



**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Sede Regional Rosario**

**Carrera de Abogacía**

**“El exceso en la Legítima Defensa”**

**2013**

**Tutor: Dr. Adrián Spelta**

**Alumna: María Florencia Caropreso**

**Título al que aspira: Abogada**

**Fecha de presentación: Febrero de 2013**

## **Dedicatorias y agradecimientos.**

A mis padres Ana María Gioiosa y Hugo Caropreso por el apoyo y amor incondicional; son mis guías.

A mi hermana María Victoria por no abandonarme nunca y enseñarme a seguir.

A mi novio Carlos Ortigoza, por darme la luz en un camino que parecía oscuro, por llevarme siempre de la mano a la meta. Sin ellos nada hubiese sido posible.

A Dios y a mi San Expedito.

A mis abuelos que desde el cielo me iluminan y me dieron siempre fuerza y protección, estando siempre a mi lado, y seguramente orgullosos de verme hoy aquí.

A mis hermanos del corazón Leandro Salinardi y María Virgina Rodriguez.

A Eduardo, por su inmensa ayuda.

## **RESUMEN**

La investigación se realizará a partir de la existencia de la preocupación de miles de personas decentes y honestas ante la decisión de defender la propia vida, la de sus familiares y sus semejantes,

En este trabajo se analizarán las distintas situaciones y aspectos jurídicos, como así también los atenuantes de quienes tienen que probar una legítima defensa.

La decisión de defender la propia vida debe ser meditada con anterioridad a su puesta en práctica, y ello implica la responsabilidad de conocer todo lo que prescribe la ley al respecto, de manera tal de poder obrar conforme lo que ella dispone.

A lo largo del trabajo, se desarrollará el tema de la legítima defensa y por otro lado, la justicia por propia mano; temas que han dividido a la sociedad y a la doctrina. Se recorrerá el tema desde sus antecedentes históricos hasta nuestros días, para poder determinar el exceso en la legítima defensa y, según mi punto de vista, llegar a una Reforma del Código Penal.

## **ESTADO DE LA CUESTIÓN**

No se descarta la aplicación del instituto de la legítima defensa en la circunstancia de que el imputado tuviera conocimiento de que podría llegar a ser víctima de un delito, puesto que no implica que no puedo experimentar un profundo temor al confirmar que lo estaba siendo.

La legítima defensa presupone tanto la protección de los derechos individuales como del orden jurídico.

La legítima defensa tiene comienzo en la India en las leyes de Manu, que facultaban al “padre de familia” para ejercerla, rigiendo en aquella época la venganza

vindicta privada, la que permitía ejercer la justicia por mano propia. Regía entonces, la ley del padre.

Más tarde, en Egipto, la defensa del atacado estaba impuesta por las mismas leyes, que castigaban, incluso con la muerte, a quienes pudiendo no auxiliaban a un hombre que fue agredido.

En el Derecho Romano, de quienes hemos adquirido los mayores regulaciones y modelos de leyes por ser los visionarios del derecho, construyeron un concepto más avanzado de legítima defensa, comprendiendo como tal no sólo la defensa personal, sino la protección de los bienes y el pudor, cuando aquello implicaba peligro para las personas atacadas. Se consideraba como lícita también la defensa del honor sexual.

A lo largo de nuestra historia, y más aún a fines del siglo XIX, a pesar de la mayor demanda de control social, por el fenómeno inmigratorio, del que resultó una demanda mucho mayor de resolución de casos en nuestros tribunales, los jueces continuaron fallando de acuerdo a este eximente, basando la legítima defensa en las debilidades, temores, y ofuscamientos de la persona agredida, por ello siguió siendo significativo.

El primer proyecto de Código Penal en Argentina fue encargado por el Poder Ejecutivo a Carlos Tejedor, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, quien presentó la parte general del código en 1865. Basó su trabajo en doctrinas y leyes de países como España, Alemania y Francia, y estableció la división de las infracciones según el sistema del código francés, es decir, en crímenes, delitos y contravenciones.

Dentro del tema de la legítima defensa y el exceso, existen muchas corrientes de pensamiento, muchas discusiones doctrinas que a lo largo del trabajo expondré, pero la opinión de Eugenio Zaffaroni fue un vector importante para que encamine cada capítulo y logre mis conclusiones, ya que el mismo sostenía que la disminución de pena que opera en el supuesto del artículo 35, respecto del exceso en la legítima defensa, no obedece a error ni a emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la reprochabilidad o culpabilidad de la conducta. No hay culpabilidad disminuida en tal supuesto, sino que se trata de disminución de la antijuridicidad: es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica.

## **MARCO TEÓRICO**

A pesar de que existe una normativa concreta y definida al respecto en el Código Penal en sus artículos 34 y 35, el ejercicio de la legítima defensa suele generar peligros y traer consecuencias que no son las deseadas en un Estado democrático, fundamentalmente cuando en ella se involucran armas de fuego.

Los juristas nacionales destacan la urgente necesidad de revalorizar los límites éticos y morales que deben tenerse en cuenta ante una acción violenta por parte de un ciudadano a la hora de defenderse, de manera que se consideren también los derechos del agresor en su calidad de persona humana.

Justificado por la inseguridad provocada por la delincuencia se adquiere un arma, pero el arma misma representa un factor de amenaza de violencia para otros. Puede suceder que una persona armada puede defenderse de sufrir una agresión de un delincuente. Pero también, puede usar su arma para agredir a otros, argumentando su propia defensa, aunque solo esté en juego su honor, su imagen, y no su propia vida.

Actualmente, los delincuentes no se conforman solamente con la obtención del botín, sino que los impulsa un deseo irrefrenable de causar un mayor daño a las víctimas. Sumando además, el uso corriente de drogas y otros estimulantes por parte de los asaltantes, para darse más coraje, y con ello también liberar sus más bajos instintos y grados de perversión. Así vemos que, en la actualidad, lamentablemente existen muchos casos en que comienza siendo un robo y termina en una muerte, por el simple hecho de matar.

A su vez, por el momento social que vivimos, por la cantidad de circunstancias y hechos que nos rodean e invaden todos los días, nos obligan a transformar la necesidad de defender legítimamente la propia vida, la de nuestra familia y semejantes.

Los diferentes conceptos desarrollados a lo largo del trabajo son extraídos de diversa doctrina que se expondrá a lo largo de la investigación.

## **INTRODUCCIÓN**

El siguiente trabajo está ubicado en lo referente a la rama del Derecho Procesal Penal y Derecho Penal.

La presente investigación se refiere a los aspectos más relevantes del exceso de la legítima defensa, y de qué manera podemos aportar nuestro granito de arena para cooperar con el momento de inseguridad que hoy por hoy nos toca vivir.

Me ha motivado la necesidad de profundizar lo concerniente con dicho exceso con la responsabilidad penal y la necesidad de un cambio, la implementación de una nueva ley, para poder poner un freno a las muertes sin sentido, a las consecuencias menos esperadas.

El exceso en los medios empleados es el más típico de los ejemplos de la defensa excesiva. Esto quiere decir que la defensa queda invalidada, aunque pueda hablarse de una forma impune o excesiva con penalidad más o menos leve.

El estrés, la angustia de sufrir un ataque grave e inminente, son instancias que conspiran contra una correcta toma de decisiones.

El instinto de conservación, cuando se aleja de la realidad, de la agresión, del ataque, lleva a perder todo lo que se intentaba proteger.

Lo que intento lograr con este trabajo es que pueda visualizarse con mayor transparencia la necesidad de revertir una situación pública y notoria, las muertes por justicia por propia mano; traducido en el exceso en la legítima defensa.

El principal problema que tendré en vista es, ¿cómo delimitar los supuestos de Legítima Defensa con los supuestos de actos de justicia por mano propia y por los supuestos de “gatillo fácil”?

Como así también, buscar una respuesta en el marco jurídico penal a la siguiente pregunta: ¿Cuando el artículo 35 del C.P. se refiere a la “pena fijada para el delito por culpa o imprudencia” se estaría refiriendo estrictamente a la necesidad de que sea posible la realización imprudente del tipo penal, o bien a lograr una atenuación en el marco punitivo?

Intentaré trabajar sobre la Hipótesis de por qué se limita a la justicia por mano propia y por qué se limita a la legítima defensa; se hace con el fin de que en no todos los supuestos esté permitido defenderse y que en no todos los supuestos puedo defenderme de cualquier manera.

La relevancia del tema, la encontramos en que la doctrina penal no avanza en definir los contornos exactos y precisos de la eximente de responsabilidad penal y cuando hay exceso en la legítima defensa, de un modo que preserve la vida de las personas de la violencia, el nivel de inseguridad puede conducir a la sociedad al estado de extremo temor y por ende, llevarlos a tomar decisiones equivocadas e impulsivas.

Para marcar con precisión esos límites entre la autoridad estatal y el derecho del individuo a protegerse a sí mismo es que es necesaria una reforma del derecho de fondo.

Establecer estos límites y requisitos es fundamental en una sociedad democrática.

### **Objetivos generales**

Establecer los alcances de la legítima defensa y del exceso.

Realizar un aporte para la Reforma del Código Penal.

Determinar que en no todos los supuestos puedo defenderme a mi manera.

### **Objetivos específicos.**

Dar solución definitiva a la línea delgada que existe entre el exceso en la legítima defensa y la justicia por propia mano.

Determinar los casos donde existiría el exceso en la legítima defensa.

Resolver los problemas que presenta la regulación del exceso en nuestro ordenamiento jurídico, conforme la redacción actual del art. 35 del C.P.

## Capítulo I

### ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

**SUMARIO: 1. Introducción; nociones preliminares. 2. Antecedentes Históricos de la Legítima Defensa. 3. Historia Argentina de la Legítima Defensa. 4. El Proyecto de Reforma del Código Penal de Carlos Tejedor. 5. Nociones preliminares. 5.1. La Constitución Nacional. 5.2. El Código Civil. 5.3. El Código Procesal Penal. 5.4. El Código Penal. 6. La doctrina moderna. 7. Conclusiones.**

## **1. INTRODUCCIÓN.**

En este primer capítulo analizaré un recorrido de la legítima defensa a través del tiempo, para poder introducir al lector en las diferentes etapas, para poder luego desarrollar con esos conocimientos previos el tema principal de esta tesis.

Para poder comprender el tema principal debemos saber algunos conceptos preliminares y hacer una reseña de las principales fuentes materiales.

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.**

Si bien a través del tiempo y en todas las legislaciones se ha reconocido la existencia de la legítima defensa, no se ha legislado en igual forma en las distintas épocas y países, por eso es de importante detallar las principales etapas de su evolución.

