

LEGITIMA DEFENSA



Tesina de Graduación

2022

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía

Autor: Marine Alejandra BORREGO

Tutor: Dr. Germán BERNARDI

Departamento de Metodología: Abogada, Prof. Andrea Gabriela MARCÓN

Área Temática: Derecho Penal

ÍNDICE

❖ PRESENTACIÓN.....	pág.01
❖ CONSIDERACIONES GENERALES.....	pág.02
❖ LEGÍTIMA DEFENSA.....	pág.04
Distintas acepciones	
Regulación normativa	
Fundamento al Instituto en Análisis (doctrina Extranjera y Nacional)	
Caracteres (bienes defendibles)	
Tipos de Legítima Defensa (propia, de terceros, privilegiada, putativa)	
❖ EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	pág.12
Regulación del exceso en el Código Penal	
Elementos que deben considerarse al tratar el exceso en la legítima defensa	
Clases de Excesos	
❖ OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	pág.15
Estado de Necesidad	
Cumplimiento de un deber	
❖ PERSONAL POLICIAL - ¿CUMPLIMIENTO DEL DEBER O LEGÍTIMA DEFENSA?.....	pág.17
❖ CONCLUSIÓN.....	pág. 21
❖ BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 22

AUTORIZACION DEL AUTOR

En calidad de TITULAR de los derechos de autor de la obra que se detalla a continuación, y sin infringir según mi conocimiento derechos de terceros, por la presente informo a la Universidad FASTA mi decisión de concederle en forma gratuita, no exclusiva y por tiempo ilimitado la autorización para:

- Publicar el texto del trabajo más abajo indicado, exclusivamente en medio digital, en el sitio web de la Facultad y/o Universidad, por Internet, a título de divulgación gratuita de la producción científica generada por la Facultad, a partir de la fecha especificada.
- Permitir a la Biblioteca que sin producir cambios en el contenido, establezca los formatos de publicación en la web para su más adecuada visualización y la realización de copias digitales y migraciones de formato necesarias para la seguridad, resguardo y preservación a largo plazo de la presente obra.

1. Autor:

Apellido y nombre: BORREGO, Marine Alejandra

Tipo y N° de Documento: D.N.I. 29.017.999

E-mail: borregomarine@gmail.com

Título obtenido: Abogada

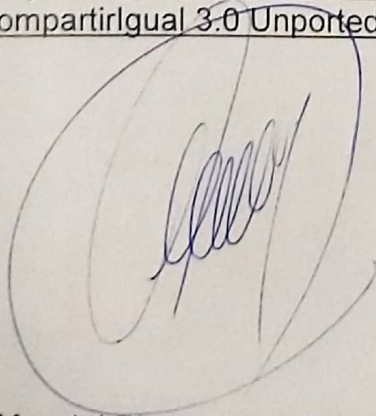
2. Identificación de la Obra

TESINA DE GRADUACIÓN: "*Legítima defensa*"

AUTORIZO LA PUBLICACIÓN bajo la licencia Creative Commons.

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento- NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported

Firma del autor:



Lugar y Fecha: Mar del Plata, Mayo 05 de 2022

PRESENTACIÓN

La legítima defensa, regulada en el Código Penal de la Nación, está definida con conceptos jurídicos indeterminados y solo se fijan parámetros para su aplicación.

Esta eximente de responsabilidad, que implica que la conducta no sea antijurídica, enfrenta cuestionamientos sociales y hace complejo su estudio cuando deben determinarse los presupuestos para que esta defensa se encuentre legitimada y no sufra consecuencias legales quien actúa en respuesta a una agresión injustificada.

En nuestra tesina analizaremos el instituto, y la interpretación doctrinal del derecho sobre la normativa jurídica que la contempla, con objeto de visibilizar que nuestra norma vigente fue pensada para contextos diferentes al actual; lo que conlleva a que sean muchos los interrogantes que quedan sin responder cuando en una acción típica se da esta autorización legalmente prevista.

CONSIDERACIONES GENERALES

Las causales de eximición de la responsabilidad están delineadas como conductas que, si bien se encuentran encuadradas en los tipos delictivos establecidos en el Código Penal Argentino, bajo ciertas circunstancias, carecen del elemento antijuridicidad, por encontrarse debidamente justificadas. Pese a ser acciones típicas, no configurarían delito.

Página | 2

Para que se configure un delito deben darse ciertos requisitos de una conducta humana voluntaria, y a la vez la misma debe encuadrar en un tipo penal al verse alcanzada por el Código y ser contraria al ordenamiento legal, es decir, antijurídica. Además, quien llevó a cabo esa conducta típica y antijurídica debe haber comprendido la criminalidad de su accionar.

El delito es una conducta –acción, en sentido jurídico penal–, típica, antijurídica y culpable, cuyo estudio corresponde a la teoría del delito. Precisa los elementos que deben concurrir para imputar responsabilidad penal, en procura de una aplicación racional de la ley penal, y para ello debe verificar que, en el caso concreto, estén dados los presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo. Dichos presupuestos funcionan como filtros, cada uno de ellos supone la presencia del anterior y tienen la finalidad de ir descartando las causas que podrían impedir la aplicación de una pena.

Determinado que la conducta humana se incorpora a un tipo penal, se analiza la antijuridicidad, es decir, la relación de ese hecho humano, voluntario, típico con el ordenamiento jurídico.

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer en qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria al Derecho, el hecho no merece una desaprobación del ordenamiento jurídico por disponer el autor de la conducta típica de un permiso legal para obrar como obró.

