

TRADUCCIONES DE NUEVAS INVESTIGACIONES PENALES

DIRECCIÓN: Marcelo D. Lerman y María Lucila Tuñón Corti

Homicidio y legítima defensa en la obra de Anette Grünewald

TRADUCE:
Leandro Dias



Editores
del Sur

TRADUCCIONES DE NUEVAS INVESTIGACIONES PENALES

Colección dirigida por

Marcelo D. Lerman y María Lucila Tuñón Corti

TRADUCCIONES DE NUEVAS
INVESTIGACIONES PENALES

Homicidio y legítima
defensa en la obra
de **Anette Grünewald**

Traduce Leandro Dias



Editores
del Sur



Contenido

Abreviaturas	11
Introducción	13
Anette Grünewald	
La reforma de los delitos de homicidio.	
Alegato a favor de una propuesta basada en atenuantes.....	17
Anette Grünewald	
A. Introducción	17
B. Incrementos del ilícito y de la culpabilidad en el homicidio doloso.....	21
I. Incrementos del ilícito	21
1. Criterios subjetivos	22
2. Criterios objetivos	23
II. Incrementos de la culpabilidad	38
III. Elementos basados en motivos e intenciones	43
C. Disminución del ilícito y la culpabilidad en el delito de homicidio doloso	54
I. Reducciones del ilícito.....	55
1. Responsabilidad de la víctima al invadir la esfera jurídicamente protegida del autor	56
2. Consentimiento	66
II. Reducción de la culpabilidad.....	67
D. Propuesta de reforma.....	71
Bibliografía.....	76

Restricciones “ético-sociales” al derecho de legítima defensa.....	89
--	----

Anette Grünewald

I. Introducción.....	89
II. Los grupos de casos individuales	92
1. Agresiones de personas que actúan sin culpabilidad	93
2. Agresiones provocadas por el agredido	95
3. Relación cercana entre el agresor y el agredido.....	99
4. Desproporción flagrante entre los bienes afectados	103
III. Resultado.....	105
Bibliografía.....	106

Restricciones a la legítima defensa, especialmente en caso de una agresión provocada	111
---	-----

Anette Grünewald

I. Introducción.....	111
II. Breve reseña histórica de la aparición del derecho de legítima defensa	115
III. El “filoso” derecho de legítima defensa: argumentos a favor de una exclusión de las restricciones a la legítima defensa.....	130
IV. Argumentos para restringir la facultad de legítima defensa	140
1. Consideraciones empíricas, de derecho comparado y pragmáticas	141
2. Consideraciones dogmáticas y de teoría del derecho	148
V. Criterios para restringir la legítima defensa en caso de agresión pasible de legítima defensa provocada	158

Introducción*

Este libro contiene una contribución sobre el homicidio doloso y dos contribuciones sobre el derecho de la legítima defensa. Aunque el delito de homicidio y el derecho de legítima defensa son cuestiones jurídicas diferentes, el tema central y unificador de las contribuciones es el ilícito jurídico-penal. El objetivo es comprender y especificar su estructura. A partir de una comprensión del derecho basada en la teoría de la libertad, se examinan las posibilidades de una atribución diferenciada de la responsabilidad a nivel del ilícito en estos dos ámbitos de regulación, que se caracterizan por una estructura interpersonal. En este contexto, la atribución de responsabilidad se orienta a determinar si las personas implicadas en el delito han contribuido a este último y en qué medida. Sin embargo, al mismo tiempo se limita a esto, porque desde el punto de vista de una concepción del derecho orientada a la libertad, un comportamiento meramente reprochable desde el punto de vista moral o ético no es suficiente para asignar una responsabilidad personal (en un sentido jurídicamente relevante).

El artículo sobre los delitos de homicidio examina la cuestión de cómo se pueden fundamentar los diferentes grados de gravedad en el homicidio doloso. Este análisis pretende

* Traducción del alemán al español de Leandro Dias (Universität Würzburg).