La legítima defensa tiene comienzo en la India en las leyes de Manu, que facultaban al “padre de familia” para ejercerla, rigiendo en aquella época la venganza vindicta privada, la que permitía ejercer la justicia por mano propia. Regía entonces, la ley del padre. De las Leyes de Manu se puede transcribir los siguientes textos: “Por propia seguridad es una guerra interpuesta para defender sagrados derechos, y para proteger a una mujer o un brahman, el que mata justamente no es culpable” (1). “Un hombre debe matar, sin duda es, a cualquier que se arroje sobre él, para asesinarle, si no hay medio de evitarlo, incluso si el atacante es su jefe, o un niño o un viejo un anciano versadísimo de la Santa Escritura” (2). “Matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato, en público o en privado, de modo alguno hace culpable al homicida: es el furor en lucha con el furor” (3).

Más tarde, en Egipto, la defensa del atacado estaba impuesta por las mismas leyes, que castigaban, incluso con la muerte, a quienes pudiendo no auxiliaban a un

hombre que fue agredido. De esta forma los ciudadanos venían a constituirse en guardianes recíprocos que los unían contra los malhechores.

Es en el pueblo HEBREO donde se encuentra el antecedente de la presunción de legítima defensa contra el ladrón nocturno. Se consideraba lícito en Israel la muerte del individuo que era sorprendido de noche abriéndose paso a través de un muro o la puerta de una casa pero si el ladrón era sorprendido debía y se le daba muerte, era considerado como homicidio.

En ATENAS se amplió el concepto de legítima defensa, aplicándose a la propia, a la ajena, e incluso se protegió el pudor. Y una importante incorporación que se hiciera fue que la defensa contra el ladrón, se aplicó no solo al nocturno sino también al diurno.

En el Derecho Romano, de quienes hemos adquirido los mayores regulaciones y modelos de leyes por ser los visionarios del derecho, construyeron un concepto más avanzado de legítima defensa, comprendiendo como tal no sólo la defensa personal, sino la protección de los bienes y el pudor, cuando aquello implicaba peligro para las personas atacadas. Se consideraba como lícita también la defensa del honor sexual.

Los romanos fueron los primeros en estudiar los requisitos que necesariamente deben concurrir para considerar como tal la legítima defensa, y así establecieron:

- 1) la agresión del atacante debe ser injusta;
- 2) era necesario la existencia del peligro, no siendo preciso que este estuviera comenzado, bastaba que fuera inminente. El derecho de defensa cesa cuando desaparece el peligro al ataque, y si el que supuestamente se defiende, mata a la otra persona, su acto sería de simple venganza y no podría en tal caso ampararse en la excluyente de responsabilidad penal de legítima defensa.

El derecho Germánico no tuvo una noción clara y exacta de la legítima defensa, pero ello igualmente regulaba la exclusión de sanción penal al que mataba a quien le atacaba injustamente. Se acostumbraba en este derecho a que, la persona que dentro de su casa mataba a un intruso, lo tenía que sacar a la calle y poner sobre la herida una o tres monedas, y a veces, una cabeza de gallo. Esta costumbre, demuestra lo atrasado de tal Derecho en materia de legítima defensa, puesto de un acto justo y lícito no podían hacer ninguna responsabilidad, tal como acontece en el derecho moderno. Más tarde, el derecho germánico estableció reglas y principios limitativos para el ejercicio de tal facultad de defensa, debiendo probar quién invoca la legítima defensa personal que ha recibido alguna lesión en alguna parte del cuerpo, y luego debía aprobarse que el matador había retrocedido un cierto número de pasos antes de dar muerte a su ofensor.

En el Derecho Canónico, de acuerdo con las ideas del cristianismo, no fue favorable a la defensa privada, pues aceptaba y recomendaba el principio de ofrecer al ofensor “La Otra Mejilla”. Sin embargo, posteriormente, vio la necesidad de reconocer la defensa contra la agresión injusta y actual. La más antigua doctrina diferenciaba la necesitas inevitabilis, que autorizaba la defensa en cualquier circunstancia y la necesitas evitabilis, que no aceptaba la defensa cuando podía evitarse el ataque de cualquier modo, por ejemplo con la huída, aunque posteriormente sólo se impuso este deber de aquellos que pudieran huir sin deshonor. El número de limitaciones impuesta al ejercicio de este derecho, lo volvieron inoperante en la práctica. Asimismo, este derecho no admitió la defensa de los bienes patrimoniales, pero sí reconoció la defensa de terceros por no ser una manifestación egoísta, de acuerdo a las enseñanzas cristianas, imponiéndola como un deber.

La legislación de la Edad Media, básicamente en Italia y Alemania se desarrolló en base a elementos germánicos y canónicos. A pesar de la influencia germánica, que

apenas sí diferenció la venganza con el derecho de matar, la ciencia Medieval de Italia y Alemania, elaboró un concepto de legítima defensa que excede en cuanto a perfecciones, a los restantes institutos jurídicos penales. Fue la Constitución Italiana Carolina, monumento jurídico que después de las Partidas, mejor reguló la legítima defensa en los Artículos 139, 145 y 150, que describo a continuación.

El Artículo 139, considera la legítima defensa como justa y quién obra conforme ella de modo alguno será considerada culpable.

El siguiente artículo nos dice en qué consiste esa justificación: “Cuando un hombre agredido, perseguido o alcanzado por armas mortales y no pudiendo huir sin peligro de su cuerpo, y de su vida, de su honor, de su reputación, mata a su agresor y así salvaguarda su cuerpo y su vida con una justa defensa”.

La anterior amplitud de legítima defensa, se desvirtuó en las Leyes de Siglo XVIII, que con criterio restrictivo impusieron condiciones tales como la falta de previsión del ataque por parte del que se defiende, la ausencia de auxilio de la autoridad, la imposibilidad de la fuga, etc. Estas modificaciones en el curso de la historia tuvieron su origen en la “Tradición Cristiana”, a la “idea de que quien comete un acto delictuoso, en estado de legítima defensa, ha faltado al deber de caridad”. No sería castigado, pero será culpable. Debe solicitar al Rey, carta de gracia o de remisión.

### **3. HISTORIA ARGENTINA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.**

En las últimas décadas del siglo XIX y primera del XX, la República Argentina experimentó el mayor impacto inmigratorio que conocería en su historia. El número de habitantes se triplicó en el período comprendido entre los años 1881 a 1914.

En ese contexto de crecimiento económico y transformaciones sociales, el gobierno nacional implementó un programa de reforma integral del sistema penal.

A lo largo de nuestra historia, existió gran cantidad de imputados que no fueron condenados por la justicia; como por ejemplo, del total de casos por homicidio que la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires atendió, un porcentaje del 49% terminó sin una sentencia condenatoria, ya que, en su mayoría fueron absoluciones. La mayoría de los acusados eran confesos de su participación en la comisión del delito aunque negaban voluntad criminal o buscaban mitigar mediante excusas el rigor de la pena.

La mayoría de los casos que terminaron en absolución se encuadraron en la eximente de responsabilidad de la legítima defensa. El código penal, antes y después de 1886, exigía para el reconocimiento de la legítima defensa una agresión injusta, haciendo referencia a violencias ilícitas y ataques criminales, actuales o inminentes, y a la necesidad racional del medio empleado. Era entonces facultad de los Jueces decidir, según las circunstancias de cada caso, si la trasgresión de los límites de la legítima defensa había tenido lugar solamente por imprudencia o si había sido el resultado de una intención criminal.

Se admitía que "el miedo nos hace obrar a veces, de distinto modo del que quisiéramos, el miedo nos fuerza, y por tanto el miedo nos justifica"(4) . De ahí que la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires ordenara en sus fallos a la instancia inferior acerca de la necesidad de estudiar en su análisis las circunstancias del lugar, el tiempo, el aislamiento, la posición, la fuerza física, el carácter mismo de la persona atacada, quien sorprendida en la agresión no podía conservar siempre la sangre fría necesaria para observar la medida exacta de la defensa.

En la mayoría de los casos por homicidio, ante la falta de plenas pruebas, la verosimilitud de la legítima defensa se desprendía del contexto en el que estos hechos se producían, como por ejemplo un hecho ocurrido en un acto de campo donde el consumo de bebidas alcohólicas era gratis y en el que todos los campesinos llevan sus cuchillos en el bolsillo. Por considerarse un ataque por un hombre armado los jueces no exigían la huida; y lo reconocían en algunas sentencias que ello no era un acto de honor y podía ser castigado por las costumbres de la vida.

Los jueces, ante la incertidumbre sobre la voluntad criminal y la falta de pruebas, se inclinaron por abstenerse de imputar alguna responsabilidad, por considerar la muerte el resultado de la fatalidad.

A fines del siglo XIX, a pesar de la mayor demanda de control social, continuaron fallando de acuerdo a este eximente, basando la legítima defensa en las debilidades, temores, y ofuscamientos de la persona agredida, por ello siguió siendo significativo

#### **4. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE CARLOS TEJEDOR.**

El primer proyecto de Código Penal en Argentina fue encargado por el Poder Ejecutivo a Carlos Tejedor, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, quien presentó la parte general del código en 1865. Basó su trabajo en doctrinas y leyes de países como España, Alemania y Francia, y estableció la división de las infracciones según el sistema del código francés, es decir, en crímenes, delitos y contravenciones.

Este proyecto no fue aprobado por el Congreso, pero algunas provincias como Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe lo adoptaron como propio años después, ante la carencia de un código a nivel nacional. En 1868, el presidente Domingo Faustino Sarmiento firmó un decreto por el cual se creó una comisión destinada a revisar el proyecto de Tejedor. En 1881 presentaron un nuevo proyecto de Código Penal, en el cual se abandonaba la división de delitos en públicos y privados, como señalaba el código de Tejedor; y suprimió la división de las infracciones, las cuales se agruparon en el genérico de delitos.

Este proyecto corrió la misma suerte que el anterior ya que no fue aprobado por el Congreso, pero sí adoptado como propio por la provincia de Córdoba. El Congreso sancionó el primer Código Penal Argentino en 1886 sobre la base del proyecto de Carlos Tejedor. El Código entró en vigencia en 1887 y remarcaba la división de las infracciones en delitos y faltas e incluía a la pena de muerte como castigo, aunque con ciertas restricciones.

El sistema de penas que establecía el Código en su art. 90 distinguía:

- a) Penas corporales: Muerte, presidio, destierro, confinación y arresto.
- b) Penas privativas del honor y humillantes: inhabilitación, destitución, suspensión, retractación.
- c) Penas pecuniarias: Multa, caución, comisión, etc.

Sostenía TEJEDOR que quien es atacado, debido a la agresión, no puede conservar siempre la sangre fría necesaria para observar la medida exacta de la defensa, y ésa es 1ª causa de que no se aplique pena(6).

