalle en el apartado siguiente.

Segundo problema. Las posiciones consecuencialistas están sujetas a demostración empírica y, además, portan consigo una dificultad adicional siempre inherente a estas: el empleo del sujeto ofensor como un instrumento o medio –y no como fin en sí mismo– para la consecución de metas sociales consideradas valiosas. Sumado a ello, entiendo que existen nuevas razones prudenciales que derrotan a las primeras. Este segundo problema también será tratado con mayor detalle en el apartado siguiente.

Tercer problema. Hay una posición adicional –la (5)– que presenta dificultades muy propias de la teoría de la interpretación. Si bien no me detendré a examinar en detalle esta posición, sí puedo asegurar que, por lo general, la inmensa mayoría de los desacuerdos que se suceden en un debate interpretativo no logran ser resueltos recurriendo a nuevas disquisiciones en torno a la faz semántica del texto legislativo que se pretende dotar de sentido.<sup>20</sup> Ni la lógica ni la exégesis son suficientes por sí solas.

Si bien los aspectos semánticos pueden resultar de enorme utilidad para cualquier interprete, tampoco deja de ser cierto que requerimos de algo más. Y ese algo más supone comprometernos valorativamente, adoptar una posición moral.<sup>21</sup>

Este es quizás uno de los mayores escollos con los que han tenido que lidiar las corrientes afines al positivismo –al menos las más rudimentarias–: cómo preservar un abordaje interpretativo despojado de la moral en textos legislativos signado, en muchos casos, por una indeterminación radical. Escuelas diversas tales como el empirismo exegético

19. Por ejemplo, que el derecho no debe ceder ante lo injusto es una declaración, en gran medida, vacua y superflua que no será analizada en detalle. Al respecto, véase NINO, Carlos S., *La legítima defensa*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 26.

20. Al respecto, véase the semantic sting, en DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Londres, Harvard University Press, 1986, p. 45.

21. NINO, Carlos S., *Notas de introducción al derecho 4, la ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 101. Incluso desde el positivismo metodológico se ha entendido que “[l]a mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica”, KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 133.

francés, el historicismo casuístico inglés o el racionalismo dogmático alemán<sup>22</sup> han enfrentado retos semejantes.

En concreto, de la letra del § 32 del Código Penal alemán<sup>23</sup> o, si se quiere, del artículo 34 inciso 6<sup>24</sup> del Código Penal argentino no se desprende, sin más, que la víctima pueda matar aun cuando existe la posibilidad cierta de huir. Por ello, la inferencia fundada en la mera semántica de la ley la estimo problemática. Y, todavía más, para el supuesto argentino podría argüirse que, muy por el contrario, no se constata la "necesidad racional del medio empleado" cuando existe la posibilidad cierta de defenderse por medio de una retirada exitosa pero la víctima, en cambio, decide quitarle la vida al agresor culpable. La muerte del agresor no era necesaria.

En cualquier caso, luego de estas breves reflexiones en torno al tercer problema pretendo sostener que echar mano, a través de interpretaciones literales, a las leyes escritas con las que contamos no parece –al menos en esta ocasión– ni necesario ni suficiente para defender una interpretación robusta del principio de responsabilidad en la legítima defensa y así considerar normativamente permisible dar muerte a una persona cuando existe la posibilidad de retirarse con éxito. Esto es, desde una interpretación literal no es cierto que la norma prescribe que la víctima pueda matar a su ofensor culpable aun cuando existía la posibilidad de huir con éxito. Sin embargo, tampoco prescribe lo contrario; existe indeterminación en cuanto a este punto. El debate permanece abierto.

## SEGUNDO EXAMEN DE LAS POSICIONES COMENTADAS

Ahora intentaré advertir –retomando el primer problema– sobre algunas posibles inconsistencias que surgen de quienes son partidarios de evitar todo reproche a quien mata a su ofensor aun cuando existe la posibilidad cierta de huir. Para esto último, me ciño a las reglas introducidas

22. Cossio, Carlos, "La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época", en *La Ley*, t. 108, pp. 1088 y ss.

23. "Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro".

24. "El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: Agresión ilegítima; Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

por parte de algunos de los principales referentes de la dogmática alemana. Algunas de ellas son: "si hay varias posibilidades de defensa, se tendrá que elegir aquella que genere la menor lesión o puesta en peligro posible del agresor";<sup>25</sup> "[n]ecesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño";<sup>26</sup> "[e]l defensor está justificado cuando elige, de entre medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor".<sup>27</sup>

El razonamiento presenta algunas similitudes con el tercer problema –al interpretar la legislación argentina–. Si se exige como regla moral escoger "aquel que afecte lo menos posible los bienes jurídicos del agresor",<sup>28</sup> ¿por qué no optar por una retirada segura en vez de dar muerte al agresor?