aclarar cómo se pueden concebir y diferenciar los tipos penales de homicidio doloso. De acuerdo con la dogmática tradicional, el nivel de la ilicitud y el nivel de la culpabilidad deben mantenerse separados. Se demostrará que el aumento del ilícito en el caso del homicidio puede basarse sobre todo en la coincidencia con otra lesión de derechos (en particular la lesión de la integridad corporal), así como en los deberes cualificados de protección en el sentido de los deberes de garantía respecto del bien jurídico “vida” (por ejemplo, en la relación padres-hijo). En cambio, los incrementos de la culpabilidad que van más allá del ilícito deben ser rechazados en principio, porque no pueden lograrse con criterios jurídicos. La reducción del ilícito puede derivarse del comportamiento de la víctima que precede al homicidio doloso. Esto se desprende de la estructura de ilícito interpersonal del delito de homicidio, que se caracteriza por una relación clásica autor-víctima. Sin embargo, la reducción del ilícito presupone una conducta jurídicamente relevante e imputable por parte de la víctima en el ámbito previo al delito, pues solo esa conducta permite atribuirle a la víctima una responsabilidad parcial por el ilícito (de homicidio) que se le inflige. Concretamente, esto puede implicar el consentimiento de la víctima en su homicidio o la injerencia de la víctima en la esfera jurídicamente protegida del autor. Las constelaciones de casos que se dan con frecuencia en la práctica, en las que alguien mata a su cónyuge o pareja porque no desean continuar el matrimonio o la relación similar al matrimonio, o porque han iniciado un contacto sexual o una relación con otra persona, no fundamentan una reducción del ilícito del homicidio en una sociedad libre. Lo mismo ocurre a nivel de la culpabilidad por los llamados actos emocionales, que se correlacionan con esto en muchos casos. En particular, las emociones no representan un factor exculpatório *sui generis*, sino que deben ser consideradas como un fenómeno

omnipresente que, a lo sumo, puede tenerse en cuenta en el marco de los §§ 20, 21, StGB**.

La contribución “Restricciones a la legítima defensa, especialmente en caso de una agresión provocada” aborda en primer plano la historia del surgimiento del derecho de legítima defensa. Al mismo tiempo, se esbozan los fundamentos de este instituto jurídico, lo que incluye la discusión sobre las posibles limitaciones de la facultad de autodefensa. Posteriormente, se reconstruye la constelación de casos de la restricción de la legítima defensa en caso de ataque provocado sobre la base de un concepto puramente negativo de la libertad. Según esto, solo ha de ser reconocido como “provocación” de la agresión que da lugar a una legítima defensa el comportamiento que pueda serle reprochado al agredido según estándares jurídicos, lo que lleva a un acortamiento del derecho de legítima defensa. Esto requiere una conducta (previa) anti-jurídica. Además, un comportamiento que solo es moralmente reprobable no es suficiente para fundamentar una restricción del derecho de legítima defensa.

La tercera contribución trata las llamadas restricciones ético-sociales del derecho de legítima defensa. Bajo este título se discuten esencialmente cuatro grupos de casos en los que se supone que una limitación de la facultad de legítima defensa, más allá de la necesidad de la acción de legítima defensa, resulta de la ética social o de la idea de solidaridad. Las cuatro constelaciones de casos que se analizan aquí son extremadamente heterogéneas y no tienen nada que ver con la ética social, a excepción de una constelación de casos: la flagrante desproporción entre los bienes afectados por la agresión y la acción de legítima defensa. Por el contrario, los casos de agresores que actúan sin culpabilidad no deben ser resueltos

** § (parágrafo); *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán).

a través del derecho de legítima defensa, sino a través del estado de necesidad defensivo. Además, una restricción a la facultad de legítima defensa no puede basarse en una relación especialmente estrecha (por ejemplo, matrimonio o pareja de hecho) entre el agresor y el agredido. Y en los casos de agresiones que dan lugar a una legítima defensa, y que son provocadas por el agredido, la limitación del derecho de legítima defensa se desprende de consideraciones jurídicas específicas y, por tanto, puede ser fundamentada sin problemas en términos de teoría de la libertad.

Es para mí un gran placer y un honor que estos tres textos, que pretenden contribuir a una dogmática penal consistente y orientada a la libertad, se vuelvan accesibles a un público de especialistas más amplio a través de la traducción al español de Leandro Dias, porque estoy firmemente convencida de que el intercambio de ideas a través de las fronteras nacionales puede ser extremadamente fructífero para todos los implicados. La transferencia de conocimientos sobre cuestiones fundamentales del derecho penal no es, por tanto, una vía unidireccional, sino que representa un asunto recíproco. Por eso, espero recibir sugerencias y discusiones con colegas de Argentina o de otros países de habla hispana.

Estoy sumamente en deuda con el Prof. Dr. Marcelo D. Lerman y la señora María Lucila Tuñón Corti, LL.M., coeditores de este libro, porque solamente gracias a la generosa voluntad de incluir mis tres ensayos en forma de libro en esta serie de libros de bolsillo fue posible la publicación. El contacto también fue posible gracias al Prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti. Mi más sincero agradecimiento también para él. Y a Leandro Dias, que se ha tomado la molestia de traducir mis textos. Para él, mi más profunda gratitud.

Jena, verano de 2022

Anette Grünewald