En el Proyecto TEJEDOR, que sería luego los arts. 152 y 153 del Cód. Penal de Buenos Aires, afirmaba expresamente: "Cuando se ultrapasen los límites de la legítima defensa, si resulta de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase de ataque, etc., que el individuo atacado no se excedió, sino bajo la impresión súbita de la turbación causada por un espanto irresistible, esta imprudencia excusable no podrá dar motivo a la aplicación de la pena". Lo misma consecuencia tendrá, si defendiéndose la parte atacada, emplea un medio de defensa lícito en sí mismo y proporcionado a la agresión, aunque resulte en perjuicio del agresor un daño que no era necesario para contener el ataque, y más grande que el que tuvo voluntad de inferir la persona forzada a defenderse". Será tarea de los tribunales decidir, según las circunstancias de cada caso si la trasgresión de los límites de la legítima defensa ha tenido lugar solamente por imprudencia, o ha sido el resultado de una intención criminal.

Tejedor se preguntaba, luego de plantear los artículos del párrafo anterior, cuál será la pena del que se excede en la defensa. Parece que en derecho riguroso debía sufrir la señalada contra el hecho que funda el exceso. Pero esta interpretación sería demasiado severa. Es preciso tomar en cuenta el terror del agente, la turbación y la precipitación con que ha obrado. Él ha cometido una imprudencia, pero no un delito. La pena, pues, no debe ser la del delito, sino la de la falta; no corporal, sino pecuniaria, por *excessu*"(7).

Cuando Zaffaroni se refiere al Proyecto de Tejedor dice que estos artículos responden a los 130 y 133 del Código de Baviera en el que preveía los "casos de límites sobrepasados", y para estos casos, en los supuestos que mediaba miedo, consideraba que había una imprudencia inculpable (art 130) y para el caso de que el exceso fuere punible, establecía que era el tribunal el que debía determinar si había dolo o culpa (art 132). Por último, en aquellos en que la acción continuaba después de terminada la

agresión, consideraba que había un delito doloso, pues se trataba de una venganza, salvo que por otra causa la acción fuese inculpable. (art133).

## **5. NOCIONES PRELIMINARES**

### **5.1. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Nuestra Constitución Nacional, de manera similar a la Norteamericana, dispone a partir de su sanción en 1853, en la primera parte de su artículo 21, que “todo ciudadano argentino esta obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo Nacional”(8). De lo que se deduce que, la defensa del país, como de su constitución, implica también la de su persona, su familia y sus semejantes, como así también de sus bienes.

### **5.2 EL CÓDIGO CIVIL.**

Cuando la Constitución Nacional se refiere a las leyes que dicte el Congreso de la Nación, está haciendo alusión a los Códigos, como por ejemplo al Código Civil.

El Código Civil se refiere en su artículo 2470, a la denominada, ACCION PERSONAL, que claramente define el primer paso de la legítima defensa, al establecer que el hecho de poseer algo da el derecho de protegerlo hasta con la fuerza propia para el hecho de desposesión o tentativa, de forma más suficiente, en el caso de que el auxilio de la fuerza pública no llegare a tiempo.

Lo que dice Vélez es que el que sea desposeído de alguna cosa, puede recobrarla por su propia autoridad y sin intervalo de tiempo, con tal de que no exceda los límites de la propia defensa.

En sus notas, Vélez, también dice que, el respeto debido a la persona refleja indirectamente sobre el hecho, ya que ella debe ser garantida contra toda la violencia, porque cuando se ataca la posesión que tiene, algo ha cambiado en su perjuicio y el agravio que le es causado por la violencia, no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento o la protección de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado.

### **5.3. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

El Código Procesal Penal de la Nación que rigió desde 1889, fue reemplazado por el nuevo Código promulgado y sancionado en 1991, y que entró en vigencia en el mes de septiembre de 1992.

El Código anterior, ley 2372, en su artículo 3 se refiere a la detención in-fraganti, delito que puede realizar cualquier persona.

El Código Procesal Penal de la Nación de 1889, autoriza la detención al solo objeto de presentar al delincuente detenido ante la autoridad pública más inmediata, jurando que lo ha visto cometer el delito, de lo que se infiere cuando la víctima es uno mismo.

En el artículo 5, el Código, dice que se considerará in-fraganti sólo al respecto del que haya presenciado o sufrido la perpetración del ilícito.

Entonces, podemos decir que, la legítima defensa en las disposiciones anteriores, encuentra su límite en el momento exclusivo de los acontecimientos. Aún así, más allá de ese límite habrá que solicitar los auxilios de la fuerza pública.

En el Código Nuevo, ley 23.984, en su artículo 285, el tema se contempla con mayor amplitud y con una concepción procesal criminal más moderna. Este nuevo código, incluye el sistema acusatorio criminal y juicio oral, y establece que la Flagrancia se configura en los siguientes casos:

- 1) cuando el delincuente es sorprendido infraganti, o sea en el momento de cometer el hecho;
- 2) o inmediatamente después de cometerlo;
- 3) o mientras es perseguido por la fuerza pública;
- 4) o por el ofendido;
- 5) o por el clamor público;
- 6) o mientras tiene objetos que se presuponen los obtuvo ilegítimamente;
- 7) o presenta rastros que hacen presumir con vehemencia, que ha participado recientemente de un delito.

En este Nuevo Código se amplían considerablemente los límites de la legítima defensa, y las personas particulares podrán ir más allá de lo previsto actualmente para la detención del delincuente hasta entregarlo a las fuerzas de seguridad, conforme lo dispuesto en el artículo 287 de la nueva legislación.

#### **5.4. EL CÓDIGO PENAL.**

El Código Penal está vigente desde el año 1921, y receipta el espíritu del legislador, la reserva que el Estado ha dejado a los particulares en cuanto a la legítima defensa, cuya normativa enuncia los requisitos de la misma, como demás aspectos y situaciones jurídicas que se puedan presentar al respecto.

Todo ello esta prescripto en el artículo 34 de dicho Código, que se ocupa del caso de los “no punibles”, o sea de los “inimputables”. Más específicamente, en el artículo 6 se refiere a la defensa propia.

## **6. LA DOCTRINA MODERNA**

La doctrina moderna considera a la legítima defensa como una causa de justificación, no punible, ya que no se trata de una conducta ilícita, plasmado en el artículo 34 incisos 6 y 7.

Se parte de la base de que, el delito se considera la negación de la ley, por lo que la defensa de la misma siempre es justo, y es justo si es necesario respaldar legalmente la vida, sacrificando un derecho ajeno, que pretende su negación arbitraria.

## **7. CONCLUSIONES**

A través de los tiempos, las posibilidades de defensa de los particulares se fue ampliando, tanto sus derechos como su ámbito de actuación.

Lo que en tiempos pasados era solo derecho del pater familia, hoy cualquier ciudadano puede ejercer su derecho de defensa legítimamente.

Actualmente, los límites están dados en la Constitución Nacional y en los Códigos de fondo, mientras que en tiempos pasados, los límites eran impuestos por el Derecho Natural, o por normas insuficientes que quitaban el derecho de actuación de las personas por basarse en normas consuetudinarias de honor, o pudor.

## **Capítulo II**

### **LEGITIMA DEFENSA: Diferentes posturas. Naturaleza Jurídica. Clasificación. Límites.**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Posiciones Objetivistas y Subjetivistas respecto de la Legítima Defensa. 3. Legítima Defensa. 4. Naturaleza Jurídica de la Legítima defensa. 5. Bienes defendibles. 6. Análisis del artículo 34 incisos 6 y 7 del Código Penal. 6.1. Agresión Ilegítima. 6.2. La racionalidad de la legítima defensa. 6.2.1. Casos dudosos de necesidad racional. 6.3. La provocación suficiente. 7. Tipos de Legítima Defensa. 7.1. Legítima Defensa propia. 7.2. Legítima defensa Presunta o Privilegiada. 7.3. Legítima Defensa de terceros. 7.4. Legítima Defensa putativa o de buena fe. 8. El estado de necesidad. 8.1. Necesidad justificante y exculpante. 8.2. Límites a la necesidad justificante. 9. Concurrencia de causas de justificación. 10. Prueba. 11. Conclusiones.

## **1. INTRODUCCION.**

En este capítulo analizaremos de lleno el tema de la Legítima Defensa y los requisitos para su configuración.

Es necesario saber que significa cada conducta y donde están los límites de cada una, para saber si existe un exceso en esa defensa propia o si en realidad se configura lo que se llama la justicia por propia mano.

## **2. POSICIONES OBJETIVISTAS Y SUBJETIVISTAS RESPECTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.**

Su actual consideración como causa justificación o de licitud es pacífica y generalizada, lo que se debate es su FUNDAMENTO, vinculado con la idea del estado, del derecho y del poder punitivo

Para los **objetivistas** el fundamento se da en una concepción social o colectiva, conforme a la cual su legitimidad estaría dado por su primordial función defensiva del derecho **objetivo**.

Para los **subjetivistas**, en cambio, lo más importante sería el derecho *subjetivo* injustamente agredido.

Para los objetivistas, importa legitimar la defensa del orden jurídico en sí mismo, y para los subjetivistas, sería la defensa de bienes jurídicos y no del derecho en el sentido del orden objetivo. El objetivismo llega a equiparar la legítima defensa con la pena y, aun más, a erigirla en un deber jurídico: la legítima defensa sería la negación de la lesión al derecho que implica la agresión injusta y, entonces, conforme al principio de que la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa se impondría como reafirmación del derecho, operando así como sustituto de la pena, que entraría en juego

cuando el orden jurídico no puede acudir en defensa de sí mismo. Como ya lo dije previamente, se podría decir entonces que, quien se defiende cumple prácticamente una función pública. De la misma manera se llega al argumento de que la legítima defensa entonces no es un acto de necesidad sino un acto de justicia, con el que se presta un servicio a la comunidad. Carposovio sostenía que: “dejarse matar sin defenderse constituía un pecado mortal, pues implicaba abandonar el puesto dado por Dios a los hombres”.

El objetivismo, pone su acento sobre la defensa del orden jurídico entendido como derecho en sentido objetivo, restringió su ámbito, exigiendo cada vez más la equivalencia entre el mal que se causa y el que se evita, y la aproxima al estado de necesidad justificante y minimiza así la relevancia de la antijuridicidad de la agresión.

Por el contrario, la vertiente subjetivista, tiene origen contractualista, y parte de que cuando el derecho no puede acudir en defensa de los derechos naturales del individuo, cesa el deber de obediencia que éste tiene para con el estado, como el estado no puede tutelar al individuo, tampoco puede exigirle obediencia. Por lo que, por tener carácter individualista, no importará la magnitud del daño que se infiera en la defensa, que sólo estará limitada por la necesidad, que no conoce ley.

