

Legítima defensa, empresa y patrimonio

Self-Defense, Corporation and Property Rights

Prof. Dr. Dr. h. c. Ricardo Robles Planas*
Universidad Pompeu Fabra
ricardo.robles@upf.edu

Resumen

Este trabajo pretende colmar la práctica ausencia de análisis en la doctrina que pongan en relación la causa de justificación de la legítima defensa con los contextos económico-empresariales. En concreto, se aborda la cuestión de la empresa como sujeto activo y pasivo de acciones en legítima defensa y la de los límites a la defensa del patrimonio por la existencia de canales institucionales de defensa especialmente presentes en estos contextos.

Palabras clave: Legítima defensa, empresa, patrimonio, autotutela privada, canales institucionales.

Abstract

This paper aims to fill the gap currently existing when it comes to connecting self-defense with the economic and business context, a field in which literature is virtually non-existent. In particular, the paper focuses on the corporation both as an active and as a passive subject of self-defense. Attention is then drawn to the possibility of setting limits to the defense of property rights when institutional channels are at hand, as is usually the case in said contexts.

Key words: Self-defense, corporation, property rights, self-help remedies, institutional channels.

1. Introducción

A primera vista parece difícil hablar de legítima defensa en el Derecho penal económico. Ello podría obedecer a diversos motivos¹. En primer lugar, el permanente referente supraindividual o colectivo que es inherente al Derecho penal económico se erige como un impedimento para admitir que estos bienes jurídicos sean susceptibles de ser defendidos en legítima defensa. En segundo lugar, aun cuando se puedan aislar agresiones a bienes jurídicos individuales, no es sencillo que en el Derecho penal económico se cumplan los

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación titulado “La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa” (DER-2013-41252-P), cuyos investigadores principales son los Profs. Dres. Ramon Ragués i Vallès y Ricardo Robles Planas. El Código penal citado como CP es el español.

¹ Da cuenta de algunas de las dificultades, SPÄTH, Florian Jochen, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot, 2016, pp. 52 y ss.

requisitos que esta eximente exige, en particular, la actualidad de la agresión, así como la necesidad de la defensa. En concreto: la mayor parte del Derecho penal económico transcurre en el seno de la empresa. Sin embargo, la propia estructura organizativa compleja de la empresa, que determina una distribución competencial concentrando las capacidades de decisión y, por tanto, de actuación normativamente relevante en el seno de las capas superiores, dificultará que se cumpla con los estrictos requisitos –p. ej. temporales– de la legítima defensa. Asimismo, es poco probable que se emprendan acciones delictivas en legítima defensa respetando el requisito de la necesidad en concreto (“el medio menos lesivo”) para defender a la propia empresa de ataques antijurídicos. La empresa parece disponer de muchos más medios alternativos menos lesivos que una persona individual para repeler las posibles agresiones.

Aun contando con estas y otras dificultades, en lo que sigue quiero concentrarme en dos grandes círculos de problemas que nos habrían de permitir una revisión (parcial) de la institución de la legítima defensa a la luz de las particularidades del Derecho penal económico: por un lado, si es posible que la empresa actúe *en* legítima defensa y si es posible ejercer legítima defensa *contra* la empresa (*infra* 2.); por el otro, la cuestión del patrimonio como bien jurídico defendible y la de las eventuales limitaciones de la defensa privada de este bien jurídico provocadas por la existencia de canales institucionalizados de defensa (*infra* 3.).

2. ¿Legítima defensa de la persona jurídica y contra la persona jurídica?

2.1. ¿Cabe que una persona jurídica obre al amparo de la causa de justificación de la legítima defensa?

De entrada, cabe plantearse si es posible conceder la causa de justificación de la legítima defensa a una persona jurídica. Nada impide sostener que pueda existir una agresión ilegítima contra los bienes jurídicos de una persona jurídica, sea por parte de sus propios miembros, sea por parte de terceros ajenos a aquella. Estos bienes serían tan susceptibles de ataque –y, por tanto, de defensa– como cualquier otro bien jurídico de una persona física. La cuestión se centra, más bien, en determinar si ante una agresión ilegítima a sus bienes la persona jurídica misma puede “actuar” en legítima defensa.

La justificación lo es siempre de una conducta típica; por consiguiente, presupuesto de la aplicación de la legítima defensa es que la persona jurídica realice una conducta penalmente típica. Esto choca frontalmente con la imposibilidad de afirmar que la persona jurídica lleve a cabo conductas típicas. Por lo mismo, resulta inadecuado sostener que la persona jurídica pueda “actuar” en defensa de sus bienes jurídicos.

En efecto, quienes pueden cometer los tipos de la Parte Especial son siempre y solamente las personas físicas². Y quienes pueden realizar “acciones defensivas” son siempre y

² Véase, entre muchos otros y con ulteriores referencias, ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Delitos de personas jurídicas?”, *InDret Penal*, 2/2006, pp. 1 y ss.; EL MISMO, “El “hecho propio” de la persona jurídica y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *InDret Penal*, 2/2009, pp. 1 y ss.; EL MISMO, “Pena y persona jurídica. Crítica del art. 31 bis del Código penal”, *La Ley*, nº 7705 (2011), pp. 1 y ss.; VAN WEEZEL, Álex, “Contra la responsabilidad penal de las

solamente las personas físicas. Aun partiendo de modelos de “autorresponsabilidad” de la persona jurídica no es posible afirmar lo contrario. Como es sabido, para los partidarios de tales modelos el “injusto” de la persona jurídica sería su “defecto organizativo” –utilícese la expresión que se quiera–, esto es, consistiría en posibilitar o no impedir delitos no adoptando las suficientes precauciones que, de haberse adoptado, hubieran impedido o dificultado su comisión. Ciertamente, si la persona jurídica fuera capaz de llevar a cabo realmente “hechos propios”, nada obstaría a que, bajo ciertas circunstancias, tales hechos tuvieran un carácter defensivo. Esto es, al igual que en el ámbito del injusto se le haría responsable por su “hecho propio” (“defecto organizativo”), en el ámbito de la exclusión del injusto se le podría eximir por su “hecho propio justificado”.

Sin embargo, *sub altiori lumine*, ese presunto “injusto propio” de la persona jurídica no es, en realidad, un “hecho” de la persona jurídica. Partiendo de que a ella le incumben determinados deberes, solo desde un punto de vista formal puede afirmarse que los ha cumplido o incumplido. Materialmente, la determinación de si los cumple o no es imposible realizarla sin *imputarle* el comportamiento de personas físicas. Depende por completo de los comportamientos de las personas físicas que obran para y por ella. Solo en tanto que se le *imputen* los comportamientos de personas físicas podrá afirmarse que ella habrá cumplido o incumplido un deber. Por consiguiente, en la medida en que los “defectos organizativos” no constituyen hechos propios de las personas jurídicas, sino ajenos que –a lo sumo– se le imputan *fingiendo* que son propios, tampoco puede afirmarse que sea capaz de llevar a cabo un comportamiento típico y justificado “propio” y, por tanto, que tenga sentido alguno –más allá de lo metafórico– afirmar que una persona jurídica se pueda defender “ejerciendo” legítima defensa. Si a ello se le une que para la justificación se exige la presencia del elemento subjetivo (conocimiento de la situación justificante), hablar de “legítima de defensa de una persona jurídica” es ya más que un simple exceso de prosopopeya. Quien ejercerá la legítima defensa, esto es, quien llevará a cabo un comportamiento típico pero justificado será siempre una persona física que lo haga *a su favor* (*infra* 2.2.).

