

## **MINUTA OBSERVACIONES LOQ – DEL RESTO DEL TÍTULO II**

- **Legítima Defensa.**

Cualquiera que sea la opción que se adopte debería considerar como requisito de la agresión su actualidad o inminencia, su omisión amplia peligrosamente el ámbito de la justificante.

También se podía generar un efecto restrictivo, en la medida que se entienda que la agresión sólo es tal cuando se genera el “mal” o se afecta el “interés”, considerando toda situación anterior como una legítima defensa anticipada que no quita la ilicitud a la reacción.

(Si bien es cierto que toda agresión es una conducta que busca una finalidad dañosa y en tal sentido se confunde inminencia con actualidad)

La mención expresa también permitiría enganchar con la posterior definición de la “actualidad o inminencia” lo que requeriría una ampliación tanto a la actualidad o inminencia del “peligro” como de la “agresión”.

No parece adecuado hablar de defensa de “intereses” por las connotaciones patrimoniales que tiene el término. Sería preferible utilizar otras como “derechos”, o bien, por último, evitar un término de esta especie como lo hace el proyecto de Juan Pablo.

Otra alternativa es hablar derechamente de “bienes / bienes jurídicos” como se hace en el CP español.

En la legítima defensa de terceros soy partidario de suprimir la restricción a la concesión de la justificante cuando “no sea verosímil suponer que el tercero se opondría a ello”. El principio de autoresponsabilidad aplicable al que es atacado tiene como límite la solidaridad que ofrece el tercero, la que no debería ir en su contra.

El problema parece radicar en la posibilidad que la persona que socorre no capte correctamente la situación que fundamenta la presunción de consentimiento, caso en el cual no debiese perjudicarlo su solidaridad. Pero esta clase de error no perjudica al que socorre en el consentimiento presunto, porque se entiende que, si bien el juicio *ex ante* puede ser contradicho *ex post*, ello no cambia la justificación de la conducta.

Si se aplica sin variaciones lo que vale para el consentimiento presunto, entonces se puede seguir la solución de JP, omitiendo la cláusula.

- **Estado de necesidad defensivo.**

De acuerdo con cualquiera de las alternativas. Lo mismo respecto de la consagración de la justificante en caso de un peligro futuro en casos muy particulares, dada la utilidad que puede prestar en casos diversos, como el de maltrato familiar.

Parece muy restrictivo referir la situación futura sólo al “comportamiento del afectado”. La necesidad de actuar anticipadamente se podría deber también a conductas de terceros u otras situaciones ajenas al afectado, lo que mantiene la estructura del estado de necesidad defensivo (no lo transforma en agresivo), en la medida que el mal que se quiere evitar siga radicado en el afectado.

En ese sentido la definición de “actualidad o inminencia” de JP, de ser precisada, puede dar un alcance adecuado.

- **Estado de Necesidad agresivo.**

Encuentro más clara la propuesta de JP y me parece oportuna la disposición que describe los conceptos de “actualidad o inminencia” en la medida que agregue el concepto de necesidad de la salvaguarda: “..... se determinará en atención a las circunstancias que hicieren **necesaria**, oportuna y practicable la salvaguarda”.

Con todo llama la atención que recién en esta disposición aparezca la posibilidad de omisión junto a la acción, especialmente si se ha hecho la aclaración en cada disposición que la conducta típica también puede consistir en una omisión.

- **Uso de Arma de Servicio.**

En la proposición de JP queda muy abierta la actividad policial con un doble reenvío a la regulación del cargo y a la Ley que regula su desempeño. Creo indispensable introducir una noción de uso necesario y racional del arma.

- **Obediencia debida.**

De acuerdo con redacción de los arts. 26 y 47 del anteproyecto que se refieren, respectivamente, a órdenes judiciales y del Fiscal del MP y al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Me inclino a excluir el art. 27 que señala los efectos civiles de la justificación y del art. 46 que detalla cuando concurre o no concurre una autorización.

Al tratar el Código Procesal Penal las funciones de la policía como auxiliar del Ministerio Público en el art 79, también hace referencia a las instrucciones que se pueden impartir a Gendarmería en la investigación de delitos cometidos al interior de establecimientos penales. En tal sentido convendría incorporar esta situación en la regulación de la obediencia debida.

- **Exceso en la Legítima Defensa.**

Entiendo que el exceso culposo en la legítima defensa ya está regulado a través de un error, previsible y evitable, caso en el cual se aplicaría la regla del art 16 AP y art. X+2 de JPM, que extiende el reproche por imprudencia al error sobre elementos que exigen las causas de justificación.

- **Consentimiento.**

La norma sobre consentimiento expreso tanto del AP como el de JP tiene un alcance ambiguo que puede prestarse para interpretaciones indeseables.

En relación al consentimiento presunto me parece mejor la redacción propuesta por JP.

- **Estado de Necesidad Exculpante.**

Tanto en el estado de necesidad a favor del que actúa o a favor de terceros debería exigirse el peligro actual o inminente del daño, regla que está ausente en el AP y sólo en el estado de necesidad a favor de terceros en la propuesta de JP.

- **Tentativa.**

Dejar el art. 31 sobre punibilidad de la tentativa con la redacción que da la propuesta de JP en sus dos primeros incisos. La definición del art. 32 de AP la encuentro más cercana a nuestra tradición. Dudas sobre la expresión “inequívocos”. Tal vez sería necesario revisar la parte final del inciso del AP que define la tentativa y que dice que “para efectos de este precepto la consumación del hecho no es posible cuando el autor ha sido instigado a su comisión por ardid de la policía o de cualquiera concertado por ella”, caso en el cual se estará frecuentemente en un error de prohibición.

Sostener que la consumación del hecho “no es posible cuando el autor ha sido instigado a su comisión por ardid del a policía”, no parece una redacción muy feliz, porque en términos absolutos puede sugerir que tampoco es punible como delito consumado para quien realiza el ardid en calidad de autor mediato.

- **Conspiración y proposición.**

Es inapropiado que la conspiración y la proposición se castiguen cada vez que se imponga por un crimen una pena igual o superior a cinco años, según lo señala el AP. Tanto en ese aspecto como en relación a las definiciones de conspiración y proposición coincido con propuesta de JP. Sería recomendable, en el orden de los

conceptos, comenzar por la definición de proposición para seguir con la de conspiración, al revés del texto de JP.

En la precisión de quienes son intervinientes me parece mejor construido el artículo de la propuesta de JP y en materia de autoría, la solución que el Código Español del 95 establece, entendiendo por autores a quienes llevan a cabo el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento. Si el instrumento debe ser responsable o no es una cuestión que hay que dejarla a la interpretación de los Tribunales y de la doctrina.

Para la coautoría, a mi juicio se requiere el concierto y tal expresión no prejuzga el contenido subjetivo que se exija a la coautoría, lo que queda abierto a la determinación doctrinaria.

La redacción del aporte en la coautoría como “contribución equivalente a su realización” es equivoca. Exigir la equivalencia significa asimilar la parte (“la contribución”) al todo (realización”), en circunstancia que objetivamente el autor no debe hacer todo, sino que se le debe poder *imputar* el todo.

En relación al inductor, la definición que hace el AP (art. 37) es pleonástica, “el que instiga a otro a cometer un delito”, es como decir que es inductor el que induce a otro. El concepto queda mejor expresado en la propuesta de JP (Art. X+20) exigiendo que el inductor sea quién “determina a otro a realizar el hecho”.

**Luis Ortiz Quiroga**