Se ha intentado a lo largo de la historia, llegar a un fundamento unificador, diciendo que el derecho no tiene porque soportar lo injusto, y de esta manera se pasaría por alto la división existente entre ambas corrientes, partiendo del reconocimiento del carácter SUBSIDIARIO de la legítima defensa; lo que significa que “la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente (9). Aún existiendo este fundamento, no se logra dirimir las diferencias entre los objetivistas y subjetivistas, porque si alguien tiene el deber de soportar lo injusto es porque tiene el derecho de rechazarlo o hacerlo cesar.

Si hablamos de la subsidiaridad de la Legítima defensa, estaríamos hablando entonces que la obligación principal estatal de repartición de servicios de justicia y seguridad; pero atendiendo a los datos de la realidad se puede decir que el derecho de legítima defensa cesa cuando el agente tiene la posibilidad concreta y eficaz de acudir al servicio estatal y de que éste la proteja realmente de manera no inferior al que él mismo podría obtener con su defensa.

### **3. LEGÍTIMA DEFENSA**

La legítima defensa es un instituto jurídico de carácter universal, que ha sido reconocido por todas las legislaciones del mundo.

El derecho a la legítima defensa es excepcional, o sea que se ejerce cuando los auxilios de la fuerza pública no pueden llegar en ayuda del agredido, a quien el Estado, que tiene el monopolio de la fuerza y la justicia, le reconoce ese derecho como propio y natural, ya que si alguna ley lo prohibiera se convertiría en un despropósito y nadie cumpliría con la misma.

En principio, lo que debemos formularnos es ¿cuándo comienza, y cuándo termina la legítima defensa?

En consecuencia, decimos concretamente que, la situación de legítima defensa comienza cuando se hace manifiesta la voluntad de agredir, o sea, cuando existe un peligro inminente. Y termina la defensa propia cuando ella puede concretarse, ya que con la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación se podrá aprehender al delincuente aun después de haber cometido el acto ilegítimo.

Es importante tener en cuenta que, como se trata de una situación excepcional, aquí se invierte la carga de la prueba, o sea que quien se defiende tiene que probar que lo ha hecho legítimamente, o sea, de acuerdo con la ley y no contra de ella.

“Quien se defiende legítimamente, no actúa antijurídicamente”(10).

#### **4. NATURALEZA JURIDICA DE LA LEGITIMA DEFENSA**

La legítima defensa es un derecho, tanto desde el punto de vista conceptual como de los requisitos que se exigen en la ley. No es posible exigir que la persona se defienda frente a la agresión ilegítima, ya que si ella quiere retirarse o huir de ello, desde el punto de vista jurídico su conducta será inobjetable.

Si bien no hay duda de que en el derecho argentino, y en todas las legislaciones (o por lo menos, las del sistema continental europeo), los códigos también lo reconocen, la discusión que se ha planteado en la doctrina gira en torno a si es un derecho natural o uno reconocido por el Estado.

No hay duda de que el Estado, luego del pacto, ha tomado el monopolio de la fuerza, pero tampoco hay duda de que su existencia sólo tiene sentido si se respetan los bienes del individuo. De ahí que ese derecho, anterior al Estado, existe sólo y en cuanto sea ejercido de acuerdo con los límites legales.

#### **5. BIENES DEFENDIBLES**

La ley argentina no trae ningún tipo de limitación en cuanto a los bienes o intereses jurídicos que pueden ser defendidos, sino que el único límite está dado por la idea de que sólo se pueden defender los bienes individuales, y esto depende de la relación entre el ataque y la defensa, que debe ser necesaria.

No hay, por ejemplo, una limitación con respecto a los bienes jurídicos, tal como está en el derecho austríaco, que limita la defensa sólo a la vida, la salud, la integridad

corporal, la libertad y el patrimonio, exceptuando el bien jurídico honor y los bienes supraindividuales.

En cuanto a la vida, la integridad corporal y la salud de la persona (física o psíquica) no hay problemas ni doctrinarios ni jurisprudenciales, en cuanto a que pueden ser defendidos, con los requisitos que establece la ley. En estos casos siempre se exige que la agresión esté vigente, de modo que si ella ya pasó, la defensa se convertiría en justicia por mano propia.

La libertad sexual también es un bien jurídico defendible.

Tampoco hay problemas en la defensa del honor, siempre que se den los requisitos de la defensa, especialmente la actualidad de la agresión ilegítima. Y éste sería el caso de la persona que evita que prosigan los insultos.

Quizás el problema más grave es la defensa en cuanto a los derechos patrimoniales. La ley argentina no ha establecido ningún tipo de límites al respecto, de modo que, desde el aspecto legal, no hay inconveniente en la defensa del patrimonio.

El problema se plantea en el caso de si es posible quitar la vida de una persona para proteger el derecho de propiedad, hay corrientes doctrinarias que opinan que nunca se puede justificar tal extremo, aunque tal posición es minoritaria.

En cuanto a los llamados bienes de la comunidad, o bienes supraindividuales, y el propio orden jurídico, existen posiciones diferentes en la doctrina.

Una posición sostiene que son tan defendibles como los particulares. Una segunda posición sostiene que los bienes generales o de la comunidad son defendibles mediante la legítima defensa, negando, en cambio que pueda ser defendido el orden jurídico. Por último, una última corriente doctrinaria sostiene que sólo son defendibles

los bienes jurídicos individuales, basado en la forma en que está redactada la ley, al permitir sólo la defensa de sí mismo y de terceros. El fundamento consiste en que la defensa de los bienes comunitarios corresponde al Estado, que es el único que puede establecer cuándo se dan los extremos de la lesión jurídica, de manera que de permitirse a los particulares ello sería altamente peligroso, ya que se trataría, por una parte, de una defensa inidónea y, por otra, dichos ataques son menores que los realizados en contra de los particulares.

Con iguales problemas se encuentra el tema de la legítima defensa del Estado. Con razón se estima que el Estado tiene sus propios medios para defender sus instituciones, de modo que el tercero no estará en condiciones de juzgar las circunstancias para apreciar la intervención del Estado.

Excepcionalmente puede darse el supuesto de legítima defensa en favor del Estado en aquellos casos en que realmente éste corra peligro, como, a título de ejemplo, un grave atentado terrorista. Distinto es el problema con respecto a los bienes jurídicos de las personas jurídicas, en cuanto es permitida, sin duda alguna, la legítima defensa.

## **6. ANÁLISIS DEL ARTICULO 34, INCISOS 6 Y 7 DEL CODIGO PENAL.**

En el Código Penal Argentino, vigente desde 1921, se ha legislado el instituto de la Legítima Defensa, en su artículo 34, incisos 6 y 7. El mismo establece que no serán punibles, quienes:

Inciso 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.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechace, 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 encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

**Inciso 7:** El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias del a) y b) del inciso anterior y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Cuando el artículo 34 se refiere inciso 6 se refiere a “agresión ilegítima”, se refiere a una conducta antijurídica o inminente, que genera un peligro de daño para un determinado bien jurídico. Ese peligro debe configurarse con el suficiente riesgo de daño para un bien jurídico de manera que se torne NECESARIA la defensa, o sea que, es la actual o inminente peligrosidad la que caracteriza a la agresión que habilita la defensa.

Los presupuestos agresión ilegítima y falta de provocación suficiente requeridos para la configuración de la legítima defensa se configuran plenamente por ejemplo cuando el victimario es asaltado y agredido con un arma de fuego por parte del agresor, que a su vez disparó primero, sin que haya existido provocación alguna por parte del primero.

El fin de la legítima defensa es la protección de los derechos individuales como así también del orden jurídico.

Cabe aclarar que, en la legítima defensa, la proporcionalidad del MEDIO no debe equipararse a similitud de “instrumento”, sino entre LA CONDUCTA LESIVA Y LA CONDUCTA DEFENSIVA, porque para que se configure la causal de justificación que constituye la legítima defensa, la agresión debe estar vigente, ya que si ha cesado, la defensa se convierte en JUSTICIA POR PROPIA MANO.

La legítima defensa presupone un estado de necesidad proveniente de la amenaza de sufrir un mal grave o inminente generado por una agresión antijurídica y no provocada que permite la defensa de los bienes jurídicos aun mediante la realización de conductas típicas, siempre que el que se defiende no haya debido optar por una conducta menos lesiva. EJEMPLO: SE DEFIENDE LEGITIMAMENTE QUIEN MATA A UN DELINCUENTE CON UN ARMA DE FUEGO, AUNQUE HAYA SIDO ATACADO CON UN ARMA BLANCA.

El supuesto de legítima defensa por rechazo de escalamiento del artículo 34 inciso 6, no se configura cuando el acto violento tiene lugar ya dentro de la morada, y no durante el escalamiento realizado por el extraño al ingresar a la misma al cual el dueño no se opone mientras se ejecuta la acción invasora.

En los casos de riña, no hay situación de legítima defensa, ya que confluyen la voluntad de agredir con la de defender.

La conducta defensiva sólo es legítima cuando se dirige contra el agresor, pero no resulta justificada cuando recae en terceros ajenos a la agresión. La única forma en que la afectación de los bienes jurídicos de un tercero quede comprendida en la justificación de legítima defensa se da cuando, además de la defensa contra el agresor, concurre un estado de necesidad justificante respecto del tercero, que autorice al autor a

causarle un daño al ejercer la defensa, según una valoración sobre la necesidad efectuada conforme a la calificación de males.

No configura legítima defensa la acción de disparar un arma a través de una ventana para repeler la agresión de un conjunto indeterminado de personas si no se afectaron los bienes jurídicos del agresor.

La existencia de provocación no siempre genera en el provocador el deber de soportar cualquier consecuencia derivada de una posterior agresión ilegítima; tal provocación debe ser suficiente, es decir, debe guardar relación con la gravedad de la reacción esperable por parte de aquel a quien se dirige la conducta provocadora. Si la reacción resulta desmesurada o innecesaria, y consecuentemente, no esperable racionalmente como posible respuesta, no puede negarse a quien repele esa agresión la posibilidad de defenderse en forma legítima.

La actitud del imputado en ir a buscar a la víctima, para “supuestamente dialogar” pero portando por ejemplo un arma de fuego, torna aplicable la causal de justificación, ya que la legítima defensa exige falta de provocación por parte del que se defiende. En ese caso, el imputado fue a buscar la reacción de la víctima con ánimo o dolo directo homicida, por ejemplo, en función de la determinación que muestra para dispararle en zonas mortales del cuerpo.

## **6.1. LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA**

Es el primer requisito establecido por la ley, “que concurriera la circunstancia de agresión ilegítima” (art. 34, inc. 6° a) del CP).