La exigencia de escoger el medio menos lesivo supone, desde la dogmática alemana, un atemperamiento de la estricta regla de la responsabilidad –o si se quiere, de la culpabilidad–. No se podrá replicar a la agresión con otra de la misma especie si existe otra respuesta menos lesiva que evite la agresión primigenia.

¿Acaso para el supuesto que nos ocupa la retirada de la víctima no es el medio menos lesivo capaz de repeler (*i.e.* rechazar, no admitir) la agresión? Esta es la primera inconsistencia que advierto.

Por otro lado, existen razones morales de mayor o igual magnitud para descartar la posición dominante. Cuando no hay una necesidad –porque se puede optar por una huida exitosa–, solo queda en pie el retribucionismo o, si se quiere, la respuesta vindicativa. Hacer un mal para responder a otro, y ya no como un recurso necesario, inevitable tal vez, para salvar la propia vida. De no mediar una verdadera necesidad, el retribucionismo que se desprende del principio de responsabilidad y que vendría a fundar la legítima defensa puede configurarse como una violación manifiesta a la garantía de juicio previo que se encuentra incorporada al artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.<sup>29</sup> Hay un principio muy arraigado a nuestra

25. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, parte general I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 235.

26. ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 628.

27. JAKOBS, Günther, *ob. cit.*, p. 472.

28. FRISTER, Helmut, *ob. cit.*, p. 330.

29. "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

cultura política: la distribución de las penas las debe administrar el aparato estatal y no los propios particulares.

Con buen tino se han manifestado algunas voces desde la doctrina dominante que han empezado a establecer los primeros reparos en lo que se refiere a este punto. Para algunos el límite de lo admisible reside en el paso a la defensa desproporcionada y, para lo que nos ocupa, en la vulneración de la solidaridad mínima.<sup>30</sup> Asimismo, si bien no se ha llegado a establecer a la fuga como un deber, se ha considerado como un posible límite de justicia a la necesidad exigida por la dogmática para evitar arribar a situaciones injustas.<sup>31</sup>

Bajo estas reflexiones empieza a consolidarse un principio de solidaridad o, mejor dicho, de humanidad o de pacifismo entre los miembros de una misma comunidad como límite al retribucionismo tan propio de la doctrina dominante. Si en los estados de necesidad se pregona en favor de la solidaridad, por qué esta no está presente también en la legítima defensa —que es para algunos una forma calificada de estado de necesidad defensivo—. ¿Acaso la responsabilidad o la culpa es suficiente para quitarle la vida a una persona cuando existe la posibilidad de huir con éxito, para eliminar toda solidaridad mínima respecto al prójimo? Por cierto, la doctrina dominante al examinar lo relativo al estado de necesidad exculpante suele concebir a la vida humana como un valor máximo, como aquello que no puede ser resignado —dicen— ni aun bajo consentimiento expreso y voluntario. ¿La responsabilidad culposa es suficiente por sí sola (porque no hay necesidad) para echar por tierra a esta prioridad moral como lo es la salvaguarda de aquel valor máximo?

Si por parte del agresor existió una conducta despreciable, ¿por qué la reacción del derecho debe ser otra conducta de igual tenor, es decir, también despreciable: quitarle la vida a una persona cuando no es realmente necesario hacerlo? El derecho no puede valerse de medios inmorales para la consecución de las metas socialmente consideradas valiosas (es decir, el mantenimiento de la paz entre los distintos integrantes de la comunidad).<sup>32</sup> El agresor debe seguir siendo respetado como persona, pues la agresión no

30. JAKOBS, Günther, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 476.

31. Con muchas dudas así lo expresa Soler, en SOLER, Sebastian (1940), *Derecho penal argentino... ob. cit.*, pp. 452 y 453.

32. Por ejemplo, CSJN, Fallos 333:405, *Baldivieso*, del 20 de abril de 2010.

le hace perder el derecho a un mínimo de solidaridad<sup>33</sup> que entraña el no perder la vida como consecuencia de su obrar culposo.

Alcanzada esta instancia, debo advertir que lo que se estaría sugiriendo no constituye una extralimitación del principio de solidaridad al punto tal de eliminar toda posibilidad de dar muerte a un agresor. Posiciones pacifistas radicales podrían esgrimir, muchas veces con razón, que toda violencia, que toda coerción, merece ser rechazada.<sup>34</sup> Lo aquí propuesto solo comprende a aquellos casos en los que existe la posibilidad cierta y segura de huir y, por ello, la réplica violenta que da muerte al agresor no luce realmente necesaria.

Hay quienes desde la doctrina dominante suelen aducir que huir no es una defensa. Sin embargo, si entendemos a la defensa como la posibilidad de repeler, de rechazar, de no admitir una agresión –todas acepciones usualmente aceptadas– podemos concluir que la huida sí es una verdadera defensa. ¿Acaso toda defensa supone el empleo de la violencia? Además, hay quienes podrían subrayar que las interpretaciones *pro homine* debieran prevalecer; las disquisiciones terminológicas deberían encausarse en favor de la salvaguarda de la vida humana.