Existen conductas generalmente prohibidas, que si se realizan bajo determinadas circunstancias subsumibles en una causa de justificación, resultan permitidas por el ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad positivamente supone un acto típico que ha ofendido material y formalmente un bien jurídicamente protegido, lo ha dañado, vulnerado o puesto en

peligro, mientras que negativamente se manifiesta a través de una causa de justificación.

Núñez, habla de la antijuridicidad como la calidad del hecho que determina su oposición al derecho. Que el hecho sea típico sería solo un indicio de la antijuridicidad, que no se corroboraría si existiera alguna causa de justificación, entendida esta como permisos para cometer hechos penalmente típicos en casos particulares, lo que lo dirigiría a la impunidad. Su fundamento radica en el predominio de un bien jurídico sobre otro, autorizándose la protección del más importante para el derecho. (Manual de Derecho Penal Parte General 1999, pág. 103)

No existen dos conceptos de antijuridicidad, siempre es formal y material. Es material en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico y formal, porque únicamente el derecho positivo, mediante la formulación de los tipos y de las reglas especiales de justificación, constituye su fuente. **Mir Puig** (1976, pág. 208)

En el sistema del derecho positivo, la tipicidad del hecho no determina su antijuridicidad, es un indicio de ella, aunque en determinadas circunstancias, no confirma ese indicio. Esas circunstancias funcionan como excepciones a la regla, la antijuridicidad es la regla y la juridicidad la excepción, y son las “causas de justificación”, situaciones de hecho y de Derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de la acción. La ley penal se vale de ellas para resolver casos de conflictos de intereses, deberes y bienes jurídicos, declarándose lícitas determinadas acciones típicas.

Son fundamentos de la justificación: la Ley porque sólo ella puede declarar lícitas ciertas acciones típicas, y la necesidad, en virtud de que es una determinada situación circunstancial reconocida por el derecho, la que hace obrar al agente. La necesidad debe nacer de la ley.

Estas causas implican una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que en otro caso estaría prohibida y merecería un reproche penal.

“Sustancialmente, las causas de justificación obedecen al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo.” Núñez (1999, p. 157). Esta preponderancia surge del orden jurídico de las leyes establecido por la Constitución Nacional (art. 31) y la formulación de los tipos en

cuanto a su valor relativo a partir de las sanciones que el Código Penal establece en la Parte Especial, en una relación directa entre el bien protegido y la pena.

LEGÍTIMA DEFENSA

Esta causa de justificación convierte la conducta penalmente típica en jurídicamente permitida.

A- Distintas acepciones

La doctrina ofrece una variedad de definiciones sobre la Legítima Defensa, de las que mencionaremos:

- **Fontán Balestra (1998, pág. 280)**, como *“la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano”*.
- Para **Soler (1951, pag.344)**, se trata de la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada.
- **Jiménez de Asúa (1952, pág. 26)**, se refiere a ella como *“repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla”*.
- **Lazcano (2000, pág. 141)**, la describe *“Es un caso especial del estado de necesidad que implica la acción y el efecto de defender o defenderse”*.

B-Regulación normativa:

El Código Penal argentino prevé en el art. 34, incs. 6° y 7°, las condiciones de procedencia de la legítima defensa propia y de terceros, respectivamente. Dicho artículo comienza diciendo: *“No son punibles...”*, y agrega en los incisos antes mencionados:

- Inc. 6° *“... El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende...”*.
- Inc. 7° *“... El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a y b del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”*.

C-Fundamentos del instituto

La mayoría de los autores, como **Bacigalupo**, encuentran su fundamento en el principio por el que “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito”, no solo acuerda un derecho de defensa individual sino también de orden jurídico. [1]

Página | 6

Otros autores reconocen en la defensa necesaria una función preventivo general, aunque consideran que el orden legal se asienta ante agresiones a bienes jurídicos individuales.

Mir Puig, reconoce dos fundamentaciones, como históricas, al hablar de la legítima defensa, de las cuales una es de carácter individual y la otra de carácter colectivo. El elemento colectivo de defensa y afirmación del orden jurídico constituye el fundamento específico de la legítima defensa. El elemento individual es el que otorga legitimación al particular para desempeñar en nombre del Estado la función de afirmación del Derecho. [2]

Siguiendo su pensamiento, **Luzón Peña**, también le da al eximente una doble fundamentación, reconociéndole un lado individual en la necesidad de defensa del bien jurídico en particular y otro supraindividual en la necesidad de defensa del orden jurídico. [3]

Asimismo, en la misma línea, con autores como **Jescheck**, se fundamentó a la legítima defensa de manera jurídico individualmente, por un lado, como el derecho que corresponde a cada uno para defensa de la propia persona contra la agresión antijurídica de otro, y por otra parte, jurídico socialmente, donde el ordenamiento jurídico no necesita ceder ante el injusto. La autodefensa del atacado constituye la salvaguarda del orden pacífico general, cuando no se cuenta con el auxilio de la autoridad. [4]

De otra forma, **Roxin**, ha basado al derecho de legítima defensa los principios de protección individual y prevalecimiento del derecho. [6]

[1] BACIGALUPO, E. (1999). “*Derecho Penal, Parte General*”. p.224.

[2] MIR PUIG, S. (2004). “*Derecho Penal Parte General*”. pg.428.

[3] LUZÓN PEÑA, D. (2002). “*Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa*”. p. 64.

[4] JESCHECK, H. (1981). “*Tratado de Derecho Penal, Parte General*”. p. 302.