Por lo demás, es sabido que para algunos autores que niegan –acertadamente– que la persona jurídica lleve a cabo “hechos propios”, los aludidos defectos organizativos conforman una suerte de “injusto objetivo” (estado de cosas antijurídico) que favorece la comisión de hechos delictivos, de manera que, no constituyendo “un hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por el hecho que diera lugar a la imposición de una pena *stricto sensu*”³, sí sería base suficiente para asociarle la imposición de otras consecuencias jurídicas. Cabría entonces plantear la posibilidad de que en la persona jurídica se dieran “estados de cosas defensivos”. Dicho de otra manera, cabría quizás

personas jurídicas”, *Polít. crim.*, Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 3, pp. 114-142; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2ª ed., 2016, pp. 381 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis, “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *RECPC* 18-05 (2016), pp. 1 y ss. De entre la bibliografía alemana reciente, véase, p. ej., FRISCH, Wolfgang, “Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung”, en: ZÖLLER, Mark; HILGER, Hans; KÜPER, Wilfried; ROXIN, Claus, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín: Duncker & Humblot, 2013, pp. 349 y ss.

³ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, cit. nota n° 2, p. 359-360

entender que la persona jurídica se puede hallar organizada de una manera tal que *propicie* la repulsión de agresiones ilegítimas, repulsión que obviamente llevarían a cabo solo las personas físicas mediante la realización de actuaciones defensivas típicas pero justificadas. Al igual que una persona física puede organizar su esfera de modo favorable a la defensa de posibles ataques, una persona jurídica podría erigirse en un *contexto* especialmente proclive para repeler –a través de sus miembros– agresiones a sus bienes jurídicos. No estoy seguro del alcance de semejante construcción, pero tampoco me parece nociva. En realidad, puede admitirse perfectamente que una persona jurídica fomente la cultura de la defensa de sus propios intereses entre sus miembros y lo haga organizándose de un modo tal que estos se hallen siempre en las mejores condiciones para repeler agresiones antijurídicas. Quizás incluso sea éste el camino por el que haya de discurrir una eventual “segunda generación” de los llamados “modelos de prevención de delitos”, que entonces incluirían “programas de defensa frente al delito” en aquellos ámbitos en los que la empresa suele ser la víctima. En todo caso, debe quedar muy claro que ese “estado de cosas defensivo” solo de nuevo en un sentido metafórico sería “legítima defensa de la propia persona jurídica”.

2.2. La legítima defensa por parte de una persona física a favor de una persona jurídica.

¿Puede el órgano de una empresa actuar en legítima defensa de la propia persona jurídica? Por ejemplo, si el administrador de una sociedad se dispone a defraudar dinero, ¿puede el otro administrador ejercer legítima defensa en favor de la sociedad? Como ya ha quedado apuntado, no parece que existan razones para no poder defender el patrimonio de una persona jurídica como cualquier otro patrimonio. En este sentido, se trataría de un caso de *legítima defensa de terceros*. La persona jurídica puede ser un tercero⁴. Por tanto, no parece posible negar que tanto un miembro de la empresa como un órgano de la misma puedan ejercer legítima defensa en favor de ella cuando tenga lugar una agresión a sus bienes jurídicos⁵. Es en este contexto de legítima defensa ejercida por personas físicas a favor de personas jurídicas en el que la propia persona jurídica podría fomentar, como “estado de cosas”, uno que fuera lo más estimulante posible para salvaguardar los propios bienes jurídicos frente a agresiones (internas o externas).

2.3. ¿Legítima defensa contra la persona jurídica?

A la inversa cabe plantear también la pregunta por la legítima defensa cuando la agresión procede de un órgano o representante de la persona jurídica. En tal caso se trataría de analizar si es posible ejercer legítima defensa *contra* la propia persona jurídica que *aparecería* como “agresora” frente a terceros y, por tanto, de justificar una intervención no solo en los intereses de la persona física que actúa por ella, sino en los propios intereses de esta. No parece que haya objeción de principio en admitir la legítima defensa para repeler la agresión del órgano cuando esta defensa recae *exclusivamente* en los bienes jurídicos del órgano como persona física. Más difícil resulta admitir que la defensa recaiga en perjuicio de los intereses de la persona jurídica.

⁴ Así, p. ej., PERRON, Walter, en: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch*, 29ª ed., Múnich: Beck, 2014, § 32, nº mar. 6; RÖNNAU, Thomas; HOHN, Kristian, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlín: De Gruyter, 2006, § 32, nº marg. 78.

⁵ SPÄTH, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, cit. nota nº 1, p. 63.

A tal fin, debe explorarse en primer lugar si la *agresión del órgano* de la persona jurídica puede *valorarse* a la vez como agresión de la persona jurídica. En Derecho civil esto no aparece como problemático, pero en Derecho penal la ausencia de capacidad de acción de la persona jurídica conduciría –de nuevo– a negar su carácter de agresora⁶. Del hecho de que se trate de un órgano de la persona jurídica no se deriva que se esté ante la agresión de una persona jurídica. Agresor es solo el órgano de la persona jurídica⁷.

¿Podría, no obstante, *imputarse* a la persona jurídica la agresión del órgano precisamente en virtud del hecho de que éste actúa como órgano de aquélla⁸? Esa imputación de la –no se olvide– agresión carecería de fundamento. La empresa no es ni tan siquiera partícipe de la agresión; más bien la antijuricidad de la acción del órgano se dirige también contra la propia persona jurídica, que es mera receptora pasiva de los actos de sus órganos.

Negado el carácter de agresora a la persona jurídica, la cuestión se centra en si puede fundamentarse de *algún otro* modo la posibilidad de acudir a sus bienes jurídicos para repeler la agresión que lleva a cabo su órgano. Esta es en realidad una cuestión que afecta a los requisitos que debe presentar la acción de “defensa” del agredido. En primer lugar, cabe recordar que la reacción del agredido debe ser una reacción de defensa “para impedir o repeler la agresión” (art. 20.4 CP). Ello excluye del ámbito de las actuaciones defensivas a todas aquellas que no son idóneas (*ex ante*) para impedir o repeler las agresiones en sí mismas. En segundo lugar, está ampliamente reconocido en términos generales el principio según el cual la defensa se debe limitar a intervenir sobre los bienes jurídicos del agresor⁹.