La agresión ilegítima necesita de tres condiciones para ser considerada: debe ser una conducta humana, agresiva y antijurídica.

Respecto de la conducta humana, decimos que no hay agresión ilegítima cuando no hay conducta, o sea que, no se admite legítima defensa contra lo que no sea una acción humana. Como consecuencia de esta premisa, no es admisible la legítima defensa contra animales, sino sólo bajo un estado de necesidad. Cuando sean usados como instrumentos por un ser humano, la defensa no será contra los animales sino contra el que se vale de ellos y siempre que pertenezcan a quien los emplea o los facilita para la agresión, puesto que si son libres o pertenecen a un tercero ajeno a ésta, no pueden ser jurídicamente afectados más allá del estado de necesidad justificante. Puedo afirmar, como también lo hace Zaffaroni, que esta postura no es correcta, ya que legalmente los animales tienen derecho a la vida aunque sean usados por su propietario para agredir. Hay posturas que sostienen que procede la legítima defensa contra animales, porque es diferente que sea atacado por un animal, que quien lo es por una persona, quien esta está limitada por la racionalidad de su acción, en tanto que la legitimidad de la acción del animal se remite a la ponderación de males. No resulta totalmente cierto, porque si bien el atacado por un animal está limitado por la ponderación de males, no cabe duda que la vida del ser humano siempre será más importante que la del animal. Por otra parte, para admitir la legítima defensa contra animales habría que suponer que éstos pueden violar el orden jurídico, que es la razón por la que se excluye la ponderación de males de la legítima defensa. Tampoco puede haber legítima defensa contra la amenaza proveniente de un involuntario, de quien se halla bajo el efecto de una fuerza física irresistible o de un acto meramente reflejo o automático, aquí hay solamente un estado de necesidad. También puede haber legítima defensa contra conductas de niños y de inimputables, aunque teniendo en cuenta el requisito de la racionalidad como límite a la necesidad, el ámbito del tipo permisivo es muy estrecho en estos casos (tesis objetivista de la legítima defensa, la que legitiman

como confirmación del derecho). Desde la perspectiva objetivista, es lógico que no pueda admitirse frente a quien actúa sin dolo ni culpabilidad.

La conducta debe ser agresiva, lo que señala la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión. “Agredir es acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle cualquier daño, lo que es coherente con su etimología latina (de *aggredi*, dirigirse a alguien, atacarle) y con su raíz indoeuropea (*Ghredh*, andar, marchar, claramente vinculada a la *Angriff* alemana)(11).

Debe tenerse en cuenta que la agresión ilegítima no requiere ser típica y que, por lo tanto, no cabe hablar de dolo cuando no hay tipicidad, tema que trataré más adelante, por lo cual es correcto requerir solamente una voluntad lesiva y excluir del ámbito de la agresión las conductas que sólo son imprudentes, aunque según la postura de Zaffaroni, esto es poco convincente. Según una interpretación del Código Penal, si el sujeto no se ha percatado del peligro que causa con su acción imprudente, no mediará agresión (por falta de voluntad lesiva) y, por ende, sólo cabe obrar contra él en los límites del estado de necesidad; por el contrario, si lo sabe, se le ha advertido o se ha percatado y, aún así, continúa con su conducta, ésta deviene agresiva, porque está voluntariamente dirigida a afectar otro bien jurídico, como es la tranquilidad o la libertad de la persona agredida, que son bienes jurídicos defendibles.

Lo que tampoco puede admitirse es la legítima defensa contra quien actúa como consecuencia de fuerza desencadenada por un caso fortuito, por ejemplo: a un automóvil se le quiebra la barra de dirección y asciende a la acera; un vehículo comienza a desplazarse solo por una pendiente y obliga a quien está a su paso a saltar bruscamente y golpear a otro; etc. Todos estos son casos típicos que podrán dar lugar a conductas defensivas por parte de quienes ven amenazados sus bienes jurídicos, pero en

los límites de la necesidad justificante o exculpante, según las circunstancias de cada caso.

La Omisión Impropia también suele admitirse, o sea la posibilidad de una agresión mediante omisión, aunque nada impide que pueda agredirse mediante omisión propia. Podemos citar el ejemplo del sujeto que no paga a su empleado y lo coloca con ello en una situación de miseria, lo que le lleva a apoderarse de algo de su empleador para asistir a su hijo enfermo o pagar el alimento de la familia, puesto que la acción resarcitoria llegaría cuando el daño al sujeto y a su familia fuese irreversible.

Debe considerarse que hay agresión cuando un sujeto que puede prestar auxilio no lo presta, como el que hallando un herido en el camino se niega a transportarlo en su vehículo hasta donde se lo pueda atender; la conducta del tercero o del propio herido que amenace con un arma al que se niega a la conducta debida, está justificada por legítima defensa. Puede actuar en legítima defensa quien es puesto en peligro con la omisión de auxilio o quien puede resultar víctima de la tentativa de homicidio cuya denuncia se omite. Casos todos de omisiones impropias.

Tal como dije al comienzo de este tema, a conducta agresiva debe ser, además, ilegítima, lo que es sinónimo de antijurídica, es decir toda conducta que afecta bienes jurídicos (lesiva) sin derecho.

Por tal motivo se sostiene que no puede defenderse legítimamente quien es víctima de una “tentativa inidónea”, ya que esa acción no afecta bienes jurídicos, lo cual es cierto, pero de eso no se deduce que no se **admite la legítima defensa** contra esas acciones, entonces, muchas veces cabe la legítima defensa contra lo que el derecho penal llama tentativa inidónea e incluso contra el llamado delito putativo o imaginario.

“Ello se debe a que los bienes jurídicos o derechos que deben tenerse en cuenta no son únicamente aquellos que releva el derecho penal, sino que abarcan todos los derechos reconocidos cuya afectación no se traduce en un tipo penal (el derecho de preferencia, el salarial, el de no ser molestado, etc.). Se trata de múltiples casos en que se afectan derechos, pero cuya lesividad no fue convertida en prohibición penal, dado el carácter fragmentario de esta legislación”(12).

Por eso es que existen casos de tentativas inidóneas y de delitos putativos o imaginarios en los que es posible que se hallen afectados otros derechos, como por ejemplo en los problemas entre vecinos, nadie está obligado a soportar que su vecino quiera matarlo, aunque sea con agua destilada, porque constituye una molestia que perturba su derecho a la tranquilidad, pese a que no afecta su derecho a la vida, cabe destacar que en tal caso, para hacer cesar la conducta no le será necesaria la misma acción defensiva que para el caso de la tentativa idónea, ni tampoco podría darle muerte aunque fuese necesario por no disponer de otro medio menos lesivo para cesar la agresión, pues no sería racional por existir en una desproporción aberrante entre el mal amenazado y el causado.

Entonces, como la acción agresiva debe ser antijurídica, resulta inadmisibles la legítima defensa contra cualquier conducta que sea conforme al deber jurídico o que tenga lugar dentro del ámbito de la juridicidad. Por ello no cabe la legítima defensa contra el que actúa en legítima defensa ni contra el que actúa en estado de necesidad justificante, ni frente a quien ejerce un derecho o cumple un deber.

En cambio, si debe admitirse la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica, puesto que la ilicitud puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.

Cabe destacar, como sostiene la mayoría de la doctrina que la agresión ilegítima no es sinónimo exacto de agresión antijurídica sino que la ilegitimidad de la agresión debe ser valorada, desde el punto de vista del sujeto pasivo, como un derecho a mantener un estado de equilibrio, como fundamento, se da el ejemplo de que quien es atacado por un oso estaría más limitado en su accionar que el atacado por un hombre. También se argumenta que no puede tolerarse la conducta lesiva de alguien, aunque no lesione ningún deber de cuidado, como sucedería con una madre que empuja de su bicicleta a quien está a punto de arrollar a uno de sus hijos, pues transita el lugar habiendo sido informado por el cuidador del parque de que en él no se encontraba persona alguna (13). No se puede seguir esa subjetivización pasiva de la defensa, que lleva a considerar agresión a lo que no es conducta (conducir la bicicleta) o a lo que siendo conducta, no es contraria al derecho (conducir la bicicleta habiendo sido informado de que en el parque no se encontraba ninguna persona). Es más razonable que quien se defiende de una acción atípica por error se vea más limitado que quien se defiende de una acción antijurídica intencional. También parece correcto considerar que la madre que para salvar la integridad física de su hijo lesiona la de otro, actúa en necesidad justificante o exculpante, pero no en legítima defensa cuando no media acción antijurídica del lesionado. Esto es debido a que, justamente, lo que caracteriza la legítima defensa y la dota de amplitud excluyente del límite de la proporcionalidad, es que media una acción antijurídica voluntariamente lesiva. Entonces cuando el estado de equilibrio se vea afectado porque lo lesionan acciones que no son antijurídicas, la posibilidad defensiva del titular es más restringida que la del agredido antijurídicamente.

Si se sostiene lo expuesto anteriormente, será razonable afirmar que tampoco existe posibilidad alguna de legítima defensa contra actos legítimos de las autoridades, por más que fuesen materialmente injustos (como es el caso frecuente de la prisión

preventiva en un proceso en que el sujeto termina absuelto o sobreseído), pero sí respecto de actos ilegítimos de la autoridad pública (detención no fundada en la sospecha razonable sino en la mera arbitrariedad), aunque con la aclaración de que el error del autor inmediato (el policía que cumple un allanamiento ilegal ordenado por un juez que desea apoderarse de los bienes de la víctima) sólo habilita a su respecto el estado de necesidad y no la legítima defensa, y sólo puede hacerlo frente al dador de la orden. Es obvio que cabe la legítima defensa contra el funcionario que ejecuta la orden en caso de manifiesta ilegalidad, como sería el cumplimiento de un mandato verbal del juez que ordene coaccionar a un testigo o un imputado, o el del superior que ordena un tormento; en estos casos el ejecutor no cumple ningún deber jurídico.

La antijuridicidad de la conducta del funcionario se determina desde el punto de vista del afectado, lo que fue criticado. El funcionario lo es de la Constitución o de la ley, y siempre que actúe en el marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, que incluyen la obligación de no obedecer órdenes manifiestamente ilegales, su conducta no debe ser considerada antijurídica, no pudiendo constituir una agresión ilegítima. Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares se encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de los derechos que el orden jurídico establece y que emergen de las leyes que reglamentan su ejercicio. Entonces, si un policía detiene a un sospechoso cuando hay motivos razonables, su conducta no será antijurídica, pero sí lo sería en si no existieran esos motivos, como en el caso de la detención arbitraria. En cambio, el error judicial, precisamente por ser un error, no puede ser considerado agresión, dada la falta de voluntad dirigida a lesionar el bien jurídico. Por supuesto que la víctima de tal acción puede defenderse legítimamente de quien induce a error al juez, pero contra éste y contra los agentes de seguridad sólo cabe el estado de necesidad.