[5] ROXIN C. (1997). “*Derecho Penal, Parte General*”. p. 608

En el ámbito local,

Donna, da a la legítima defensa una doble fundamentación, la defensa del bien jurídico en particular y la necesidad de defensa del orden jurídico por lo que el derecho siempre debe prevalecer sobre lo injusto. [6]

Fontán Balestra, realiza una doble distinción doctrinaria sobre la impunidad del hecho en legítima defensa, las que sostienen que el hecho es intrínsecamente injusto debiendo buscarse en otra parte las causas eximentes de pena, y aquellas que juzgan intrínsecamente justo y por tanto lícito. [7]

Entre los doctrinarios que ven en la legítima defensa una acción meramente impune por un lado y por otro, la consideran una causa de justificación, encontramos a **Soler**, quien fundamenta de esta manera dicha justificante. [8]

D- Caracteres (Bienes defendibles)

Del art. 34, se desprende respecto de esta causa de justificación, que todos los derechos subjetivos que el orden jurídico reconoce al individuo sean personalísimos, patrimoniales o de familia, son susceptibles de ser defendidos legítimamente. Al respecto existen dos corrientes doctrinarias:

- La alemana, donde lo único que condiciona la medida de la reacción es la gravedad del ataque, cualquier bien jurídico puede ser defendido incluso con la muerte del agresor si no hay otro medio para salvarlo.
- La de países latinos, donde el efecto moderador de la defensa lo da la necesidad racional; la proporcionalidad debe referirse a la gravedad del ataque, y a la importancia del bien que se tutela.

En tanto, los bienes colectivos, sociales o estatales, son susceptibles de defensa por los particulares cuando son objeto de derechos subjetivos. *“De lo contrario cada ciudadano se erigiría en policía auxiliar y podría invalidar el monopolio de la violencia por parte del Estado.”* [9]

Los bienes jurídicos, objeto de derechos subjetivos, incluyendo los inmateriales, pueden ser resguardados cuando son ilegítimamente agredidos, y la repulsa violenta aparece necesaria y proporcionada.

[6] DONNA, E. (2000). *“Teoría del Delito y de la Pena, T.II”*, Imputación Delictiva, p.139

[7] FONTAN BALESTRA, C. (1988). *“Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. II”*, p.138.

[8] SOLER, S. (1970). *“Derecho Penal Argentino, T.I”*, p. 437 y s.s.

[9] ROXIN C. (1997). *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 608.

E-Clases de Legítima Defensa:

Legítima defensa propia

Existe cuando el que en defensa de su persona o de sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima, sin que medie provocación suficiente de su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 6º, C.P.). Se hace manifiesta la voluntad de agredir cuando existe un peligro inminente, dando comienzo a la defensa, que culmina cuando puede concretarse. Sobre los presupuestos de aplicabilidad de este instituto nos referiremos a continuación:

- “... a) **agresión ilegítima...**”.

Conducta antijurídica del que agrede. La agresión como la defensa deben ser conductas, y darse voluntariamente de un ser humano. Esta agresión puede ser activa (acción) o pasiva (omisión), deberá ser actual (mientras se desarrolla la agresión) o inminente (decisión irrevocable del agresor a dar comienzo a la agresión).

Según **Núñez**, en el Código Penal, la agresión tiene un sentido objetivo, sostiene que la falta de derecho del agresor dependerá de que el derecho autorice al agredido a defenderse frente al intento de causárselo. La legítima defensa está destinada a resguardar la situación del agredido de los ataques de que sin derecho la haga objeto un tercero. [10]

Para **Romero Villanueva**, la jurisprudencia entiende que cuando en el art. 34, inc. 6º del Código Penal, se hace mención a la agresión ilegítima, hace referencia al ataque efectuado sin derecho y con peligro inminente para la integridad del ofendido. Refiere a una conducta antijurídica, actual o potencial, que ocasiona peligro de daño para un derecho. Tal peligro es el suficiente riesgo de daño –para un bien jurídico– como para hacer racionalmente necesaria la defensa. (cfrme. C. Apels. Trelew, Sala A, 15/5/02, R; H.O.). [11]

Esto, siguiendo a **Soler**, nos lleva a entender a la legítima defensa como una reacción determinada por una acción precedente y que sea ilegítima. La base de la legítima defensa en un estado de peligro para un bien jurídicamente protegido. [12]

[10] NUÑEZ, R. (1988). “*Derecho Penal Argentino, Parte General, T.I*”. p.349 y ss.

[11] ROMERO VILLANUEVA, H. (2005). *Código Penal de la Nación Anotado*, p.136.

[12] SOLER, S. (1970). “*Derecho Penal Argentino T.I*”, p.444.

Fontán Balestra, entiende al referirse a la agresión, que el término indica que la amenaza debe partir de un ser humano y que no todo hecho humano da lugar a la defensa legítima, solo el que reúne las características de la acción en un sentido jurídico penal. Valido la legítima defensa opuesta a la agresión del inimputable, para él, en el texto de la Ley Argentina, lo ilegítimo se aprecia objetivamente, prescindiendo de la posición psicológica del autor frente a su hecho. [13]

Para aquellos que interpretan que nuestra ley habla solamente de agresión ilegítima, pueden existir ataques culposos que amenazan con gravísimos daños y reconocen así el derecho a repeler la conducta culposa de alguien que amenaza su vida. Se busca de esta manera una solución distinta, sin atender a la proporcionalidad.