Entiendo que también existe una inconsistencia adicional. Hoy suele admitirse, en forma casi unánime, que en la legítima defensa no debieran ser tolerables las groseras desproporciones entre el bien salvado y el bien que se afecta por medio de la defensa necesaria.<sup>35</sup> No es admisible, por ejemplo, matar para evitar el robo de una resma de papel insignificante.<sup>36</sup> En nuestro caso no habría problemas en este punto: se trata de quitar una vida para salvar otra. Hay, por cierto, una estricta proporcionalidad. Sin embargo, la grosera desproporcionalidad que hoy se encuentra desatendida yace en los medios a ser escogidos: una retirada efectiva o la pérdida de la vida del agresor. Nuevamente, entiendo que la culpa de este último no parece ser capaz de suplir tamaña desproporción.

33. PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

34. Al respecto, véase RYAN, Cheyney C., "Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing", en *Ethics*, Vol. 93, No. 3, abril 1983, p. 509.

35. Por ejemplo, FRISTER, Helmut, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 332.

36. Esta proporcionalidad es aceptada incluso por quienes adscriben a alguna teoría consecuencialista de la pena. Por ejemplo, Nino. Al respecto, WASSERMAN, David, "Justifying Self-Defense", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 16, No. 4, otoño 1987, p. 377.

Como ya comenté, algunos de los máximos referentes del liberalismo igualitario han adoptado una posición vacilante respecto al tema que me ocupa. Si bien son partidarios de asignarle un propósito instrumental a la pena –y así alejarse del retribucionismo clásico–, no menos cierto es que ante la posibilidad de introducir la obligación de huir manifiestan algunos reparos. Por ejemplo, con acierto señalan que “la fuga frente al ataque puede, en determinadas circunstancias, importar una lesión para ciertos bienes del individuo que huye; [...] la huida puede involucrar una lesión a la libertad de movimientos o al honor del individuo que debe emprenderla”.<sup>37</sup> Se trata, a las claras, de reparos deontológicos.

En algunos casos, también se ha agregado una posible merma de la autonomía personal de la víctima, al ser obligado mediante una agresión a huir o retirarse de “un lugar en el que ella tenía derecho a estar”.<sup>38</sup> Pero parece tratarse de una violación periférica de la autonomía y no de una afectación de aquella autonomía esencialísima, como preconcepto de la democracia o derecho *a priori*.<sup>39</sup> Además, no debe olvidarse que la lesión que se aduce suele ser inevitable y hasta cierto punto se mantiene incluso cuando la víctima lleva a cabo su defensa violenta y le quita la vida al agresor. En este caso, la acción de defensa y el resultado muerte también podrá traer aparejado un menoscabo a su libertad de movimiento –tuvo que ocuparse de llevar a cabo la acción de defensa y tendrá que ocuparse de lidiar con todo aquello posterior derivado de quitarle la vida a una persona–.

Entiendo que para el liberalismo igualitario debiera ser necesario conservar la perspectiva instrumental de la pena en este punto y, por ello, intentar salvar la mayor cantidad de vidas posible a través de una mirada humanista de los límites de esta causa de justificación. Existiendo una vía segura de retirada la culpa, su consenimiento para Nino, no parece suficiente para arrebatarle la vida a una persona. Esto último se mantiene aun cuando puede existir cierta merma en algunos de los derechos de la víctima –honor, autonomía, etc–. Intentar empezar a reducir la violencia en nuestra comunidad puede conllevar obligar a retirarse en forma exitosa en vez de matar. Sobre esto volveré más adelante.

37. NINO, Carlos S., *ob. cit.*, p. 111.

38. FLETCHER, George P. (1975), *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 866.

39. En cuanto a esta última violación, véase NINO, Carlos S., *The constitution of deliberative democracy*, Nueva Haven, Yale University Press, 1996, pp. 203 y ss.

Pero continuando con lo ya manifestado, cierta solidaridad mínima pareciera imponerse cuando estamos ponderando determinadas restricciones transitorias a la libertad ambulatoria, a la autonomía, o al honor de la víctima –como, por ejemplo, aparentar ser un cobarde– respecto a la pérdida permanente de una vida humana.

Los límites de la legítima defensa, y en particular la obligación de huir, supone una discusión moral que se asemeja a los ejemplos paradigmáticos de la filosofía moral en donde nuestras intuiciones son puestas a prueba.<sup>40</sup> Por ello, puede ser de interés adentrarnos en una somera reconstrucción de los principales desarrollos que se han ofrecido para este particular desde la filosofía moral anglosajona.