⁶ Doctrina dominante: ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. t. I, 4ª ed., Múnich: Beck, 2006, § 15, n° marg. 7; RÖNNAU/HOHN, *LK-StGB*, cit. nota n° 4, § 32, n° marg. 99; PERRON, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit. nota n° 4, § 32, n° marg. 3; ERB, Volker, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Múnich: Beck, 2011, § 32, n° marg. 58; ENGLÄNDER, Armin, en: MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim (Eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Múnich: Beck, 2013, § 32, n° marg. 9; KINDHÄUSER, Urs, *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch*, Tomo 1, 4ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, § 32, n° marg. 31.

⁷ Véase la nota anterior.

⁸ Esto es lo que parece sugerir PERRON (en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, cit. nota n° 4, § 32, n° marg. 3): “sin embargo, aquí pueden lesionarse también bienes de la corporación (...) puesto que a ésta se le deben poder imputar los ataques antijurídicos de sus órganos”). Le sigue, FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed.n, Múnich: Beck, 2015, 16/20. Algo parecido apunta GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, Lima: Grijley, 2003, p. 626: “la doctrina penal le niega a las personas jurídicas la calidad de agresores y autoriza solamente una defensa necesaria ante los actos de sus órganos. Esta comprensión se corresponde con el punto de partida que desestima una esfera de organización penalmente relevante de la empresa. La dificultad que presenta este parecer es que la defensa necesaria sólo podrá recaer sobre la esfera de organización del órgano o representante de la empresa, pero no sobre bienes de la empresa. Exigir que en supuestos de conflicto se busque al gerente de la empresa para ejercer una legítima defensa parece poco plausible. Por esta razón, consideramos que debe partirse, más bien, de la comprensión contraria, es decir, aquella que entiende que las personas jurídicas son titulares de una esfera de organización y, por tanto, los actos de defensa necesaria pueden ejercerse contra toda su organización en la medida de lo necesario”. Parece, por tanto, sostener que la empresa está *involucrada* en la agresión, por lo que cabe entenderla como agresora y no como tercero no interviniente. Sin embargo, ese “estar involucrado” es lo propio del estado necesidad defensivo, no de la legítima defensa).

⁹ Así, JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlín-Nueva York: De Gruyter, 1991, 12/28 (“está justificado solo el rechazo mediante la intervención de bienes del atacante, pero no de terceros no intervinientes”); ERB, *MK-StGB*, cit. nota n° 6, § 32, n° marg. 122; SPENDEL, Günter, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Berlin: De Gruyter, 1992, § 32, n° marg. 204; RÖNNAU/HOHN, *LK-StGB*,

La intervención sobre bienes de terceros puede estar justificada, en todo caso, por estado de necesidad¹⁰. De ser así resultaría claro que no sería posible dirigirse en legítima defensa contra los bienes de la persona jurídica como forma de repulsión del ataque, por muy necesario e idóneo que ello fuera. Tales bienes de la persona jurídica serían *ajenos* al conflicto.

Una toma de postura al respecto pasa por identificar analíticamente tres situaciones abstractas en las que un tercero (aquí: la persona jurídica) aparece en la escena de una situación de legítima defensa: en primer lugar, cuando el tercero está *unido* a la fuente de la agresión (casos de escudos humanos); en segundo lugar, cuando las cosas del tercero son usadas por el *agresor* como *medios para el ataque*; en tercer lugar, cuando las cosas del tercero simplemente son usadas por el *defensor* para *repelar la agresión*. En el primer caso, está clara la ajenidad al conflicto: se usa por parte del agresor a un tercero en contra de su voluntad como “escudo” para protegerse de una eventual defensa por parte del agredido. No puede regir la legítima defensa contra el tercero, sino solo estado de necesidad (agresivo). La solución podría presentarse de otro modo —en el segundo caso— cuando tales bienes de la persona jurídica ya no fueran *tan ajenos* al conflicto, esto es, cuando se utilizan de algún modo bienes de la persona jurídica por parte del órgano para llevar a cabo la agresión. La pregunta es entonces: ¿cabe lesionar bienes de la persona jurídica en legítima defensa cuando el agresor los utiliza como *medio* para la agresión? En la doctrina alemana, Volker Erb sostiene que dado que la persona jurídica ha puesto a disposición del agresor sus bienes jurídicos para que actúe en su interés, estaría justificado en legítima defensa el menoscabo de tales bienes¹¹. Sin embargo, esta conclusión no resulta satisfactoria, o al menos no lo es con este grado de generalización. Está ampliamente reconocido que los objetos utilizados por el agresor, aun habiendo sido cedidos voluntariamente por un tercero, únicamente pueden ser objeto de intervención en legítima defensa si ello se ha hecho con conocimiento del tercero de su aplicación para la agresión (y entonces hay participación del tercero en la agresión). Contentarse con el dato de que el tercero haya cedido voluntariamente el objeto al agresor supone aniquilar el principio según el cual la defensa solo puede recaer sobre los bienes del agresor: desde un punto de vista pragmático, la

cit. nota nº 4, § 32, nº marg. 155; GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Colonia: Carl Heymanns, 2011, § 32, nº marg. 84; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, cit. nota nº 6, § 32, nº marg. 80; PERRON, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, cit. nota nº 4, § 32, nº marg. 31; RENZIKOWSKI, Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlín: Duncker & Humblot, 1994, p. 299; ENGLÄNDER, *StGB*, cit. nota nº 6, § 32, nº marg. 23; ROXIN, *AT I*, cit. nota nº 6, § 15, nº marg. 124 y ss., KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg: Springer, 1997, p. 268; FRISTER, *AT*, cit. nota nº 8, 16/19; KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Múnich: Vahlen, 2012, § 32, nº marg. 84; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 23/46 y s.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona: Reppertor, 2015, 17/6.

¹⁰ Así, p. ej., JAKOBS, *AT*, cit. nota nº 9, 12/28.

¹¹ ERB, *MK-StGB*, cit. nota nº 6, § 32, nº marg. 58. MITSCH, Wolfgang, (“Notwehr gegen juristische Personen”, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 7/2015, p. 260), añade, aunque no comparte, un argumento adicional en el mismo sentido: si el agresor utiliza bienes de la persona jurídica para el ataque, tales bienes podrían ser en todo caso objeto de comiso y, por tanto, la persona jurídica sufriría igualmente su menoscabo por haber sido el instrumento del delito. Ello hablaría a favor de ponerlos a disposición del propio agredido con anterioridad a la condena para facilitar su defensa.

mayoría de los objetos son cedidos de forma consentida por su titular¹². Más bien, aquí, de nuevo, solo pueden regir las reglas del estado de necesidad, que en este caso podría considerarse defensivo. Ej.: A ataca a B con el valioso jarrón de C. B se defiende golpeando el brazo de A, lo que provoca que el jarrón de C caiga y se rompa. En el tercer caso, las cosas del tercero (aquí: de la persona jurídica) son usadas por el agredido para repeler la agresión del órgano, si bien tales cosas no son medio de la agresión. La aplicación de las reglas generales conduce con mayor motivo a negar que la legítima defensa recaiga sobre las cosas del tercero y a permitir únicamente su sacrificio solidario en estado de necesidad agresivo. Aquí se observa un radical distanciamiento del tercero respecto de la agresión, que simplemente está-ahí-presente en el momento de la defensa. Ej.: para repeler la agresión física de A, B usa un jarrón de C.