Donna, “Incluidas dentro del concepto de agresión tanto la acción como la omisión y teniendo en cuenta que la ley no limita la agresión a las acciones intencionales, debe aceptarse que puede existir legítima defensa en contra de actos culposos, siempre que exista la acción de una persona”. [14]

Zaffaroni, rechaza la posibilidad de defenderse legítimamente contra quien actúa de manera imprudente, este autor considera correcto excluir de la agresión las conductas imprudentes, sostiene que quien no se ha percatado del peligro que causa su acción imprudente, carece de voluntad lesiva y solo cabe obrar contra él, en los límites del estado de necesidad. Excluye de la agresión ilegítima el requisito de tipicidad, y de esta manera excluye el dolo, conformándose únicamente con una voluntad lesiva. [15]

Como hemos visto, al tratar los doctrinarios nacionales, algunos requieren que la agresión sea antijurídica, otros que sea injusta o ilegítima; para otra parte que se posea una voluntad lesiva, entre los que se encuentran los que exigen el dolo como parte integrante de la voluntad agresiva. También están quienes exigen que la agresión sea percibida objetivamente como tal por quien se defiende y para quienes basta una agresión imprudente. Planteadas, así las cosas, surgen a luz dos contradicciones que parecen no poner fácilmente fin al debate generado en torno a la legitimidad de la defensa contra el acto imprudente.

[13] FONTAN BALESTRA, C. (1998) “*Derecho Penal Introducción y Parte General*”. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p.148.

[14] DONNA, E. (2000). “*Derecho Penal Parte Especial, Tomo III*”. Buenos Aires: Rubinzal, Culzoni. p. 147.

[15] ZAFFARONI, R. (1981). “*Derecho Penal, Parte General*”. p. 591.

Por un lado, se argumentó que la palabra “agresión”, forma parte de la esencia del ánimo agresivo, y se alegó la incompatibilidad práctica entre la estructura de la legítima defensa y de la agresión por imprudencia. Pero reducir la interpretación dogmática de la causal de justificación a una cuestión meramente semántica, implicaría dejar de lado muchos supuestos en los que tampoco cabría aplicar la exigente de estado de necesidad.

- “... **b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla...**”

La defensa debe ser **necesaria, racional**, debe adecuarse al fin de repeler la agresión. No se exige proporcionalidad entre el daño que se causa para evitar la agresión y el que ésta habría causado si se hubiera concretado. No es necesario que la agresión se haya iniciado. La ley establece que la defensa puede ser tanto **para impedirla o repelerla**. Se repele cuando la agresión se ha iniciado, y se impide cuando aún no ha tenido comienzo. La doctrina y jurisprudencia, exige asimismo que sea actual o inminente. Terminada la agresión, cesa el derecho de defensa.

El que se defiende debe hacerlo de manera proporcional. La proporcionalidad, equidad o equivalencia de la defensa, no debe confundirse con igualdad o se incurriría en el error de considerar que ha actuado con exceso, quien utiliza un instrumento diferente para ejercer su defensa legítima, respecto del que es utilizado para atacarlo.

“Siempre es proporcional el medio utilizado para la defensa, cuando éste puede lograr el mismo resultado final que el que se utiliza para el ataque, pero nunca uno mayor, sino habrá exceso.” [16]

- “... **c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.**”

La ley exige que quien se defiende, no haya estimulado previamente a tal agresión. El que ha provocado a su agresor, sólo tendrá un derecho limitado de defensa cuando el que agrede lo hace en estado de inimputabilidad (enfermos mentales). El aspecto subjetivo de este tipo permisivo requiere: el conocimiento de la situación de defensa, es decir, el reconocimiento de la agresión y la finalidad de defenderse. Según Soler, el requisito de intencionalidad sería “superfluo”, toda vez que lo que realmente importa es que la acción (provocación) justifique la agresión.

[16] FRANK, J. (2000). “*Legítima defensa con armas de fuego*”, Volumen III. Buenos Aires: Ad-Hoc. pág. 17.

Legítima defensa de terceros

En el caso de este permiso, deben concurrir las circunstancias a) y b) del inciso 6 del artículo 34 del Código Penal, donde se menciona a la Legítima Defensa Propia, mencionada en el párrafo anterior. En caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, también concurrirá, que no haya participado en ella el tercero defensor.

Se da cuando el agredido es un tercero, al cual el autor “defiende” empleando un medio proporcional y necesario para hacer cesar la agresión, en virtud de encontrarse el damnificado en una situación de agresión ilegítima que éste no provocó, o en la cual aquél no participó.

Legítima defensa privilegiada

Hablamos de la situación prevista en el art. 34, inc. 6º, in fine, del Código Penal, que reza: *“se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia”*.

Para la ley, concurren las circunstancias de la defensa legítima, agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente.

Son supuestos de presunción iuris tantum en beneficio del agredido. Los tres requisitos exigidos, no van a ser requeridos cuando concurren las situaciones que estipula la norma. Radica en la presunción de peligro para las personas y no contra la propiedad.

La norma en este sentido contempla dos supuestos que se diferencian. Se “entenderá” que concurren las circunstancias de la legítima defensa:

- respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera sea el daño causado al agresor, (refiere a la oscuridad).
- respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia, (refiere al efecto sorpresa, falta de previsión y resistencia).

En los dos casos la norma exige que quien ejerce la defensa se encuentre en el interior de la vivienda.

Legítima defensa putativa

Jurídicamente significa “de buena fe”, y existe cuando hay un error esencial y no imputable al que esgrimió la defensa, sobre la existencia de una “agresión ilegítima”, o de la “necesidad o proporcionalidad de la defensa desplegada.”