## **6.2. LA RACIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

Es el segundo requisito establecido por la ley, “necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla” (art. 34, inc. 6º b) del CP).

Dentro de los límites temporales, la acción defensiva puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Si bien la agresión no necesariamente es típica, cuando lo sea no deben identificarse estos momentos con la tentativa y la consumación, porque puede haber legítima defensa contra actos preparatorios y sin que haya acto de tentativa, como también puede haberla después de la consumación. Un ejemplo claro donde puede afirmarse que defiende legítimamente su patrimonio, es el del propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes, si lo halla casualmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo, circunstancia que es reconocida generalmente como justificada. Ello obedece a que la legítima defensa no persigue evitar delitos sino proteger derechos y bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando a pesar de haber afectado ya bienes jurídicos, una acción contraria puede aun neutralizar en todo o en parte los efectos de la conducta lesiva.

En el estado de necesidad justificante el medio lesivo se emplea por evitar un mal mayor (art. 34, inciso 3 CP), en tanto que en la legítima defensa su empleo tiene lugar para evitar las consecuencias lesivas de una conducta antijurídica. No se trata de considerar que en la defensa legítima media una tolerancia de la iniciativa individual o colectiva frente a las agresiones ilegítimas, porque ningún estado de derecho tolera el derecho y porque en realidad lo que existe es ineficacia del propio estado y no la acción del ser humano que impide o interrumpe la agresión.

La cuestión planteada en este trabajo respecto de la legítima defensa no es, un estado de tolerancia, sino de racionalidad respecto de los límites de este derecho de defensa, tal como deben plantearse en todos los ejercicios de todos los derechos. Cuando se dice que el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad jurídica, no se está planteando una cuestión de límite de tolerancia sino de racionalidad. Cuando la acción defensiva causa una lesión de gran importancia, cesa la legitimidad de la acción defensiva por su falta de racionalidad.

La racionalidad es una característica del derecho de nuestra república en su artículo 1º de la CN, y en la legítima defensa sólo se trata de averiguar cómo se manifiesta limitativamente en particular en este ejercicio de un derecho.

En las situaciones concretas en que deba resolverse si la antijuridicidad de la agresión justifica la desproporción con la lesión, la racionalidad es el principio correctivo que debe proporcionar la respuesta, que siempre es equívoca cuando se la denomina tolerancia o se la desvía erróneamente hacia la ponderación de males del estado de necesidad.

“Si se entiende la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales, cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados”(14).

La diferencia con el estado de necesidad es notoria, ya que mientras que en estado de necesidad el orden jurídico acepta la producción del mal menor y, por eso el límite de la justificación termina en el impedimento del mal mayor, en la legítima defensa se trata de evitar el resultado de la conducta antijurídica. Por lo tanto, la

legítima defensa no tiene los límites que provienen de la ponderación de males del estado de necesidad sino lo que le impone la racionalidad, como cuando se plantea la cuestión de la admisibilidad de la muerte en defensa de bienes patrimoniales, la solución no surge de una ponderación de males entendidos como bienes jurídicos en abstracto (ni de derechos subjetivos en igual forma).

En concordancia con lo expuesto por Zaffaroni, hay conceptos penales tan peligrosos como el objetivismo valorativo que se da en el ámbito de la legítima defensa: casos de los genocidios y otros crímenes que se han cometido bajo su pretexto, las leyes de los estados totalitarios siempre son de defensa, casos de que se asesinó masivamente en defensa de la pretendida pureza de una supuesta raza, o cuando se esclavizó en pretendida defensa de la vida y de la civilización, se torturó para defender a la nación, etcétera. Estos ejemplos bastan y sobran para probar que en el ámbito de la legítima defensa el límite no puede estar señalado por una simple ponderación de males en abstracto, sino que en este terreno la defensa deja de ser legítima cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto que, por su “inusitada y escandalosa” (15) desproporción respecto de la agresión, provoque más inseguridad jurídica que la agresión misma.

Un ejemplo claro de esas diferencias es el del empleo de una escopeta por parte de un parálítico que tiene sólo esta arma al alcance de su mano, no disponiendo de ningún otro recurso para impedir que un niño se apodere de una manzana, será antijurídico, pero no porque el bien jurídico vida sea de superior jerarquía que el bien jurídico propiedad, sino porque el orden jurídico no puede considerar conforme al derecho que para evitar una lesión de tan pequeño magnitud se acuda a un medio que, aunque necesario por ser el único disponible, sea tan lesivo como un disparo mortal de arma de fuego. La acción de disparar, en este caso y casos análogos, es necesaria,

porque no existe otra menos lesiva para evitar el resultado, pero no cumple el requisito de racionalidad.

En el caso de otros países, como Alemania este requisito no tiene carácter legal expreso, por lo que los casos de irracionalidad han sido considerados supuestos de abuso del derecho de defensa, del mismo modo que cuando el agredido dispone de otro medio para evitar la agresión, aunque su empleo implique una insignificante lesión a sus derechos, como puede ocurrir en el supuesto de agresión por parte de un enfermo mental o de un niño y el agente tuviere la posibilidad de huir o de retirarse. Asimismo, en otros casos, se establece que la mera posibilidad de huida no excluye la legitimidad de la defensa.

Respecto a este tema, se observa diferente la solución frente a la mera posibilidad de huida, según sea el fundamento político que se otorgue a la legítima defensa. Si se entiende que los bienes jurídicos son públicos, o sea, que los derechos son del estado, y que la defensa, también es una cuestión del estado, no queda otra alternativa que la de imponer el deber de huir cuando se pueda evitar la agresión por ese medio. Este límite no puede significar en nuestros estados de derecho, la pretensión irracional de obligar al habitante o a la sociedad a soportar agresiones injustas bajo el pretexto de intereses superiores, sino de encontrar el límite propio de la defensa en función de las restricciones impuestas a cualquier ejercicio de un derecho, teniendo iguales libertades y sabiendo todos los habitantes por igual, que el límite al ejercicio de la defensa es cuando dicho ejercicio sea lesivo a la libertad de los demás.

Pareciera que en los ejemplos citados, al agresor debiera reconocérsele algún derecho, cuando fue quien organizó un curso lesivo en contra de la víctima. Sin embargo, cuando se plantea el problema desde la perspectiva contraria, es decir, desde la del agresor, y siguiendo la línea del caso del niño y la manzana, no sería posible

sostener que el niño pierde todos los derechos por querer apoderarse de una manzana, lo que no sucede ni siquiera con la más severa pena impuesta por el más grave de los delitos. El que pierde el derecho a la libertad como condenado, o circunstancialmente el derecho a la intimidad en un allanamiento, o a la propiedad en una requisa, y ni siquiera el condenado a muerte, pierden el resto de sus derechos, sino que los conservan en toda su magnitud.

Como vimos anteriormente, este límite se impone en función del principio de iguales libertades, que implica la reserva del ámbito de autonomía privada siempre que su ejercicio no importe la lesión de iguales libertades ajenas, incluso las del propio agresor, como bien aprendemos en el primer curso de introducción al derecho de nuestra carrera, “mi libertad termina cuando empieza la del prójimo”. No se trata de rechazar la legítima defensa en nombre de valores objetivos, ni de pretender que los bienes del agresor y del agredido pertenecen al estado y que éste no puede tolerar su pérdida más allá de cierta medida, sino de reafirmar simplemente que el derecho de un habitante no puede ser afectado irracionalmente, pues el agresor no puede ser reducido a un objeto de derechos de terceros.

Entonces, el principio de iguales libertades debe ser entendido también como la base del principio regulativo de la racionalidad de la defensa al señalar un límite al ejercicio de un derecho frente a las libertades de terceros, o sea, se limita a expresar que lo irracional no puede constituir ningún derecho.

El ejemplo citado por Zaffaroni para este tema es el del que fusila al que le hurta la cartera con una pequeña suma de dinero no se defiende legítimamente, porque la defensa es tan desproporcionada que genera un conflicto de mayor magnitud, que excluye su legitimidad aunque el medio fuese el único disponible. La necesidad racional no entiende sobre medios defensivos en concreto sino que se atiende sólo a que la

magnitud de la respuesta en relación con la lesión que trata de evitarse no sea jurídicamente disparatada. La simple razón jurídica es que no constituye ejercicio de un derecho la acción que lesiona los derechos de otro.

Este fundamento del requisito de racionalidad excluye la posibilidad de considerar a la defensa irracional como una forma de ejercicio abusivo o como un exceso en la legítima defensa, como vimos en el ejemplo del paralítico que mata al niño, éste no abusa del derecho ni se excede en el ejercicio del derecho de legítima defensa sino que actúa antijurídicamente, fuera del campo de su derecho.

La doctrina argentina ha entendido la racionalidad de la necesidad del medio como la proporcionalidad (16). La ley no exige una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, sino que exige la ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades. Entonces, no será irracional la defensa del que siendo atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque no existe una aberrante desproporción lesiva entre ambas conductas, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo. Tampoco lo será la de quien emplea un arma blanca o de fuego frente a quien le agrede a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio.

Volviendo a hacer un poco de historia, la doctrina argentina, a lo largo de todos los antecedentes nacionales, siempre consideró a la legítima defensa como una causa de justificación. Incluso en el código de Tejedor, como lo vimos anteriormente, era causa de justificación. Esto obedeció a que Tejedor tomó la traducción de Vattel, en la que éste tradujo *Notwehr* (defensa necesaria) por defensa legítima. Este error de traducción nos libró de las dificultades de la terminología alemana: la defensa necesaria parece tener como fundamento la necesidad, siendo complicada la introducción de la racionalidad como límite; la defensa legítima abre la cuestión de la legitimidad, no bastando la pura

necesidad. La fórmula vigente arranca con el código de 1886, que renuncia a las complicadas reglas de Tejedor y adopta con sucesivas simplificaciones la del código español de 1848 y 1870 que, a su vez, había reelaborado la del código del Imperio del Brasil de 1830.

### **6.2.1. CASOS DUDOSOS DE NECESIDAD RACIONAL**

Para ser legítima, la defensa requiere ante todo ser necesaria, y no lo es cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva o inocua, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta típica en cuestión, o sea la que llevo a cabo. No actuará justificadamente quien pudiendo repeler una agresión a puñetazos responde con una ametralladora, o quien para defenderse de los puñetazos inciertos de un borracho le propina un golpe que le fractura varios huesos. En estos casos queda excluida la legitimidad de la defensa, porque la conducta realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión: los golpes se pueden responder de la misma manera y al borracho basta con darle un empujón.