Esta última consideración nos aproxima al punto decisivo: ¿puede afirmarse *en algún caso y en algún sentido* la corresponsabilidad de la *persona jurídica* por la agresión? Si se sostiene que solo es posible afectar los bienes jurídicos del agresor y la persona jurídica no es nunca agresora, no puede lógicamente predicarse la corresponsabilidad suficiente de ésta por la agresión. Solo en un sentido impreciso (no técnico y por tanto ajeno al instituto de la legítima defensa) puede admitirse la existencia de esa corresponsabilidad por parte de la persona jurídica. Ahora bien, no cabe excluir situaciones en las que sí quepa hallar verdaderos responsables junto al agresor sobre los que sí cabría que recayera la acción defensiva: los titulares de la empresa. En efecto, ningún problema se plantearía para el caso en que el agresor es el titular de la empresa y la defensa recae sobre esta en tanto instrumento del ataque. P. ej., el empresario individual va a lanzar al mercado un producto tóxico y para evitarlo se revelan datos secretos. Lo mismo cabe predicar de los casos en los que los socios acuerdan llevar a cabo prácticas delictivas. Sin embargo, el problema seguirá planteándose allí donde los titulares de la empresa son ajenos a la actividad delictiva y, sin embargo, tienen un interés digno de protección penal que no puede ser lesionado apelando a la agresión antijurídica que lleva a cabo, por ejemplo, su órgano de administración. En tales supuestos, de nuevo, solo será posible acudir al estado de necesidad.

Con todo, cabría aún plantear una *cierta responsabilidad* de la persona jurídica en términos generales por el dato de constituir un “estado de cosas antijurídico” favorable a que sus miembros cometan hechos delictivos que constituyen agresiones ilegítimas. Así, el agredido podría apelar a que la persona jurídica ha constituido un entorno o contexto organizativo que ha posibilitado o que no ha impedido el surgimiento de agresiones ilegítimas de sus miembros y, de ese modo, alegar un fundamento para acudir a sus bienes jurídicos para repeler la agresión. Esta consideración nos sitúa de nuevo en el supuesto número dos o en el tercero. Si, por un lado, se ha afirmado que no es suficiente con un consentimiento general en el uso del potencial de la persona jurídica, tampoco puede bastar ese consentimiento por muy desorganizada que pueda estar la persona jurídica para ejercer legítima defensa contra ella. Aun menos ello será posible cuando la persona jurídica es simplemente utilizada por el agredido para defenderse. Aquí la existencia de una adecuada o incorrecta organización no le otorga al agredido un derecho de legítima defensa contra ella. En ambos casos, hay que remitirse al estado de necesidad.

¹² En este sentido, RÖNNAU/HOHN, *LK-StGB*, cit. nota n° 4, § 32, n° marg. 164. De acuerdo, ENGLÄNDER, *StGB*, cit. nota n° 6, § 32, n° marg. 23.

3. Los derechos patrimoniales como bienes defendibles y los canales institucionales de defensa.

1. Según el art. 20.4 CP no solo la persona, sino también los *derechos* propios o ajenos pueden ser objeto de defensa. Asimismo, la doctrina mayoritaria admite que *todos* los bienes jurídicos individuales son bienes susceptibles de defensa¹³. Ello conduce a integrar de forma generalizada e indiscutible el patrimonio como bien defendible¹⁴. Sin embargo, las cosas no son ni mucho menos tan sencillas. No se discute, en principio, que la propiedad y la posesión, como derechos patrimoniales reales, sean susceptibles de ser protegidos en legítima defensa. Pero es evidente que además existen *otros derechos patrimoniales*, que integran, por tanto, el bien jurídico y el concepto de patrimonio: los denominados derechos patrimoniales personales, contractuales, crediticios u obligacionales. Pues bien, en la doctrina de habla hispana no se encuentra apenas referencia alguna sobre hasta qué punto estos otros derechos patrimoniales son susceptibles de ser defendidos en legítima defensa¹⁵. Ello choca con la inmensa relevancia práctica de la cuestión, que es evidente en el mundo de la empresa y en las relaciones económicas en general.

2. En Alemania, los ejemplos tradicionales son el de la “pechuga de ganso” y el del “taxista”¹⁶: en ambos casos se trata de clientes injustificadamente descontentos con el servicio (la pechuga servida; el trayecto en taxi) que se marchan sin pagar, de la reacción impidiéndoselo por parte del acreedor (el posadero; el taxista) y del eventualmente correspondiente deber de tolerancia del cliente. Algunos ejemplos adicionales¹⁷: El vendedor A no entrega al comprador C una cosa percedera que ya ha pagado y que va a echarse a perder, ¿puede el comprador C llevársela por la fuerza? El vendedor A va a fugarse al extranjero con la cosa pagada –una cara antigüedad– por el comprador C, ¿puede este impedírsele deteniéndole? El vendedor A va a destruir la cosa irremplazable vendida pero aún no entregada al comprador C, ¿puede este arrebatársele la cosa? Si un arrendatario toca un instrumento musical electrónico fuera de los horarios estipulados en el contrato de alquiler, ¿puede el arrendador cortarle la electricidad?

3. Para incrementar la complejidad del problema cabe añadir que en Alemania existe una regulación especial en el § 229 del Código Civil: la *private Selbsthilfe* (autotutela privada). En virtud de ella:

“quien con la finalidad de autotutela tome, destruya o dañe una cosa o quien con la finalidad de autotutela detenga a un obligado sospechoso de darse a la fuga, o venza la resistencia de un obligado frente a un acto que éste debería tolerar, no obra de forma contraria a Derecho siempre que no sea posible conseguir el auxilio oportuno de la

¹³ Cfr., por todos, ROXIN, *ATI*, cit. nota nº 6, §15, nº marg. 30.

¹⁴ RÖNNAU/HOHN, *LK-StGB*, cit. nota nº 4, § 32 nº marg. 86; PERRON, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, cit. nota nº 4, § 32, nº marg. 5 a.

¹⁵ Una breve referencia se encuentra en LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, cit. nota nº 9, 23/30: “no lo son [bienes jurídicos defendibles] las meras pretensiones, expectativas o derechos de crédito”.

¹⁶ Véase, ROXIN, *ATI*, cit. nota nº 6, § 17, nº marg. 30.

¹⁷ Ejemplos propuestos por SPENDEL, *LK-StGB*, cit. nota nº 9, § 32, nº marg. 192.

autoridad y siempre que sin una intervención inmediata se corra el riesgo de que se frustre o se dificulte considerablemente la pretensión”.

Esta institución, de carácter próximo a la legítima defensa, es contemplada por la doctrina de forma muy restrictiva y le permite extraer –*a sensu contrario*– que, fuera de tales supuestos y requisitos, no es posible ejercer legítima defensa para evitar los incumplimientos contractuales¹⁸. En España, en cambio, no disponemos de una previsión semejante. Más bien aquí parece partirse del principio opuesto en tanto el art. 455 CP contempla, como *realización arbitraria del propio derecho*¹⁹, que:

“1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos”.