De hecho, desde antaño su tradición jurídica receptó muchos de tales desarrollos, y así ha portado consigo una mirada no siempre coincidente con nuestros propios avances teóricos. Desde hace por lo menos más de un siglo debaten la asimetría moral entre agresor y víctima (*moral asymmetry*) y los límites de la responsabilidad del agresor (*the causer-pays principle*) frente al deber de huir (*duty to retreat*). En algunos casos, su solución se inclinó por la opción humanista o pacifista, en contraposición a la retribucionista.

La antigua jurisprudencia norteamericana, inspirada en los precedentes británicos,<sup>41</sup> ha sido usualmente conteste con los avances de la filosofía. De este modo, se ha precisado que “si retirarse es razonablemente seguro uno debe retirarse en vez de matar”; (no estar obligado a retirarse cuando es posible hacerlo) [e]s una herencia de los tiempos de turbulencia y lucha cuando retirarse del castillo propio era necesariamente acompañada de un aumento del riesgo. [...] Que en la actualidad el retiro de la casa de uno aumenta el peligro no es axiomático. Depende en cada caso de los hechos y una regla fija es imposible (apelando a un examen casuístico tan propio de la cultura anglosajona)”.<sup>42</sup> También se exigía que el acusado debía demostrar que antes de defenderse en forma violenta no había modo conveniente

40. Por solo mencionar un caso, cuando un cirujano que a fin de salvar cinco vidas evalúa matar a un paciente sano para extraerle sus órganos vitales. Al respecto, Alexander, Larry, “Self-Defense, Justification and Excuse”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 1, invierno 1993, pp. 139-141.

41. “Recent cases”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 13, No. 7, mayo 1904, pp. 398-399.

42. “Recent cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. 35, No. 1, noviembre 1921, pp. 88-89.

o razonable de retirarse,<sup>43</sup> es decir, el homicidio solo se encontraba justificado cuando todos los medios de escape habían sido agotados.<sup>44</sup>

En esta tradición podemos hallar, ahora desde la filosofía, a quienes directamente sostienen como moralmente incorrecto matar a un agresor culpable cuando no es necesario hacerlo.<sup>45</sup> Desde esta perspectiva solo es procedente dar muerte al agresor cuando no existe otra alternativa menos lesiva.<sup>46</sup>

“Supongamos que un primer agresor amenaza a su víctima, que al ser cojo no puede escapar por la pared que se encuentra detrás de él. Un segundo agresor, exactamente en las mismas circunstancias, amenaza a una segunda víctima, que es un atleta campeón en el salto de altura y, de hecho, puede saltar fácilmente la pared. En los aspectos moralmente relevantes ambos agresores parecen ser culpables de exactamente lo mismo, por lo tanto, si hay una pérdida del derecho en el primer caso parece que la misma pérdida se sucederá en el segundo caso. Pero solo en el primer caso puede la víctima legítimamente matar: la pérdida del derecho a la vida, en otras palabras, no tiene por qué implicar el derecho de matar del otro. Incluso cuando lo hace, todavía se debe establecer dónde está ese derecho. Si un asesino condenado ha perdido su derecho a vivir, no se sigue que cualquiera lo puede matar. Una vez que el derecho a matarlo se establece todavía debe demostrar *quién* posee ese derecho, en este caso el poder de ejecutarlo”.<sup>47</sup>

Como ya comenté, cuando se pierde el carácter de necesario en la acción de la víctima, la réplica se convierte en una pena, en una retribución por la culpa del agresor que parece contradecir la garantía de juicio previo. En simultáneo, la función de la ley es proporcionar una respuesta a la comunidad por la violación de sus derechos ante una agresión injusta, pero no proteger y convalidar cuando la víctima reivindica por mano propia sus derechos afectados por el agresor.<sup>48</sup>

Invaldar la justicia por mano propia conlleva, de algún modo u otro, cierto constreñimiento de la autonomía de las personas, pero aquel constre-

43. “Recent cases”, en *Michigan Law Review*, Vol. 11, No. 3, enero 1913, p. 254.

44. “Recent cases”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 16, No. 1, noviembre 1906, p. 56.

45. THOMSON, Judith J., “Self-Defense”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 4, otoño 1991, p. 284; RYAN, Cheyney C., *ob. cit.*, p. 512.

46. THOMSON, Judith J., *ob. cit.*, p. 283.

47. RYAN, Cheyney C., *ob. cit.*, p. 512. El destacado me pertenece.

48. FLETCHER, George P., *ob. cit.*, p. 867.

ñimiento se justifica a partir de la existencia de un aparato intrasubjetivo encargado de monopolizar la imposición de reproches. Y por supuesto que en ocasiones esta delegación puede traer aparejado, por ejemplo, un meollo en el honor de quien debe abstenerse de responder con sus propios medios ante lo injusto –para ser la burla de sus vecinos que lo acusarán de cobarde–.