Página | 12

El error es esencial cuando versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva, circunstancia agravante de calificación o la antijuridicidad del hecho. Lo será también cuando el sujeto crea encontrarse en situación de justificación. El error es inculpable, cuando no puede atribuirse a la negligencia del que lo sufre, supuesto un hombre medio de diligencia común. [17]

En la defensa putativa se dan las tres condiciones de la legítima defensa, pero el que la ejerce lo hace de “buena fe”, bajo los efectos de un error esencial de conocimiento invencible.

El resultado de la defensa putativa siempre será la impunidad, por exclusión de la culpabilidad de la conducta desplegada, no por supresión de la antijuridicidad. [18]

Aunque el error sea imputable, siempre que sea esencial, destruye el dolo, y será punible bajo la forma culposa, pero si esta última no está prevista en la parte especial, el hecho no será punible.

[17] SOLER, S. (1970). “*Derecho Penal Argentino T.I*”. p.348,349.

[18] SOLER, S. (1970). “*Derecho Penal Argentino T.I*”. p.384,349.

EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

Resulta necesario que quien actué en legítima defensa, y se exceda, no lo guíen otros propósitos que el de defenderse, para que pueda aplicarse el art. 35 del Código Penal.

Página | 13

Prima el carácter culposo como condición del exceso, el accionar no debe ser intencional, ya que el dolo impediría la aplicación de esta figura. El exceso en la defensa tiene como característica el temor provocado por una errónea apreciación de la magnitud del peligro y los medios con que se cuenta para evitarlo. Inicialmente hay una justificación, que se va desnaturalizando por el error del agente al creer que ésta persiste. Por eso se suele exigir, que la agresión a que se ve expuesto el sujeto no haya cesado (TSJ Córdoba 2/6/1950, LL, 61-160).

A-Regulación del exceso en el Código Penal

El art. 35 dispone: *“El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”*.

Cuando se va más allá de lo que autoriza el ataque inminente, hay exceso en la defensa. Existe siempre una licitud inicial en la actuación del sujeto que se defiende, que termina sobrepasando los límites impuestos por la necesidad y obrando de modo ilícito.

El mencionado artículo sanciona el error del agente acerca del mal amenazado y los medios para evitarlo con la pena correspondiente al delito culposo. Cuando ese delito no tenga prevista la forma culposa, el hecho permanecerá impune. Por el contrario, cuando existe uso de armas y lesiones cometidas con exceso en la defensa, corresponde aplicar la pena del art. 94 del Código Penal para las lesiones culposas, ello en virtud de que el abuso de armas culposo no está legislado en el Código. “A quien disparó un revólver obrando con exceso en la legítima defensa, no se lo puede penar por abuso de armas, ya que este delito sólo admite la forma dolosa; pero si causó heridas, debe reprimírselo como autor de lesiones por culpa o imprudencia, aplicando el art. 35 del C.P.” (SCBA, 23/6/1959, JA, 1960-I-25, 149)

B-Elementos que deben considerarse al tratar el exceso en la legítima defensa:

- Elemento objetivo- existencia de una causal de justificación en el origen.
- Elemento subjetivo- causa psíquica que impulso la actuación del agente (temor).

C-Clases de excesos

- **Intensivo**, o en los medios, se da cuando hay una agresión ilícita no provocada, y el agente desarrolla una conducta defensiva que es más dañosa de lo que es necesario y razonable. El agente puede excederse intensivamente en su acción defensiva de dos maneras: deficiencias en los requisitos de “necesidad” y “proporcionalidad”. El de “necesidad” debe incluir, razonablemente, la idea de eficiencia, que la conducta que se legitima sea la menos dañosa de los diferentes cursos de aplicación disponible. El de proporcionalidad debe diferenciarse de la de necesidad, debido a que esta cuenta la jerarquía absoluta de los bienes involucrados, su valor comparativo y el beneficio social que se obtiene a través de la eficacia preventiva de acciones defensivas.
- **Extensivo**, o en la causa, sucede cuando hay alguna deficiencia respecto de la agresión antecedente.

Wessels (1980 pág. 77), llama exceso extensivo a los casos en que el ataque no es actual o el defensor no lo ha tomado conscientemente en cuenta.

D-El exceso como atenuante de la culpabilidad o de la antijuridicidad

Resulta de coincidencia para distintos autores doctrinarios que el exceso en las causas justificantes constituye causa de atenuación o exclusión de la culpabilidad, que deja intacta la antijuridicidad de la conducta.

Fontán Balestra (1998, pág. 181) considera que la culpa puede resultar del error, de la perturbación del ánimo del autor, de la imprudencia común.

Soler por su parte alega: “el principio en que se funda la disminución de pena para el caso del exceso, reduciéndose la escala penal a la que corresponde al hecho cometido por culpa o imprudencia suele encontrarse, en especial para las situaciones de legítima defensa y estado de necesidad, en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, en la cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación.”

Bacigalupo (1971, pág. 32), sostiene: La única explicación que admite la atenuación de pena prevista en el art. 35, Cód. Penal es lo que el Código toma en cuenta para atenuar la pena es el error del autor sobre los límites del actuar permitido, pues el autor quiere matar y mata, creyendo que su obrar es necesario, aunque objetivamente no lo es. Las representaciones del autor respecto del hecho coinciden con lo objetivamente dado. Sus representaciones respecto a los límites del obrar permitido, en cambio, son erróneas. De ello se deduce, que el error sobre los límites de la extensión de una causa de justificación será siempre sobre la necesidad del acto

y sólo dará lugar a un error de prohibición, pues versa sobre la antijuridicidad. Para este autor el exceso tiene naturaleza dolosa, y la atenuación es impropia porque quien se excede hace lo que quiere hacer.