Estas observaciones son válidas tanto para la utilización de los medios defensivos consistentes en conductas como para las conductas de disponer medios mecánicos, que son dispositivos físicos de defensa y su gama va desde los llamados offendicula (los vidrios puestos sobre los muros divisorios) hasta la bomba colocada para que estalle cuando alguien pretenda abrir una caja de caudales, o una máquina gigante que dispara un fusil a quemarropa cuando alguien abre la puerta de un galpón, o la electrificación del cerco para evitar que le hurten flores. La cuestión referida a los medios mecánicos debe resolverse apelando al mismo principio general que rige toda la cuestión: el medio menos lesivo de que se dispone es el necesario, no siéndolo los otros. Así los offendicula serán necesarios para la defensa puesto que no se dispone de otro medio menos lesivo. La bomba en la caja de seguridad no estará justificada, pues bien

puede colocarse una alarma. La defensa de los galpones y las flores también puede hacerse por medios menos lesivos, por lo que no hay tampoco legítima defensa.

La necesidad de la defensa debe valorarse siempre antes y no después, es decir desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende. Quien dispara sobre el que apunta se defiende legítimamente, aunque después se compruebe que el agresor le apuntaba con un arma descargada. Pero si en el momento le fuese posible reconocer la innecesariedad de la defensa y ésta no se hubiese reconocido en razón de una verdadera crisis provocada por la perturbación del ánimo causada por la agresión, se tratará de un problema de culpabilidad; como así también si el miedo le hubiese generado un verdadero trastorno mental transitorio se tratará de una causal de inculpabilidad (inimputabilidad).

En este ámbito resulta particularmente importante la distinción sobre la naturaleza del deber jurídico (atipicidad por falta de antinormatividad) y las causas de justificación (ejercicio del derecho a realizar una acción típica). Los militares en la guerra y los policías en el ejercicio de sus funciones, realizan acciones defensivas en razón de los deberes que les imponen las respectivas leyes nacionales e internacionales. El militar que derriba el avión invasor y el policía que da muerte a un habitante en defensa de la vida de un tercero agredido bajo amenaza inmediata de muerte, no actúan típicamente, sino atípicamente, en función del particular deber jurídico que les incumbe. El ciudadano común tiene el derecho de defender a terceros, en tanto que, dentro de lo impuesto por las leyes, el militar o el policía tienen el deber de hacerlo, al punto de que si no lo hicieren resultarían sancionados, incluso penalmente.

Las dudas se plantean respecto de la extensión del deber en comparación con el ejercicio de un derecho, afirmándose que en el caso del policía su deber jurídico de intervención es más estrecho que el ámbito de intervención que el código penal concede

como derecho al particular, fundado en las leyes que regulan el uso de armas por parte de la policía. En rigor, el deber jurídico que incumbe al policía o al militar no tiene un ámbito de intervención menor que el del derecho que asiste al habitante común, sino que, dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración en el momento 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 aplicación de la violencia. Esta solución se impone, porque de lo contrario no se justificaría que la legítima defensa fuese sustitutiva y ni siquiera se justificaría la existencia misma de la fuerza pública. El dato cierto del homicidio policial en toda la región exige el acento en esta exigencia de valoración profesional de la violencia necesaria.

Lo anterior es válido respecto de la defensa de terceros, pero no en lo que hace a la defensa propia del funcionario sometido al deber jurídico, que puede corregirlo en menos y sólo excepcionalmente en más. Se supone que se corrige en menos cuando se le impone al policía un deber de soportar ciertas agresiones que el habitante común no está obligado a soportar, como pueden ser agresiones a su honor mediante injurias verbales o el daño a un vehículo policial. Se trata de limitaciones que se imponen en función de la racionalidad de los actos de gobierno y, por ende, en el especial deber de preservar o restablecer la paz pública que a éste le incumbe. Se corrige en más cuando se le impone al militar reprimir inmediatamente la agresión del inferior jerárquico.

Salvo estas correcciones y la general incumbencia de un mayor deber de valoración estricta de la necesidad de defensa, los funcionarios conservan el derecho a la legítima defensa propia que asiste a todo habitante.

### **6.3. LA PROVOCACION SUFICIENTE**

Es el tercer requisito establecido por la ley que dice “que haya falta de provocación suficiente por parte del que se defiende” (art. 34, inc. 6º c) del CP).

La interpretación de este requerimiento negativo por parte de la doctrina fue muy diversa, se entiende como la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Cuando el que insiste en haber obrado en legítima defensa, no logra probar que no hubo falta de provocación suficiente de su parte, ya sea por su abierta actitud, o por las pruebas, que demuestran fehacientemente que provocó suficientemente a su agresor, este hecho invalida automáticamente la causal de justificación de su conducta, que no se inscribe en el beneficio de no punibilidad, por faltarle uno de los requisitos exigidos por la ley, y ni siquiera se podrá hablar de un exceso en el obrar del agente, sino de imputabilidad plena en cuanto al delito que hubiere cometido en consecuencia.

En principio, no puede identificarse provocación suficiente con agresión ilegítima, si así fuere, la disposición saldría sobrando por repetición de conceptos demasiado elementales: si provocación es agresión, es obvio que quien agrede ilegítimamente no puede defenderse legítimamente.

Al descartar esta posibilidad, la cual llevaría a considerar irrelevante el requisito por ser una obvia condición de la legitimidad de cualquier defensa, se consideró que en estos casos hay un exceso en la causa y que por ende, se trataría de una defensa imperfecta que debe resolverse conforme a la regla del art. 35 CP. Dado que la agresión continúa siendo antijurídica aunque medie provocación suficiente, se entendió que no es razonable depararle el mismo tratamiento que a los delitos dolosos, razón por la que se la penaba como delito culposo conforme al art. 35 del CP. A través del tiempo, fueron

muchos los esfuerzos llevados a cabo para distinguir la provocación suficiente de la intencional. Esta última sería la que tendría por objeto desencadenar la agresión, en la que no existe legítima defensa, porque no hay defensa sino sólo una apariencia de defensa, que no es defensa en si misma.

En la doctrina nacional se consideró que la distinción entre la provocación culposa y la intencional no sería una cuestión de equidad, sino de razonamiento jurídico: si se considera culposa la conducta del provocador, no puede considerarse culposa la del que provoca para que le agredan. Se consideró, por tanto, que la más suficiente de las provocaciones, y la más grave, sería la provocada para desencadenar una agresión. Lo que lleva a la conclusión de que la provocación no intencional sería un supuesto de exceso (art. 35) y la intencional quedaría fuera de la legítima defensa.

Se ha esforzado tanto la doctrina argentina para adecuar nuestro texto a las soluciones alemanas o españoles, que llevaron a derivar la cuestión al art. 35 en lugar de profundizar el alcance de la propia disposición del art. 34, que impone prioritariamente establecer el concepto de **provocación** y el criterio de **suficiencia**. En términos generales, suele decirse que no constituyen provocación suficiente los actos usuales y normales de la vida, pero esto no pasa de ser una regla de exclusión de algunas acciones. Sin duda que la provocación deberá ser siempre una conducta anterior a la agresión y que ella misma no puede configurar una agresión, pues de lo contrario la reacción sería una defensa. Pero esa conducta anterior debe ser jurídicamente desvalorada en tal forma que haga caer la base fundante de la legítima defensa. Esta desvaloración debe partir de que, si bien es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, sería siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta. La coexistencia impone la condición de evitar conflictos extremos, como son los que tienen lugar cuando aparece la situación de defensa legítima. “El derecho no

fomenta el innecesario y gratuito aumento de conflictividad y, por ende, reconoce el derecho de legítima defensa en la medida en que el agente no haya caído en esa práctica”(17).

Si la conducta suficientemente provocadora excluye la legítima defensa por ser jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia, de allí pueden deducirse los caracteres que debe presentar para considerarse tal.

Entonces, la conducta debe ser :

a) provocadora, lo que significa que debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. Si el agresor hubiese ignorado la previa provocación del agredido, éste permanecerá en el ámbito de la legítima defensa, pues no habrá provocado (determinado) la agresión ilegítima,

b) No basta el carácter provocador de la acción para excluir la justificación, sino que es necesario que ésta sea suficiente. Su suficiencia dependerá de dos caracteres, uno positivo y otro negativo,

(1) El primero es la previsibilidad del desencadenamiento de la agresión, es decir la posibilidad de prever que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante. Esta previsibilidad debe estar dada de modo tal que desde la más mínima prudencia se aconseje la evitación de la conducta,

(2) El carácter negativo de la suficiencia se deriva también de su propio fundamento: la suficiencia de la provocación es un criterio ético-jurídico que excluye del ámbito de la justificación la conducta inadecuada para la coexistencia, en forma tal que hace cesar la equidad del principio de que a nadie se le puede obligar a soportar lo injusto, que es lo mismo que afirmar que existe un derecho a repeler lo injusto para

afirmar la libertad. Por ende, no deben computarse a los efectos de la suficiencia de la provocación los caracteres personales del agresor que lo hacen candidato a la criminalización: matonismo, agresividad, hábitos pendencieros, irascibilidad, etc. Naturalmente que estos caracteres no deberán tenerse en cuenta cuando la provocación constituya una lesión al sentimiento de piedad, como por ejemplo el caso del que se dedica a molestar sistemáticamente a un pobre débil mental o a un enfermo similar.

La provocación no será suficiente en conductas tales como ir al domicilio conyugal, al domicilio o morada habitual, pasar por la esquina en que para una patota, entrar a un bar, etc.

Resumiendo, puede decirse que la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando es previsible, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principios elementales de coexistencia, salvo que la agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad.

El que provoca suficientemente crea la situación de necesidad de defensa, lo que no debe identificarse con cualquier situarse en esa necesidad: crear la situación es crear el estado de cosas que lleva a la necesidad. No crea la situación de necesidad el que, sin ser agredido, ayuda a otro a defenderse (inc. 7° del art. 34), pese a que voluntariamente se coloca en estado de necesidad de defensa. Esta es la mejor prueba de la naturaleza personal del injusto en el derecho argentino: es antijurídica la conducta del que crea una situación de necesidad de lesionar un bien jurídico, pero no lo es la del que sin haber contribuido a provocar esa situación le defiende.