Algunos anglosajones han acuñado el término *propuesta vulgar* para denominar aquel razonamiento que concluye que es moralmente admisible infligir intencionalmente dolor solo a aquellos que lo merezcan y solo teniendo como límite su merecimiento. Los que merecen tales dolores son los hombres malos que son culpables, debiendo la imposición del dolor ser proporcional a sus maldades.<sup>49</sup>

La *propuesta vulgar* parece entrañar un examen, en algún punto, rudimentario en tanto no logra dar cuenta de un escenario que posee otras complejidades que son obviadas. En particular, de seguir con este razonamiento debiéramos optar por dar muerte al agresor –que interna quitarnos la vida– aun cuando existe la posibilidad cierta de inmovilizarlo con un pocos golpes de puño. Se suprimiría, de esta manera, los requisitos de la necesidad y de menor lesividad que suelen ser aceptados incluso en la dogmática dominante. Además, quedaría pendiente determinar por qué debiéramos acogernos a las premisas del retribucionismo; y las razones por las cuales un mal debe ser compensado con otro mal.

Porque en realidad, la *propuesta vulgar* no hace más que comprometernos a mantener una polémica continuidad entre la moralidad de la defensa necesaria y la moralidad del castigo. Como en el castigo tradicional, hacer daño parece ser bienvenido por sí mismo. Si eso es una característica preocupante de la pena, ¿por qué no es una característica igualmente preocupante de las acciones en defensa propia?<sup>50</sup> E incluso es todavía más preocupante y perturbador cuando la víctima cuenta con la opción efectiva de huir u optar por otro medio menos lesivo que la muerte del agresor.

La tradición anglosajona si bien se ha ocupado de abordar el problema que ahora me ocupa cierto también es que todavía se trata de un debate que permanece inconcuso.<sup>51</sup> En efecto, hay quienes sostiene, acogiendo a la doc-

49. GARDNER, John y TANGUAY-RENAUD, François, "Desert and Avoidability in Self-Defense", en *Ethics*, Vol. 122, No. 1, octubre 2011, p. 117.

50. *Ibid*, p. 119.

51. Por ejemplo, un protagonismo del argumento de la responsabilidad moral en QUONG, Jonathan, "Killing in Self Defense", en *Ethics*, Vol. 119, No. 3, abril 2009, p. 510.

trina continental, que el factor que distorsiona la balanza a favor de las víctimas es, precisamente, la culpabilidad del agresor; su culpabilidad permite que sus intereses sean ignorados. Sin embargo, esta postura ha sido tachada de incompatible con lo que se percibe como un principio fundamental de la tradición anglo-americana, la igualdad de todas las vidas, cualquiera que sea su estatus moral.<sup>52</sup> Es decir, la vida de un ser humano no puede ser despreciada, sin más, solo porque ha existido previamente una agresión culpable.

Lo que justifica la legítima defensa no es la agresión en sí, o la culpabilidad del agresor.<sup>53</sup> En realidad, la legítima defensa se justifica en el cuadro de necesidad generado, en la responsabilidad del agresor de haber obligado a la víctima a tener que decidir, en este caso, entre su propia vida o la vida del agresor causante.

Con todo esto en mente es posible precisar que ajustarse de un modo más armónico a nuestras intuiciones morales importa evaluar la verdadera necesidad de la acción de defensa, antes que la culpa que el agresor pueda eventualmente portar. Por ejemplo, Hobbes ponía de resalto que la legítima defensa o la defensa necesaria al ser tan inherente al ser humano no podía ser cedida al soberano.<sup>54</sup> Se trata nada menos que de un instrumento para asegurar nuestra supervivencia. Pero esta lectura solo es admisible si se repara en el hecho de que esta defensa tan inherente al ser humano debe ser verdaderamente *necesaria*, y no solo como un mero medio de retribución ante la culpa del otro –algo que se constata cuando se mata aun existiendo la opción de retirarse o huir–.

En 1895 la Corte Suprema norteamericana entendió que no es necesario retirarse (*duty of retreat*) si la defensa agresiva puede proseguir siempre y cuando no haya intención de matar al agresor, y ningún propósito de hacer nada más allá de lo necesario para salvar la propia vida; no se es culpable de asesinato u homicidio si la muerte del agresor se concreta a partir de un golpe que se da en tales circunstancias.<sup>55</sup>

El criterio pareció morigerarse un año más tarde cuando se subrayó que, antes de emplear la fuerza y dar muerte en el contexto de defensa

52. WASSERMAN, David, "Justifying Self-Defense... *ob. cit.*", p. 358.

53. *Ibid*, p. 366.

54. SREEDHAR, Susanne, "Defending the Hobbesian Right of Self-Defense", en *Political Theory*, Vol. 36, No. 6, diciembre 2008, pp. 781-802.