Para **Zaffaroni (1973, Teoría del Delito pag.500)** la disminución de la pena en el exceso de la legítima defensa no obedece a error ni emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la culpabilidad o reprochabilidad de la conducta. No hay una culpabilidad disminuida, lo que se disminuye es la antijuridicidad.

DIFERENCIA DE LA LEGITIMA DEFENSA CON OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Nuestro Código Penal, menciona en su artículo 34, otras causas de justificación que también eximen la antijuridicidad, pero que se diferencian del permiso de la Legítima Defensa, son:

Página | 16

- **Estado de necesidad** (art. 34 inc. 3 CP). *“El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”*.

Justifica la realización de un mal para evitar otro mayor. Habla de un caso en que un bien jurídico está en riesgo y esto solo puede evitarse por medio de una violación a otro bien jurídico. Lo que da lugar a la acción típica en el Estado de Necesidad, no trata sobre una agresión ilegítima, como pasaría en la legítima defensa de Terceros. Se extiende el tipo permisivo cuando se den las mismas circunstancias previstas para la “defensa propia”, exceptuando la provocación, quien provocó suficientemente no puede defenderse, pero si puede hacerlo un tercero que no haya participado en la provocación.

Quien sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho, pero debe soportar el mal porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto le impone una elección.

“Situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico” Soler, (1999, pág. 243).

Esta justificación tiene como base la superioridad de un bien o interés jurídico protegido sobre otro, no siendo la agresión ilegítima la que da lugar a la acción típica justificada, como lo es en el caso de legítima defensa.

Fontán Balestra (1998, pág. 298-299), lo considera un caso colisión de intereses legítimos, en una situación creada por fuerzas no dirigidas directamente por el hombre. Considerando este autor, que para que se dé el estado de necesidad deber darse las siguientes condiciones: existencia de un mal inminente para quien ejecuta la acción lesiva o para un tercero; la imposibilidad de evitar ese mal por otros medios; que la acción sea impulsada con el objeto de evitar un mal mayor; que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar; que el autor sea extraño al mal mayor e inminente y que no esté obligado a soportar el mal.

- **Cumplimiento de un deber** (art. 34 inc. 4 CP). *“El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”*.

Esta justificación se da cuando la conducta de una persona se halla obligada por ley a realizar determinadas acciones o bien está autorizada a hacerlo. Supone la forma más valorada en los supuestos de exclusión de la antijuridicidad, la conducta en este caso está justificada porque es permitida e impuesta como obligatoria.

Acerca de esta causa de justificación, **Fontán Balestra** (1998, pág. 300), separa cumplimiento de la ley, como acciones que la ley manda y que el ejecutante cumple, del legítimo ejercicio de un derecho, como acciones que la ley no prohíbe, pero sin diferenciar deber, autoridad o cargo. Según lo que el mismo explica, cuando se realiza un acto típico que la ley manda a ejecutar no se está en presencia de un delito, sino que se actúa a derecho.

Sobre esta eximente de responsabilidad y su diferencia con la Legítima Defensa, profundizaremos más en el próximo capítulo donde trataremos su aplicación a la labor policial.

PERSONAL POLICIAL - ¿CUMPLIMIENTO DEL DEBER O LEGÍTIMA DEFENSA?

Según nuestro ordenamiento jurídico existen dos tendencias diferentes para considerar la causa de justificación aplicable al accionar policial, una considera que es el cumplimiento del deber y la otra estima procedente la legítima defensa.

Página | 18

Nos adentraremos en este debate jurídico y consecuentemente veremos las diferencias existentes entre ambas causales.

El Código penal de la Nación, en sus artículos 248 y 249, demandan a los funcionarios públicos su deber de cumplir con sus funciones, las que están establecidas en virtud de la ley, imponiendo una pena ante su incumplimiento. Esto evidencia la obligación de actuar del personal policial en tanto su condición de funcionarios. Asimismo, el Código Procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, explicita las obligaciones para la policía en cuanto tomen conocimiento de un delito, así como los deberes de dichos numerarios, las facultades de prevención, los requisitos para allanamiento sin orden judicial.

Con relación al uso de las armas de fuego, en concordancia con la Constitución Nacional, los tratados internacionales oportunamente incorporados, y protocolos a los que adhiere nuestro país como el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los Principios básicos sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego, solamente estará permitido en caso de riesgo inminente para la vida o grave para la integridad física, tanto del uniformado como de un tercero. Pese a que esta causa de justificación resulta cercana a la legítima defensa por las expresiones que se utilizan para describir a este remedio, tiene mayores exigencias por tratarse de un funcionario público a las que se adicionan condiciones a ser cumplidas, que hacen a su función y el respeto de los reglamentos específicos, por lo que su proceder siempre deberá ser evaluado en contexto del ejercicio de un cargo y ello hace que derive en cumplimiento del deber. Además, se debe tener en consideración que en el principio 9 al que refieren los Principios Básicos sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego, figura la posibilidad de utilizar el armamento para impedir la fuga, cuestión reñida con la legítima defensa.

Pero para el caso en que el personal policial no se encontrara en cumplimiento de sus funciones específicas, sería de aplicación también el inciso 4 del artículo 34 del Código Penal, o bien la legítima defensa si se dieran las condiciones, dado el caso.