Dicho con otras palabras: en España –a diferencia de Alemania– no se permite ejercer violencia, intimidación o fuerza en las cosas para defender pretensiones contractuales. No obstante, de nuevo *a sensu contrario*, podría extraerse la conclusión de que si no concurre violencia, intimidación o fuerza en las cosas, sí podrían ejercerse facultades defensivas ante incumplimientos contractuales que, siendo desproporcionadas –esto es, no estando cubiertas por el estado de necesidad defensivo–, habrían de definirse necesariamente como situaciones de legítima defensa²⁰.

Con ello el panorama resultante se ha tornado, ciertamente, *satis difficilis*. ¿Cabe legítima defensa frente a incumplimientos de obligaciones? ¿Es la *Selbsthilfe* un caso en la que ello está permitido en el Ordenamiento alemán? ¿Se permite en España si no concurre violencia, intimidación o fuerza en las cosas?

4. A mi modo de ver el principio general de partida debe ser el de *la mayor exclusión posible de los casos de autotutela privada dada la existencia de canales institucionalizados* para resolver los conflictos en materia de derechos patrimoniales contractuales. Así, no sería posible ejercer legítima defensa si existen procedimientos establecidos para hacer

¹⁸ ROXIN, *AT I*, cit. nota nº 6, § 15, nº marg. 35; RÖNNAU/HOHN, *LK-StGB*, cit. nota nº 4, § 32, nº marg. 86.

¹⁹ Sobre este delito, véase, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid: Civitas, 1976, *passim*; DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, *passim*; COLÁS TURÉGANO, Asunción, *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, *passim*; GUARDIOLA GARCÍA, Javier, *La realización arbitraria del propio derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, *passim*; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Autotutela de crédito y protección penal del deudor*, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009; *passim*; GILI PASCUAL, Antonio, “El delito de realización arbitraria del propio derecho”, *Revista de Derecho penal*, nº 29 (2010), pp. 59 y ss., todos con ulteriores referencias.

²⁰ El ámbito de relevancia práctica parece reducirse drásticamente si se excluyen los actos violentos, intimidatorios y los de fuerza en las cosas. No obstante, permanecen supuestos problemáticos: p. ej. las violaciones de la intimidad (allanamiento de morada, descubrimiento y revelación de secretos) y del honor.

valer las pretensiones del acreedor frente al deudor²¹. Generalizando, cabe sostener, con un creciente sector de la doctrina alemana, que los derechos de necesidad –incluyendo a la legítima defensa– son *plenamente subsidiarios* con respecto a los procedimientos institucionalizados de neutralización de peligros. En palabras de Michael Pawlik:

“(…) la manifestación primaria del deber general del ciudadano consiste en respetar la primacía de la imposición estatalmente organizada del Derecho. Este planteamiento es también relevante en el contexto de los derechos de necesidad. En su virtud estos quedan limitados a una mera “función de complemento” y los descarta allí donde el Estado ha canalizado la solución de conflictos en determinados procedimientos policiales o jurisdiccionales”²².

El alcance que este postulado tiene para el legítimo ejercicio de la defensa de los intereses patrimoniales de los ciudadanos no debe ser infravalorado.

Las dos cuestiones, especialmente complejas, que se suscitan de inmediato son las siguientes. En primer lugar, por qué razón y hasta qué punto la institución de la *Selbsthilfe* alemana constituye una excepción al principio general acabado de mencionar. Paralelamente, debería explorarse si en España sería posible canalizar esta misma excepción en el art. 20.4 CP cuando la defensa se ejerce sin violencia, intimidación o fuerza en las cosas (4.a). Y, en segundo lugar, si acaso el principio de la primacía de los canales institucionalizados habría de regir no solo para los derechos patrimoniales obligacionales, sino también para los derechos patrimoniales reales (4.b).

4. a) A la primera cuestión puede responderse, de entrada, reconociendo que los casos de *Selbsthilfe* presentan una diferencia estructural con los casos “normales” de legítima defensa. Mientras en los segundos se trata de *la defensa de la integridad de una esfera jurídica ya conformada*, en los primeros se trata del *aseguramiento de una situación jurídica que aún debe generarse*²³: el cumplimiento del contrato. Esta afirmación parece permitir la conclusión de que los casos de *Selbsthilfe* suponen una ampliación de las facultades de defensa con respecto a la legítima defensa: incluye las *vías de hecho* para *asegurar* los cumplimientos contractuales. Debe, sin embargo, inmediatamente matizarse que no se trata de imponer por la fuerza el cumplimiento de la prestación debida, sino

²¹ Está ampliamente reconocido el principio de prohibición del ejercicio de la violencia para imponer los propios fines como uno de los principios fundamentales de todo Ordenamiento jurídico civilizado (así, VON BAR, Christian, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, t. II, 1999, n° marg. 491 y ss.; GROTHE, Helmut, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7ª ed., 2015, § 229, n° marg. 1).

²² PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 244. En la doctrina moderna, ya antes, ARZT, Günther, «Notwehr, Selbsthilfe Bürgerwehr – Zur Vorrang der Verteidigung der Rechtsordnung durch den Staat», *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 77 y ss.; LAGODNY, Otto, «Notwehr gegen Unterlassen – Zugleich ein Beitrag zur Subsidiarität der Notwehr gegenüber gerichtlichem (Eil-)Rechtsschutz», *GA* 1991, pp. 300 y ss.; LESCH, Heiko, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, 2000, pp. 46 y ss. y 55 y ss.; EL MISMO, «Die Notwehr», en: WIDMAIER, Gunter; LESCH, Heiko; MÜSSIG, Bernd; WALLAU, Rochus (Eds.), *Festschrift für Hans Dahs*, Colonia: Otto Schmidt, 2005, p. 111.

²³ Similar, SPENDEL, *LK-StGB*, cit. nota n° 9, § 32, n° marg. 191. Le sigue, LESCH, *Notwehrrecht*, cit. nota n° 22, p. 58, quien cita ya en ese sentido a BERNER (Albert Friedrich, “Die Nothwehrtheorie”, *Archiv für Criminalrecht. Neue Folge*, 1848, p. 562 y s.: distinguiendo “entre un Derecho que se *posee* ... y un Derecho que solo se *quiere hacer valer*”).

únicamente de asegurar su futuro cumplimiento²⁴. Estamos, más bien, ante una suerte de *medida cautelar*. Ello viene corroborado por el propio Código Civil alemán (en adelante “BGB”) cuando en el parágrafo 230 establece los límites de la autotutela²⁵.

Ahora bien, la celebración de un contrato comporta repercusiones en la esfera patrimonial de una persona en tanto se pueda afirmar que la cosa queda incorporada a la misma, pese a que fácticamente esté aún en poder del deudor. En tal caso, no se trataría ya solamente de forzarle a generar una situación jurídica futura, sino a que no perturbe la situación real de la esfera patrimonial. De este modo, más bien se estaría ya ante un ataque al derecho de propiedad. En esa medida, habría legítima defensa si el vendedor amenaza con destruir la cosa, huir con ella o cedérsela a un tercero.