55. 158 U.S. 550 (1895), *Beard v. United States*. Una postura similar en 162 U.S. 499 (1896), *Alberty v. United States*.

necesaria, la víctima debe intentar huir si este intento parece efectivo.<sup>56</sup> Además, se distinguió la resolución del precedente antes comentado puntualizando que en el caso anterior se trataba de evaluar el deber de retirarse estando la víctima en su propio hogar (*defending one's home*).<sup>57</sup>

En los Estados Unidos existe legislación que establece el deber de huir cuando la víctima puede evitar la agresión sin la *necesidad* de usar la fuerza mortal, al poder retirarse con total seguridad. Esta obligación de huir está presente –con distintas variaciones– en veintidós Estados, además de en el Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), y en el derecho común federal.<sup>58</sup> A aquellas legislaciones en las que no se impone este deber se las conoce como "Stand Your Ground" (SYG) laws.

Hay caso difíciles que no fueron abordados en el presente trabajo y que podrían introducir nuevos ejercicios dilemáticos. Por ejemplo, ¿también debiera imponerse la solidaridad mínima cuando no hay certeza de éxito en el intento de fuga? ¿Qué sucede si la probabilidad de efectividad en la huida es del 90% y la probabilidad de efectividad en la acción de dar muerte al agresor es del 80%? Tal vez hay quienes puedan sugerir que esta incertidumbre ahora sí debe ser soportada por el agresor culpable.

Haré un último comentario respecto al primer problema: debiera trazarse una distinción entre aquello que concebimos como reprochable de acuerdo con los resultados arrojados por la sistematicidad de la teoría del delito y aquello que concebimos que es legítimo que el Estado criminalice.<sup>59</sup> Además, quedará pendiente de evaluación considerar si lo que aquí hemos asumido como moralmente despreciable merece ser finamente condenado a través del peso de la ley o basta con el reproche moral. Obligar a la víctima a sujetarse a un deber de retirarse no tendría que respaldarse necesariamente por la amenaza de pena –más teniendo presente la funesta realidad latinoamericana en lo referido a prisión y castigo–.<sup>60</sup>

56. 164 U.S. 492 (1896), *Allen v. United States*.

57. Es decir, ni en *Beard v. United States* ni en *Alberty v. United States* se abordó lo referido al deber general de retirarse, en lugar de matar, ante una agresión antijurídica.

58. LAGSTEIN, Alon, "Beyond the George Zimmerman trial: the duty to retreat and those who contribute to their own need to use deadly self-defense", en *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, No. 30, primavera 2014, pp. 373 y 374.

59. Una distinción que se encuentra, por ejemplo, en DUFF, Antony, "Rethinking justifications", en *Tulsa Law Review*, No. 39, verano 2004, pp. 831 y 832.

60. A partir de la teoría del delito podría sostenerse que al no estar justificada la agresión de

“La ley penal no pretende promover un comportamiento moral ideal, sino que establece una moral social mínima, dejando suficiente margen de maniobra dentro de la cual las personas pueden preferir sus propios intereses sobre los de los demás. La gente puede defenderse con la fuerza letal en sus propios hogares sin retiro, por ejemplo, y en muchas jurisdicciones, también pueden hacerlo en lugares públicos”.<sup>61</sup> No podemos exigir que todos los integrantes de la comunidad se comporten como héroes.<sup>62</sup> ¿Pero es tolerable permitir que se pierdan vidas humanas argumentando solo la culpa del agresor o la inadmisibilidad de exigir solidaridades exageradas similares a las que poseen los héroes? Opino que toda agresión *innecesaria* que pretenda infligir dolor y sufrimiento no debiera ser admisible para nuestro derecho.

En cuanto al segundo problema es posible señalar que incluso en términos prudenciales, no parece desacertado empezar a cuestionar la solución ofrecida por la doctrina dominante.

Puede ser cierto que si se admite la legítima defensa con la exigencia de la necesidad fuertemente atemperada puede, en última instancia, tener como consecuencia que muchas vidas se salvarían (*the broader social policy of minimizing harm*) producto de que esto podría suponer un fuerte desincentivo para los agresores que temerían perder sus vidas. Bajo esta lógica, no habría ninguna razón para suponer que se salvarían más vidas por medio del establecimiento del deber de retiro.<sup>63</sup>

Sin embargo, este postulado enfrenta dos dificultades.

La primera consiste en el enorme escollo que representan los argumentos de principios. Es decir, el Estado puede emplear una política pública destinada a salvar vidas a través de una flexibilización de los límites de la legítima defensa pero no puede hacerlo si ello representa una afrenta a

---

la víctima (porque podía huir en forma segura), y de no existir problemas en el estadio de la culpabilidad, el castigo se impone como consecuencia del homicidio. Sin embargo, además de las consideraciones propias de la teoría del delito podría resultar necesario reflexionar en torno a, por ejemplo, la filosofía del castigo. Es decir, que la conducta de la víctima no se encuentre justificada ello no da por terminado el debate.