El Código Penal, establece en su artículo 34 en sus incisos 3, 4, 6 y 7, las condiciones de eximición de la antijuridicidad, y el artículo 35 del mismo cuerpo, define los excesos en dichas eximentes. Es decir que la normativa existente, configura un

marco de actuación complejo, que establece por un lado la exigencia para los funcionarios policiales en cuanto conocedores de la producción de un ilícito y por otro determina las condiciones y límites de dicho accionar. Se instituye legalmente los requisitos para la eximición de la antijuridicidad y ello permitirá que en caso de realizarse acciones penalmente típicas por parte de los funcionarios, no constituyan delito, siempre que se encuentren dentro del perímetro legal delineado. Página | 19

Doctrina

Respecto de este tema por el cual muchas veces se genera una confusión al momento de establecer cuál es la causa de justificación que debe aplicarse al accionar policial, dentro de la Doctrina existen distintas posiciones que oscilan dentro de dos variantes, orientadas esencialmente a la posibilidad de aplicación de la legítima defensa por un lado y la inaplicabilidad de esta por el otro, dando lugar únicamente al cumplimiento del deber como causa de justificación.

Entre las posiciones a favor del Cumplimiento del deber, encontramos:

Eduardo Duarte Nosei (2005, pág. 23) indica que el funcionario policial “tiene el deber jurídico de poner en riesgo bienes jurídicos y es precisamente dentro del eximente el ejercicio legítimo del cargo, donde deben discutirse los requisitos de proporcionalidad de los bienes jurídicos en juego...”. asegura que las situaciones en las que el policía debe intervenir se encuentran amparadas dentro del cumplimiento del deber, que estará condicionada a determinadas condiciones a cumplir, como ser el principio de legalidad, mediante el cual el actuar debe restringirse a lo ordenado por la ley y los reglamentos; el principio de necesidad, en la utilización de los medios razonables y adecuados para cumplir con la función; principio de oportunidad, referido a la elección de los medios adecuados para cada situación y principio de proporcionalidad, evitando así excesos. Pero, asimismo señala como excepción que ante una situación que esté en riesgo su vida o integridad física o la de terceros, si no fuera de aplicación el cumplimiento del deber sería adecuado aplicar la legítima defensa.

Núñez (2009, pág. 174), señala que cuando se habla del cumplimiento de un deber, en realidad se trata del ejercicio legítimo de un cargo; causa de justificación que se ajusta al “*ejercicio propio del poder...correspondiente a un cargo público...el ejercicio del cargo debe ser legítimo*”, debe ser legítimo el título en virtud del cual el autor se desempeña y la actividad desarrollada en el caso concreto.

Langón Cuñarro (2003, pág. 39), dice que el policía cumple con el deber que se le ha impuesto en cuando cumple la ley y que para el caso que deba realizar acciones típicas, no cometerá delito, siempre que su accionar sea legítimo, y se encuentre dentro de los límites que legitiman su actividad. Para este autor la comisión de conductas penalmente típicas por parte de los funcionarios policiales, en el legítimo ejercicio de sus funciones, no solo se encuentra permitida por la ley, sino que además son de ejecución obligatoria. Por ello, dicha actuación encontrará su causa de justificación en el cumplimiento de un deber genéricamente y en el ejercicio de un cargo en particular, con mayores limitaciones reglamentarias que la legítima defensa, la cual es aplicable a cualquier ciudadano, cuyas exigencias son de resultarían de menor valor que las exigidas para el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios. En lo que refiere al uso de la fuerza y de armas, Cuñarro comparte la posición de Nosei, quien sostiene que los policías poseen el derecho y la obligación de portar armas para cumplir con su cometido, pero su utilización se encontrará restringida a aquellas situaciones donde corra peligro inminente su vida o la de terceros.

Posiciones a favor de la procedencia de la Legítima defensa:

Zaffaroni, considera que la actuación de los funcionarios policiales, en lo que concierne a la justificación, no debe ser evaluada como eximente del cumplimiento del deber, lo que considera una causa de atipicidad y no de antijuridicidad. Explica que la justificación de dicho accionar policial debe ceñirse a la Legítima defensa, pero con mayores requisitos que para el ciudadano común debido a su profesionalidad, lo que supone que dispone de más conocimientos y entrenamiento para actuar ante la necesidad de defensa. Para que un particular se encuentre amparado por la legítima defensa, sólo bastará que en el requisito de la necesidad racional del medio empleado no se realice una acción irracional, mientras que el policía se encontrará más restringido en su actuación, debiendo ajustarse a una respuesta proporcional a la agresión, utilizando la fuerza mínima e indispensable para hacer cesar la acción delictiva. (2002, pags.219/220)

Duarte Nosei (2005, pág. 27), manifiesta que aunque la actuación policial está amparada por la eximente del ejercicio de un cargo, posee una excepción *“...cuando...se encontrare ante el peligro apremiante, imperioso, para su integridad física o con riesgo de vida y también la de terceros y si su actuación no fuere alcanzada por la eximente del cumplimiento de la ley...estaría ceñida a los extremos de la legítima defensa...”*

El policía cumple con un accionar que esta reglado e instrucciones precisas, lo que se diferencia con la legítima defensa de un particular que ante un ataque repentino no tiene la posibilidad de oportunidad de calcular la proporcionalidad del medio empleado.