Más en general, cabría plantear si ciertos incumplimientos de obligaciones y contratos pueden considerarse como “agresiones” a una esfera patrimonial existente, de forma que su repulsión aparezca como necesaria para mantener la integridad de esa esfera, no tratándose meramente de exigir el cumplimiento de la obligación o contrato. Así, por ejemplo, si un directivo detecta que un administrador va a proceder a transferir dinero de la cuenta de la sociedad a sus cuentas particulares, estaría actuando en legítima defensa (de terceros) si le impide por la fuerza hacerlo. Parece que en tal caso no se está exigiendo el cumplimiento forzoso de las obligaciones de un administrador, sino protegiendo el patrimonio social frente a un ataque que, ciertamente, tiene lugar *a través del incumplimiento de obligaciones*. Lo mismo cabría predicar respecto a un deudor que está a punto de insolventarse, lo que es impedido por la fuerza por su acreedor: tampoco aquí se trata de un mero exigir el cumplimiento de la obligación de pagar, sino de evitar la inminente lesión patrimonial.

Recapitulando: el § 229 BGB permite, a diferencia del art. 455 CP, la coacción (violencia) sobre el deudor que huye cuando no es posible acudir a un canal institucional. El art. 455 CP, a *sensu contrario*, parece permitir, a diferencia del § 229 BGB, toda realización “no arbitraria” (léase: ni violenta, ni amenazante, ni con fuerza en las cosas) aun existiendo canales institucionales disponibles. Debe partirse, en ambos casos, de la primacía de los canales institucionales. El § 229 BGB no es, *stricto sensu*, un caso de legítima defensa, sino de aseguramiento de una prestación futura a la que se tiene derecho. Se trata, por tanto, de una causa de justificación específica con naturaleza de medida cautelar. El art. 455 CP solo afirma que no quedan contempladas en él las realizaciones “no arbitrarias” del propio derecho. Cuestión distinta es que éstas queden amparadas por la causa de justificación legítima defensa. La primacía de los canales institucionales y la ausencia de una previsión

²⁴ Lo apuntan, ROXIN, *AT I*, cit. nota n° 6, § 17, n° marg. 30; JAKOBS, *AT*, cit. nota n° 9, 16/24; RÖNNAU/HOHN, *LK-StGB*, cit. nota n° 4, § 32, n° marg. 86.

²⁵ § 230 BGB: “(1) La autotutela no puede ir más allá de lo necesario para la evitación del peligro.

(2) En el caso de apoderamiento de cosas, en tanto no se haga efectiva la ejecución forzosa, debe solicitarse el embargo.

(3) En el caso de detención del obligado, en tanto no se le vuelva a dejar en libertad, debe solicitarse el arresto personal preventivo en el juzgado en cuyo partido se haya producido su detención; el obligado tiene que estar ante el juez sin dilación.

(4) Si la solicitud de arresto se demora o se deniega tiene que producirse sin dilación la restitución de la cosa tomada y la liberación del detenido”.

expresa similar al § 229 BGB hablan en su contra. De estas situaciones cabe distinguir aquellas otras en las que se da una verdadera agresión cuando la pretensión del acreedor ya está incorporada a su esfera patrimonial. Si en tales casos debe operar con toda su fuerza la legítima defensa –tal y como admite la doctrina actual– es algo sobre lo que aún cabe discutir (4.b).

4. b) La segunda cuestión es aún más compleja de abordar en toda su dimensión, pues plantea si y hasta qué punto se debe renunciar a la legítima defensa cuando se trata de ataques a derechos patrimoniales corporeizados en bienes (derechos reales) o ya incorporados a la esfera patrimonial (obligaciones). Es sabido que el art. 20.4 CP permite la defensa de los bienes siempre que “el ataque a los mismos constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes”. La cuestión es aquí sí debería regir un principio de subsidiariedad absoluta, esto es, si existiendo canales institucionalizados para *recuperar* los bienes, debería acudir preferentemente a ellos antes que ejercer la legítima defensa.

La cuestión de fondo se aparta con mucho del marco aquí pretendido, pero no puede ni tan siquiera esbozarse una respuesta sin traer a colación el importante problema que plantea tradicionalmente la legítima defensa: los casos de *extrema desproporción* entre ataque y defensa. Este grupo de casos se reduce conceptualmente en la práctica a los supuestos en los que para defender un bien patrimonial es necesario según las circunstancias del agredido lesionar un bien de carácter trascendental para el agresor (vida o graves ataques a la integridad física). Como es sabido, la doctrina ha propuesto la restricción por razones “ético-sociales” de la legítima defensa en tales casos, sin que esta restricción haya hallado un fundamento convincente –más allá de lo intuitivo, lo que no es en modo alguno irrelevante– hasta la fecha. El intento de restricción más serio desde un punto de vista sistemático ha sido, sin duda, el de Günther Jakobs, al conectar a estos supuestos un deber de solidaridad mínima del agredido frente al agresor, que le impediría ejercer la legítima defensa²⁶. Sin embargo, tampoco este intento resulta convincente. Y ello porque si la esencia de la legítima defensa reside en que al agresor le corresponde el deber de omitir la agresión y lo que hace el agredido es simplemente cumplir con ese deber del propio agresor²⁷, difícilmente se puede conceptualizar la situación como “accidente”, esto es, como situación de necesidad condicionada por el azar que afecta a un ciudadano (agresor) y que reclama legítimamente la solidaridad de los otros (agredido). La solidaridad solo la

²⁶ JAKOBS, AT, cit. nota nº 9, 12/46. Le sigue, PALERMO, Omar, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona: Atelier, 2006, p. 346: “una defensa escandalosamente desproporcionada frente a una agresión insignificante supondría una negación del derecho de solidaridad mínima que tiene el agresor”; sin embargo en la p. 347: “en determinados supuestos el agredido está autorizado a matar al agresor [¡! –R. R. –], si ello resulta necesario para retirar la agresión aunque ésta última haya puesto en peligro bienes materiales”.

²⁷ En lo que alcanzo esta visión de la legítima defensa es expuesta en la doctrina reciente por primera vez por LESCH, “Die Notwehr”, cit. nota nº 22, p. 107 y en esencia ya antes, EL MISMO, *Notwehrrecht*, cit. nota nº 22, p. 40 con n. 83: la agresión ilegítima como “autopuesta en peligro”. Ha sido desarrollada de forma extensa por PALERMO, *La legítima defensa*, cit. nota nº 26, *passim*. Al respecto, véase también el panorama de WILENMANN, Javier, “Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa”, *Polít. crim.* Vol. 10, Nº 20 (Diciembre 2015), Art. 7, pp. 622-677.

puede reclamar el agresor una vez ha sido cumplido –por el agredido– el deber de omitir la agresión²⁸.