61. SCHOPP, Robert F., “Justification defenses and just convictions”, en *Pacific Law Journal*, No. 24, abril 1993, pp. 1240 y 1241.

62. JIMÉNEZ DE ASÚA, José, *et al.*, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Losada, 1961, t. IV, p. 61.

63. WASSERMAN, David, “Justifying Self-Defense... *ob. cit.*”, p. 360.

principios constitucionales.<sup>64</sup> No parece admisible que, a efectos de salvar vidas, las víctimas puedan matar a sus agresores aun cuando existe la posibilidad de huir con éxito; que la muerte muy evitable de una persona sea tolerada por la comunidad como un instrumento para lograr generar fuertes desincentivos y quizás salvar otras vidas. Esto parece quedar equiparado a una virtual pena de muerte solo como medio para fines presuntamente pacíficos. En definitiva, si se mata cuando no hay verdadera necesidad, cuando solo hay razones instrumentales, no queda otra opción más que equiparar a esta muerte con una pena de muerte a cargo de particulares.<sup>65</sup> Una pena de muerte y, para colmo, sin juicio previo.

La segunda dificultad surge de la posibilidad de utilizar nuevos argumentos consecuencialistas para derrotar el argumento de igual naturaleza que comenté más arriba. Así podría afirmarse que, en realidad, una flexibilización de los límites de la legítima defensa no provocaría el salvamento de más vidas sino que, muy por el contrario, provocaría una aumento exponencial de la violencia intracomunitaria. En realidad, podría esgrimirse que cuando el Estado facilita el empleo de violencia que no es estrictamente necesaria se termina engendrando más violencia. Parece un sinsentido pretender paz incrementando la violencia. Además, no todos quienes agreden efectúan una evaluación utilitarista de sus actos –por lo que el desincentivo comentado más arriba podría no surtir efecto–. Ante la posibilidad de más violencia los agresores podrán alistarse a tales efectos, y así actuarían a través de métodos aún más violentos.

En cualquier caso, se trata de meras conjeturas. Las motivaciones consecuencialistas merecen ser respaldadas por estudios empíricos fiables. De lo contrario, es posible aducir motivaciones fundadas en razones antagónicas –como de hecho intenté ensayar– y aun así desconocer la validez de cada una de ellas.

Pero independientemente de esto último, existen una razón instrumental que no requiere, hasta cierto punto, demostración empírica y que creo capaz de vencer razones que propugnen por soluciones contrarias. Se trata de los casos de legítima defensa putativa, es decir, aquellos casos en los

64. Para la distinción, a veces problemática, ente principios y política públicas, véase DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 100.

65. Que en materia de principios se encuentra vedada conforme los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Esta observación también es aplicable al caso en el que sin haber necesidad solo hay retribucionismo.

que en la conducta de la víctima se advierte un error sobre los elementos objetivos del tipo permisivo. "No existen todas las circunstancias objetivas que integran el tipo (objetivo) de justificación, pero el autor se representa que existen tales circunstancias".<sup>66</sup> En pocas palabras, se mata pensando equivocadamente que se era víctima de un ataque antijurídico.

La posibilidad de que estos errores se sucedan debiera convencernos de optar por salvar vidas –exigiendo la retirada– antes que arriesgarnos a perder vidas humanas con el propósito de cumplir con objetivos retribucionistas –convalidando cuando la víctima da muerte al agresor–. No olvidemos que, en muchos casos, estos errores pueden fundar la impunidad del agente –por lo general, cuando el error es invencible o insalvable–. Desde la faz instrumental, también parece reprochable dar muerte a sujetos inocentes, no culpables, para generar desincentivo en futuros agresores culpables.

Los errores en general, y ahora retomando el examen deontológico, tienen por consecuencia que la retribución de la víctima exceda los límites de la culpabilidad –por ejemplo, al tomar por dolosa una acción que es imprudente–. Por eso es tan problemático cuando nos alejamos del principio de jurisdiccionalidad: cuando pretendemos culpa y pena sin juicio previo.<sup>67</sup> Una vez más, parecen haber buenas razones instrumentales para que la ley desincentive a dar muerte al presunto agresor cuando existe la posibilidad de retirarse.

## CONCLUSIÓN

La solución que se sugiere desde la doctrina dominante, tanto en Argentina como en Alemania, parece contradecir muchas de nuestras intuiciones morales: que deba ser tolerado que haya quienes matan sin que sea realmente necesario hacerlo –al tener la posibilidad de retirarse en forma segura–.