Manifiesta al respecto **Zaffaroni**, que el personal policial *“dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia”*. (2005, pág. 616)

CONCLUSIÓN

Hemos presentado en nuestro trabajo, mediante datos normativos, al instituto de la LEGITIMA DEFENSA previsto en el Derecho Penal Argentino, con el propósito de generar más conocimiento sobre este permiso legal que tiene como finalidad la eximición de responsabilidad penal a quien ejecuta un acto ilícito para proteger su vida o sus derechos. Página | 22

En los últimos tiempos escuchamos muchas veces mencionar esta causal de justificación en hechos de trascendencia pública que versan sobre cuestiones de inseguridad en los que las personas se defienden de una agresión ilegítima, observándose que existen al respecto distintas interpretaciones y esto lleva a fuertes cuestionamientos de índole social por parte de los particulares para con los magistrados al pronunciarse y resolver en estos casos. Esto se debe a los vacíos que posee la norma al respecto y la poca claridad para definir esta eximente, lo que queda al descubierto cuando vemos las miradas dispares que tienen sobre el instituto y sus requisitos los distintos doctrinarios que hemos mencionado en la exposición de nuestro trabajo.

Quitarle la vida a una persona es siempre una acción no deseada, por ello causa un impacto imposible de considerar. No es que exista un permiso para matar. Tenemos que analizarlo desde la perspectiva de que resulta ser una defensa que se le brinda al ciudadano para resguardo de sus derechos cuando son puestos en peligro. El artículo 34 del Código Penal, otorga un amparo, y es solo en ese marco de la Ley, en que se está habilitado para defenderse.

La legítima defensa es una posibilidad que se le brinda al ciudadano cuando el Estado no puede acudir en resguardo de sus derechos, cuando estos son puestos en peligro. Pero resulta importante que la sociedad no considere que el ámbito de la legítima defensa está ampliado, porque es peligroso que la norma pueda interpretarse de manera que se pueda evadir del límite estricto que marca la Ley.

Es necesaria la comprensión del instituto para que el individuo que haya obrado en Legítima defensa pueda ver justificado su accionar al defenderse. Esto conlleva en base a lo que hemos ido viendo a lo largo del trabajo, que nuestro código de fondo requiere una reforma que permita dar respuestas más completas a nuestra sociedad actual.

BIBLIOGRAFIA

- ❖ BACIGALUPO, E. (1971). *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, en “Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Relatos”. Buenos aires: Universidad de Belgrano.
- ❖ BACIGALUPO, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- ❖ BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho penal. Parte general (2a ed.)*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ❖ CARRARA, F. (2000). *Programa de derecho criminal. Parte general*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- ❖ DONNA, E.A. (2000). *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal, Culzoni.
- ❖ DONNA, E (1995) *Teoría del delito y de la pena*, T. II, Buenos Aires.
- ❖ DUARTE NOSEI, E. (2005). *Funcionario policial, su amparo en la legítima defensa y cumplimiento del deber*. Versión electrónica, Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo (Nro.7), 23 – 30. Recuperado de revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/414.
- ❖ FRANK, J. (1993). *Legítima defensa con armas de fuego*, Volumen II. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ❖ FRANK, J. (2000). *Legítima defensa con armas de fuego*, Volumen III. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ❖ JESCHECK, H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Bosh. •
- ❖ FONTAN BALESTRA, C. (1998) *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ❖ FONTAN BALESTRA, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ❖ JESCHECK Hans-Heinrich, “*Tratado de Derecho Penal, Parte General*”, p. 302.
- ❖ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada. 80
- ❖ LANGON CUÑARRO, M (2003). *Cumplimiento de la Ley como causa de justificación – El uso de la fuerza y de las armas por parte de funcionarios policiales*. Versión electrónica. Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo. (Año II, N° 3). Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy>
- ❖ LUZÓN PEÑA, D. (2002). *Aspectos esenciales de la legítima defensa (2a ed.)*. Buenos Aires: B de f.
- ❖ MIR PUIG, S. (1976). *Derecho Penal. Parte general (5a ed.)*. Barcelona: Reppertor.
- ❖ MIR PUIG, S. (2004). *Derecho penal. Parte general (7ª ed.)*. Montevideo. Buenos Aires: B de f.
- ❖ NINO, C. S. (2005). *La legítima defensa*. Buenos Aires: Astrea.
- ❖ NUÑEZ, R. C. (1987). *Tratado de Derecho Penal (Tomo I)*. Córdoba: Marcos Lerner.

- ❖ NUÑEZ, R. C. (1988). *Las disposiciones generales del Código Penal*. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.
- ❖ NUÑEZ, R. C. (1999). *Manual de derecho penal*. Parte general (4a ed.). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.
- ❖ NUÑEZ, R. (2009). *Manual de Derecho Penal Parte General – (quinta edición)*. Córdoba: Lerner editora SRL. Página | 24
- ❖ PALERMO, O. (2007). *La legítima defensa*. Una revisión normativista. Buenos Aires: Hammurabi. •
- ❖ ROXIN C. (1997). “*Derecho Penal, Parte General*”, p. 608.
- ❖ SOLER, S. (1999). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA. ROXIN, C. (1997). *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas.
- ❖ SOLER, S. (1951). *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La ley
- ❖ SOLER, S. (1970). *Derecho penal argentino (5a ed.)*. Buenos Aires: Tea.
- ❖ Soler, S. (1989) *Derecho penal argentino*. Buenos Aires. TEA.
- ❖ ZAFFARONI, R. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. Parte III. Buenos Aires: Ediar.
- ❖ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR (2002). *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar. Jurisprudencia • C. Apel. Penal C.N.Crim. y Corr., Sala 6 “Chocobar, Luis Oscar Procesamiento y embargo Juzgado de Menores nro. 1” (2018).
- ❖ ZAFFARONI. E.R. (1973). *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar. 81