Sin que quepa ahora una toma de postura general sobre los supuestos de extrema desproporción, la necesidad profundamente sentida en la doctrina de restringir la legítima defensa en supuestos de agresiones patrimoniales pueda explicarse de un modo alternativo sin subvertir los fundamentos de esta causa de justificación. A mi juicio, se trata de nuevo de la idea de la *primacía de los canales institucionalizados*. La necesidad de la defensa consistente en una intervención desproporcionada en los bienes del agresor desaparece allí donde existen procedimientos para recuperar la cosa o resarcirse patrimonialmente del daño. Presupuestos de la primacía de los canales institucionalizados son: a) la propia existencia del procedimiento y de su eficacia generalmente garantizada (lo que en determinados sistemas puede faltar); y b) el carácter *reemplazable* de los bienes²⁹. Por ello, cabría interpretar que cuando el art. 20.4 CP alude al “grave peligro de deterioro o pérdida inminente” de los bienes, se está refiriendo a bienes que no son reemplazables. Si, con todo, no se sigue esta interpretación y se sostiene, con la doctrina dominante española, que se refiere a todos los bienes, entonces, desde el planteamiento aquí propuesto, esta extensión a bienes reemplazables solo puede ser conceptualizada, de nuevo, como una medida cautelar frente a la imposibilidad circunstancial de recabar ayuda institucional (“peligro inminente y grave”) que debería limitar las posibilidades defensivas al aseguramiento del bien en términos parecidos a la *Selbsthilfe* alemana. A efectos prácticos ello nos sitúa en el ámbito del estado de necesidad defensivo.

4. Excurso y corolario.

Lo anterior conduce inexorablemente a la conclusión de que no es posible matar a otro en legítima defensa del patrimonio y supone reclamar una reducción sistemático-teleológica del extenso ámbito en principio reconocido de esta causa de justificación. No está de más recordar que este era el punto de partida de las Decretales de Gregorio IX, cuando en el Capítulo 10 (*Susceptimus*) se afirmaba con rotundidad: “*Pro amissione rerum temporalium, nullus debet in homicidium incurrere*”. Sin embargo, los juristas españoles de los siglos XVI y XVII se empeñaron en alcanzar la conclusión contraria, siendo la opinión común favorable a entender que cabía matar en legítima defensa cuando ello fuera el medio necesario para defender el bien patrimonial³⁰. Son muy ilustrativas las palabras de Luis de Molina:

²⁸ Así, LESCH, “Die Notwehr”, cit. nota n° 22, p. 107. Sin embargo, PALERMO (*La legítima defensa*, cit. nota n° 22, pp. 346-348) se muestra contradictorio en este punto.

²⁹ Excluye la legítima defensa en caso de bienes reemplazables, KLESCZEWSKI, Diethelm, “Ein zweiseitiges Recht – Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze”, en: ZACZYK, Rainer; KÖHLER, Michael; KAHLO, Michael (Eds.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlín-Heidelberg-Nueva York: Springer, 1998, p. 245 y s., apelando a la compatibilidad del arbitrio de todos, también de la persona del agresor. Críticamente con la fundamentación, no con la conclusión, LESCH, *Notwehrrecht*, cit. nota n° 22, p. 63, n. 39.

³⁰ Véase, PEREDA, Julián, “La legítima defensa en caso de ataque a los bienes”, *Estudios de Deusto*, 2ª época, vol. I, n° 1 (1953), pp. 149 y ss.: “se puede decir que entre ellos [entre nuestros juristas del s. XVI y XVII] es plenamente universal el criterio de que se pueden defender los bienes, aun con la muerte del agresor, *servato moderamine inculpatae tutelae*”.

“irracional e insoportable sería que tuviéramos que soportar la pérdida de nuestros bienes... antes que matar al agresor, defendiéndonos con la necesidad y moderación debidas... Que desista él de injusticia tan manifiesta... Los peores, entonces, se envalentonarían, y sabiendo que su vida estaba segura, arremeterían con mayor ardor contra los buenos ciudadanos; aumentarían las calamidades, se multiplicarían los atracadores y serían mayores los males de la república, que los que podrían venir con el ejercicio natural de la legítima defensa”³¹.

Y negaba toda “caridad” (hoy diríamos: deber de solidaridad) sobre el agresor apelando, por cierto, ya a su deber de desistir de la agresión:

“(...) pero por su malicia no quiere volver a la gracia y evitar su eterna ruina, desistiendo, como debe y puede hacerlo; entonces, por la ley de la caridad, no es necesario anteponer su vida espiritual a la nuestra corporal, ni aun a nuestro honor, ni a nuestros bienes externos, que él injustamente quiere arrebatarnos”³².

Sin embargo, junto ese reconocimiento generalizado he hallado diversos pasajes en la obras de estos juristas que matizan de forma muy relevante la cuestión y, además, lo hacen ya en sentido próximo al aquí sostenido. Así, Domingo de Soto recogía que:

*“Unde iurisconsulti inferunt quod etiam dum spes est via iuridica recuperandi furtum, non licet furem occidere. Et certe si spes esset certissima quod facilimo negotio recuperari posset, verum apparet. Ubi autem res esset dubia, posset liberum esse domino uire uti suo”*³³.

“Los jurisconsultos afirman que no se permite matar al ladrón mientras haya esperanza de recuperar la cosa robada por la vía jurídica. Y esto parece verdad si la esperanza es certísima de que fácilmente se puede recuperar lo robado. Pero si existen dudas, el propietario es libre de usar su derecho”.

Y uno de los especialistas en legítima defensa, Juan de Lugo, escribía en 1642:

*“Ad licitam occisionem furis requiri quod res non putetur aliter posse recuperari, vel certe non nisi difficile, cum magnis sumptibus, et dispendiis, vel denique dubium sit de recuperatione; aliter non habes jus occidendi, cum desit necessitas talis medii ad res tuas liberandas”*³⁴.

“Para matar lícitamente al ladrón se requiere que no se pueda recuperar la cosa de otro modo, por lo menos que sea difícil, con grandes gastos y dispendios, o que exista duda sobre la recuperación; de otro modo no tienes derecho a matar, pues falta la necesidad de tal medio para salvar tus bienes”.

³¹ Citado por PEREDA, “La legítima defensa en caso de ataque a los bienes”, cit. nota nº 30, p. 152-153.

³² Citado por PEREDA, “La legítima defensa en caso de ataque a los bienes”, cit. nota nº 30, p. 154.

³³ DE SOTO, Domingo, *De iustitia et iure libri decem*, Antverpia, 1569, p. 144 (Libri V, Quaestio I, Articulus VIII) (obra consultada en la *Deutsche Digitale Bibliothek*).

³⁴ DE LUGO, Juan, *Disputationum De Iustitia Et Iure. Tomus Primus*, Venetiis, 1718, p. 198, marg. 177 (obra consultada en la *Deutsche Digitale Bibliothek*).

Poco puede sorprender que pocas décadas después Samuel Pufendorf recogiera e integrara en su “best seller” jurídico de bolsillo *De Officio* estas mismas reflexiones:

“*Verum in civitatibus, ubi erepta subsidio magistratus recuperari possunt, id regulariter non conceditur; nissi in eo casu ubi qui res nostras ereptum venit, in iudicio adduci non potest. Quo intuitu licitum est occidere praedones, et fures nocturnos*”³⁵.