Luego de este breve derrotero he intentado demostrar que resulta conveniente que se vuelvan a examinar los límites de la legítima defensa y, muy especialmente, aquellos casos en los que la víctima de una agresión

66. FRISTER, Helmut, *ob. cit.*, p. 476.

67. FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009, p. 549.

ilegítima –capaz de hacerle perder la vida– decide quitarle la vida al agresor, aun cuando podía evitar la agresión huyendo. No me he propuesto ofrecer una teoría general capaz de resolver lo referido a los límites de la legítima defensa, pero sí he intentado advenir que los desarrollos teóricos con los que hoy contamos no siempre parecen capaces de arribar a soluciones justas. Una vez más, el debate permanece abierto.<sup>68</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry, "Self-Defense, Justification and Excuse", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 1, invierno 1993, pp. 53-66.
- ARGIBAY MOLINA, José, *et al.*, *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Ediar, 1972.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, parte general, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BARNES, Mario L., "Taking a stand?: an initial assessment of social and racial effects of recent innovations in self-defense laws", en *Fordham Law Review*, No. 83, mayo 2015, pp. 3179-3209.
- COSSIO, Carlos, "La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época", en *La Ley*, t. 108.
- DUFF, Antony, "Rethinking justifications", en *Tulsa Law Review*, No. 39, verano 2004, pp. 829-850.

68. No es infrecuente que existan desacuerdos de buena fe fundados en discrepancias respecto a las distintas valoraciones morales de los integrantes de una misma comunidad (Cf. WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999). Estos desacuerdos deben ser saldados por la democracia; el poder político –de no mediar contradicción con principios constitucionales– debe pronunciarse en torno a estas indeterminaciones. La democracia se tiene que encargar de tomar partido en esta contienda *moral* y, sobre todo, suplir la indeterminación de la ley con nuevas soluciones legislativas, que alcanzadas luego de una proceso deliberativo genuino incluyan en su letra premisas valorativas más precisas. Por cierto, esto último es algo extremadamente infrecuente. Las "Stand Your Ground" (SYG) laws, por ejemplo, fueron producto de la presión de organizaciones tales como la Asociación Nacional del Rifle (NRA) (BARNES, Mario L., "Taking a stand?: an initial assessment of social and racial effects of recent innovations in self-defense laws", en *Fordham Law Review*, No. 83, mayo 2015, p. 3182). Por otro lado, por lo general la indeterminación suele ser suplida por posicionamientos a cargo de funcionarios judiciales inspirados en los desarrollos teóricos de la dogmática. La dogmática no debe tener la última palabra.

- DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- , *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009.
- FLETCHER, George P. (1975), *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- GARDNER, John y TANGUAY-RENAUD, François, "Desert and Avoidability in Self-Defense", en *Ethics*, Vol. 122, No. 1, octubre 2011, pp. 111-134.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Buenos Aires, Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1988), *Tratado de derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, José, *et al.*, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Losada, 1961, t. IV.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.
- KUTZ, Christopher, "Self-defense and political justification", en *California Law Review*, No. 88, mayo 2000, pp. 751-759.
- LAGSTEIN, Alon, "Beyond the George Zimmerman trial: the duty to retreat and those who contribute to their own need to use deadly self-defense", en *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, No. 30, primavera 2014, pp. 367-393.
- MARÍ, Enrique, *La interpretación de la ley*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Julio César Faira Editores, 2005.
- NINO, Carlos S., *La legítima defensa*, Buenos Aires, Astrea, 1982.
- , *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- , Carlos S., *Notas de introducción al derecho 4, la ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- , *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- , *The constitution of deliberative democracy*, Nueva Haven, Yale University Press, 1996.
- PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- QUONG, Jonathan, "Killing in Self Defense", en *Ethics*, Vol. 119, No. 3, abril 2009, pp. 507-537.

- "Recent cases", en *Harvard Law Review*, Vol. 35, No. 1, noviembre 1921, pp. 88-89.
- "Recent cases", en *Michigan Law Review*, Vol. 11, No. 3, enero 1913, p. 254.
- "Recent cases", en *The Yale Law Journal*, Vol. 13, No. 7, mayo 1904, pp. 398-399 .
- "Recent cases", en *The Yale Law Journal*, Vol. 16, No. 1, noviembre 1906, p. 56.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- RYAN, Cheyney C., "Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing", en *Ethics*, Vol. 93, No. 3, abril 1983, pp. 508-524.
- SCHOPP, Robert F., "Justification defenses and just convictions", en *Pacific Law Journal*, No. 24, abril 1993, pp. 1233-1321.
- SOLER, Sebastian (1940), *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1992, t. I.
- SREEDHAR, Susanne, "Defending the Hobbesian Right of Self-Defense", en *Political Theory*, Vol. 36, No. 6, diciembre 2008, pp. 781-802.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, parte general I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- THOMSON, Judith J., "Self-Defense", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 4, otoño 1991, pp. 283-310.
- WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WASSERMAN, David, "Justifying Self-Defense", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 16, No. 4, otoño 1987, pp. 356-378.
- WOLFF, Jonathan, *Introduction to political philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. III.