“En las sociedades ciudadanas en las que los magistrados pueden ayudar a recuperar los bienes no se permite eso normalmente, salvo en caso de que quien viene a privarnos de nuestras cosas no pueda ser llevado a juicio. Por lo que es lícito matar a saqueadores y ladrones nocturnos”³⁶.

Obsérvese cómo, una vez reconocida la preeminencia de los canales institucionalizados, la discusión pasa a centrarse en torno a los casos de *dudosa factibilidad* de la recuperación o reparación en concreto, pues allí donde ello no aparece por alguna razón posible, todo apunta a la concesión del derecho a la legítima defensa. La discusión no avanzado demasiado en este punto.

La necesidad inicial de conceder las amplias facultades de la legítima defensa frente a ataques patrimoniales quizás pueda explicarse en el contexto del proceso de reconocimiento y consolidación del derecho de propiedad privada como pleno derecho ciudadano y en el de los importantes déficits de su protección institucional por parte de la administración de justicia de la época, que no generaba confianza alguna en los ciudadanos, de forma que la efectiva protección de aquel derecho solo podía lograrse acudiendo a la ampliación del ámbito de la legítima defensa. A medida que las *condiciones institucionales* de protección del patrimonio se generalizan y estabilizan, entonces habría de desaparecer la necesidad de esa ampliación. En este sentido, parece más que oportuna una revisión de la generosa extensión de la legítima defensa a los *bienes patrimoniales reemplazables* que en las sociedades de nuestro entorno cultural se sigue reconociendo al menos desde un punto de vista formal.

³⁵ PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, Londinis, 1673, Libri I, Caput V, § 16, p. 59 (obra consultada en la *Deutsche Digitale Bibliothek*).

³⁶ Por cierto, la distinción entre el ladrón nocturno y el diurno ya era manejada sin mucho entusiasmo por COVARRUBIAS, Diego de, *Omnium Operum*, Lugduni, 1584, p. 490 y MOLINA, Luis de, *De Iustitia et Jure*, Coloniae, 1613, p. 562 y se retrotrae a San Agustín (cfr. PEREDA, “La legítima defensa en caso de ataque a los bienes”, cit. nota n° 30, p. 147, n. 8), quien probablemente la tome del *Éxodo* 22:2-3: “2. Si el ladrón es sorprendido forzando una casa, y es herido y muere, no habrá culpabilidad de sangre; 3. pero si ya ha salido el sol, habrá culpabilidad de sangre (...)” (debo esta última referencia a Héctor García de la Torre).

BIBLIOGRAFÍA

- ARZT, Günther, “Notwehr, Selbsthilfe Bürgerwehr – Zur Vorrang der Verteidigung der Rechtsordnung durch den Staat”, en: GRÜNWALD *et. al.* (Eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Gotinga, Otto Schwartz, 1975, pp. 77 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid: Civitas, 1976.
- BERNER, Albert Friedrich, “Die Nothwehrtheorie”, *Archiv für Criminalrecht. Neue Folge*, 1848, pp. 547 y ss.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- COVARRUBIAS, Diego de, *Omnium Operum*, Lugduni, 1584.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- DE LUGO, Juan, *Disputationum De Iustitia Et Iure. Tomus Primus*, Venetiis, 1718, p. 198, marg. 177 (obra consultada en la *Deutsche Digitale Bibliothek*).
- DE SOTO, Domingo, *De iustitia et iure libri decem*, Antverpia, 1569 (obra consultada en la *Deutsche Digitale Bibliothek*).
- FRISCH, Wolfgang, “Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung”, en: ZÖLLER, Mark; HILGER, Hans; KÜPER, Wilfried; ROXIN, Claus, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín: Duncker & Humblot, 2013, pp. 349 y ss.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed.n, Múnich: Beck, 2015.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, Lima: Grijley, 2003.
- GILI PASCUAL, Antonio, “El delito de realización arbitraria del propio derecho”, *Revista de Derecho penal*, nº 29, 2010, pp. 59 y ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *RECPC* 18-05 (2016), pp. 1 y ss.
- GROTHER, Helmut, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7ª ed., Múnic: C. H. Beck, 2015.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier *La realización arbitraria del propio derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlín-Nueva York: Walter De Gruyter, 1991.
- KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfried; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch*, Tomo 1, 4ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2013.
- KLESCZEWSKI, Diethelm, “Ein zweiseitiges Recht – Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze”, en: ZACZYK, Rainer; KÖHLER, Michael; KAHLO, Michael (eds.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlín-Heidelberg-Nueva York: Springer, 1998, p. 225-246.
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg: Springer, 1997.
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Múnich: Vahlen, 2012.
- LAGODNY, Otto, “Notwehr gegen Unterlassen – Zugleich ein Beitrag zur Subsidiarität der Notwehr gegenüber gerichtlichem (Eil-)Rechtsschutz”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 300 y ss.

- LESCH, Heiko, *Notwehrrecht und Beratungsschutz Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs 1. StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2000.
- _____, “Die Notwehr”, en: WIDMAIER, Gunter; LESCH, Heiko; MÜSSIG, Bernd; WALLAU, Rochus (Eds.), *Festschrift für Hans Dahs*, Colonia: Otto Schmidt, 2005.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Autotutela de crédito y protección penal del deudor*, Santiago de Chile: Ediciones jurídicas de Santiago, 2009.
- MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Múnich: Beck, 2013
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona: Reppertor, 2015.
- MITSCHE, Wolfgang, “Notwehr gegen juristische Personen”, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 7/2015.
- MOLINA, Luis de, *De Iustitia et Jure*, Coloniae, 1613.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Múnich: Beck, 2011.
- PALERMO, Omar, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona: Atelier, 2006.
- PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- PEREDA, Julián, “La legítima defensa en caso de ataque a los bienes”, en *Estudios de Deusto*, 2ª época, vol. I, n° 1, 1953, pp. 143 y ss.
- PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, Londinis, 1673 (obra consultada en la *Deutsche Digitale Bibliothek*).
- RENZIKOWSKI, Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlín: Duncker & Humblot, 1994.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Delitos de personas jurídicas?”, *InDret Penal*, 2/2006, pp. 1 y ss.
- _____, “El “hecho propio” de la persona jurídica y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *InDret Penal*, 2/2009, pp. 1 y ss.
- _____, “Pena y persona jurídica. Crítica del art. 31 bis del Código penal”, *La Ley*, n° 7705, 2011, pp. 1 y ss.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. t. I, 4ª ed., Múnich: Beck, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2ª ed., 2016.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch*, 29ª ed., Múnich: Beck, 2014.
- SPÄTH, Florian Jochen, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot, 2016 .
- Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Berlín: De Gruyter, 1992.
- Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlín: De Gruyter, 2006.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Colonia: Carl Heymanns, 2011.
- VAN WEEZEL, Álex, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Polít. crim.*, Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 3.
- VON BAR, Christian, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, t. II, Múnich: C. H. Beck, 1999.
- WILENMANN, Javier, “Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa”, *Polít. crim.* Vol. 10, N° 20 (Diciembre 2015), Art. 7, pp. 622-677.