La conducta defensiva propia en una situación provocada es antijurídica, y la lesión al bien jurídico que con ella se causa es incuestionablemente dolosa. No cabe duda acerca de que quien mata en legítima defensa quiere matar, y cuando falta la justificación el juicio de antijuridicidad recae sobre una conducta dolosa. Por consiguiente, siempre que la provocación suficiente excluya el derecho, habrá un injusto doloso perfecto. Eventualmente el problema podrá trasladarse a la culpabilidad y presentarse un supuesto de exculpación, basado en que a nadie puede exigírsele, por ejemplo, que se deje matar. Pero de allí no se deriva que todo sujeto que provoque una situación de justificación quede sin más amparado por una causa de exculpación, porque los requisitos de ésta no son los mismos que los de la legítima defensa. Así, no actuará justificadamente el amante de la mujer sorprendido en adulterio en el lecho conyugal, cuando, pudiendo evitar la agresión con la huida, prefiera lesionar o matar al marido, sino que además de actuar antijurídicamente (en razón de que la provocación excluye la justificación), actuará también culpablemente, puesto que le era exigible otra conducta no lesiva con la que podía eludir la agresión. . Sólo lo amparará el estado de necesidad exculpante cuando no le reste otra alternativa que matar o morir (última parte del inc. 2° del art. 34).

Puesto que se trata de una situación o estado de inculpabilidad provocado por el mismo autor, vuelve a plantearse la pretensión de resolverlo por vía de la teoría de la actio libera in causa, que se traduce como el acto libre en su causa, o sea la posibilidad de imputarle un hecho a una persona que no actuó en un estado de inconsciencia.

La provocación suficiente, es decir la conducta de colocarse en estado de necesidad exculpante, no es típica o por lo menos no es típica del delito que luego se realiza (el adulterio no es típico de homicidio, la injuria no es típica de lesiones), con lo cual, la mencionada teoría se traduce en una forma de extensión de la tipicidad

violatoria del principio de legalidad penal. De cualquier manera, puesto que la conducta de provocar suficientemente es causa del resultado típico, eventualmente puede ser alcanzado por la tipicidad culposa. Por todo lo expuesto, podemos decir que al criticar la teoría de las acciones liberae in causa nunca podrá sostenerse la responsabilidad dolosa de la conducta del amante que se ve obligado a dar muerte al marido, aun cuando lo hubiese planeado de ese modo.

Incluso en este supuesto únicamente podría discutirse la tipicidad culposa, lo que también se ha puesto en duda.

La remisión del problema a la teoría de la actio liberae in causa, ha provocado considerable confusión terminológica, hablándose de provocación dolosa y culposa, intencional y no intencional. Desde que la provocación no tiene por qué ser típica, no cabe la calificación de dolosa o culposa. En cuanto a la intencionalidad o preordenación, si bien puede ser manifiesta, no puede descartarse que sea un puro contenido anímico no exteriorizado, pero en cualquier caso esas diferencias no pueden ser relevadas para determinar si hay o no provocación suficiente, porque nadie puede afirmar juiciosamente que no hay provocación suficiente cuando alguien injuria de la peor manera a otro, aunque no haya ninguna preordenación.

Tampoco hay razón para excluir de la provocación suficiente la conducta típica culposa. No parece que pueda excluirse de la provocación suficiente la conducta culposa de lesiones u homicidio, en el caso de desencadenar inmediatamente una agresión por parte del cónyuge de la víctima.

Tampoco faltará la provocación suficiente cuando se utilicen expresiones sumamente equívocas con un grado tal de imprudencia que ni siquiera se piense en su posible interpretación injuriosa. Si se tiene en cuenta que el efecto práctico más

inmediato de la cuestión es saber si al agredido se le impone el deber de huir cuando tiene la posibilidad de hacerlo o si se le reconoce el derecho a reaccionar aunque tenga la posibilidad de huir, se verá que en tales ejemplos no es admisible esta última solución.

Por otra parte el antecedente legislativo confirma esta interpretación: que no haya habido provocación o delito que ocasionase el conflicto. Incluso semánticamente la provocación no requiere la intención de desencadenar la reacción, puesto que una de las acepciones de provocar es mover.

En Alemania se ha construido la discutida teoría de la *actio Ilícita in causa* para fundar la punición de la llamada provocación intencional. En analogía con la *actio libera in causa*, se sostuvo que el provocador se coloca en situación de justificación comparable a la situación de inculpabilidad. Existiendo un cumplimiento antijurídico del tipo por una conducta anterior (que la justificación no cubre) podría ser penado por esta conducta anterior. Se apela a esta teoría para punir la provocación llamada intencional, distinguiéndola de la simple provocación culpable que no excluye la justificación. El problema del derecho penal alemán es que la ley no menciona la provocación que para un sector doctrinario, excluía la legítima defensa provocada como caso de abuso del derecho. Esta teoría de alemana tiene dificultades importantes y esta muy lejos de ser universalmente aceptada, pues se sostiene que el provocador no tiene el dominio del hecho.

En el derecho argentino no puede ser aceptada por expresa disposición legal, puesto que mediante provocación suficiente no hay una *actio illicita in causa* sino una *actio illicita in acto*, toda vez que queda excluida de la legítima defensa. La consecuencia práctica más común de este precepto legal es la exigencia de que quien ha dado lugar al conflicto con su grave torpeza o intención no quede amparado por una causa de

justificación cuando tenga la posibilidad de impedir la agresión o de detenerla mediante la huida o retirada, lo que es de incuestionable valor social.

## **7. TIPOS DE LEGÍTIMA DEFENSA**

### **7.1. LEGÍTIMA DEFENSA PROPIA**

Este tipo de Legítima Defensa está descrito en el artículo 34 inciso 6 a) del Código Penal, donde se establece que la legítima defensa comienza entonces, en el mismo momento de la agresión ilegítima donde se hace evidente por parte del agresor, su intención de agredir, típico el caso de un ataque delictivo que actúa contrario a derecho. Es ahí, cuando el que decide defenderse, debe hacerlo de una manera "proporcional", es decir, como lo adelanté previamente, al poder ofensivo que sufre por parte del atacante, le debe oponer un poder defensivo, similar o equivalente, con la capacidad de neutralizar o rechazar eficientemente la agresión, según inciso 6 b).

Se dice que 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.

Por ejemplo un puñal no es igual a un revolver, ya que mientras el primero es un "arma impropia", el otro configura un arma de fuego, denominada "arma propia", porque ha sido construida por el hombre, específicamente para matar, es decir cualquiera de los dos medios, pueden producir la muerte, cuando son utilizados con ese fin, por tanto son equivalentes.

Y para terminar de analizar el artículo 34 inciso 6, c), se establece que no debe, quien se defiende legítimamente, haber provocado suficientemente al que lo ataca, porque ello inhibe el derecho a la legítima defensa, por lo tanto, causando un daño y

simulando un acto de legítima defensa, cuando el mismo lo ha provocado, mediante una pelea, por cualquier pleito anterior que hubiere tenido con la otra parte, será sancionado.

## **7.2. LEGÍTIMA DEFENSA PRESUNTA O PRIVILEGIADA**

Los tres requisitos que son exigidos y debe acreditar quien ejerce un acto de legítima defensa, no son requeridos y se entienden implícitamente configurados, es decir, cumplidos, cuando la víctima haya sufrido la agresión y se defienda en los siguientes casos:

- a) Durante la noche y rechazando el escalamiento de su vivienda;
- b) O fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera sea el daño ocasionado al agresor.
- c) Igualmente al respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

Es por todo lo expuesto, que esta defensa es “privilegiada”, ya que el agredido, se encuentra en un lugar íntimo, como lo es el de su casa, totalmente desprevenido y en desventaja, a expensas de quien actúa al acecho aprovechando los descuidos de los demás, violando su tranquilidad, y poniendo en riesgo su integridad física, la de su familia, y sus bienes.

Se da entonces esta causa de justificación, cuando sin importar el daño que se ocasiona al agresor, el individuo extraño se encuentra dentro de una edificación o sus dependencias con peligro para los que la ocupan o la habitan.

### **7.3. LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS.**

El artículo 34 inciso 7 del Código Penal, nos faculta también para obrar en defensa de terceros y sus bienes, sus derechos, cuando se dan siempre los dos primeros presupuestos de la legítima defensa, o sea, cuando haya habido una agresión ilegítima, y la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y aún cuando el tercero que se defiende haya provocado a su agresor, siempre que el que lo defiende no haya participado de la misma provocación; porque de lo contrario, dos personas, se podrían poner de acuerdo dolosamente, para que mientras una lo provoca, la otra pueda causarle un daño, al supuesto agresor, con el pretexto de actuar en legítima defensa del tercero.

### **7.4. LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA O DE BUENA FE.**

En este tipo se dan los tres requisitos de la legítima defensa, pero con la variante de que el que la ejerce, lo hace de buena fe, bajo los efectos de un error esencial de conocimiento acerca de la existencia de una agresión ilegítima, ya que para defenderse eficientemente, no puede detenerse a preguntarle al que lo ataca, si lo hace para dañarlo, psíquica o físicamente, leve o gravemente, o con la intención de matarlo.

Por ejemplo: una persona que repele una agresión con arma de fuego, contra quien amenaza atacarlo con un arma, a simple vista similar, que después resultó ser de juguete. Mientras alguien nos está apuntando con un arma de fuego, nadie se detendría si tuviera la manera de defenderse, para preguntarle al que nos amenaza, cuáles son sus intenciones reales, si el arma es de verdad o es de juguete, si está cargada o no, si funciona o no, ya que en ese tiempo se podría poner fin a nuestras vidas.

Por todo lo expuesto, no es punible, la conducta de quien se defiende legítimamente de una amenaza con arma de fuego, cualquiera sea el daño que le cause al agresor, aunque después resulte que el atacante utilizó un arma de juguete o no apta para el disparo, según lo dispone el art. 34, incisos 1 y 6 del Código Penal.

## **8. EL ESTADO DE NECESIDAD**

### **8.1. NECESIDAD JUSTIFICANTE Y EXCULPANTE**

La necesidad juega un papel central en la legítima defensa, en el estado de necesidad justificante y en la exclusión de la culpabilidad. En los tres casos el concepto no varía: se entiende que hay necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión. No obstante, la defensa es legitimada por la necesidad sin atender a la magnitud de la lesión inferida, en razón de la antijuridicidad de la acción del agresor, excluyendo sólo las defensas que excedan el límite de la racionalidad, o sea, que resulten aberrantes, desproporcionadas. En el estado de necesidad, ésta no puede legitimar cualquier lesión porque no media ninguna acción agresiva antijurídica por parte de quien soporta la lesión a sus bienes jurídicos. Por lo tanto, el límite justificante o legitimante está dado por la ponderación entre los males evitado y causado. Por ello, el inc. 3° del art. 34 limita el estado de necesidad justificante al caso en que se provoca un mal menor para evitar un mal mayor. Cuando el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, podrá haber un estado de necesidad exculpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta.

Esto hace que el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad, porque es imposible jerarquizar vidas humanas.

Las discusiones doctrinarias a este respecto son muchas y, no existe acuerdo.

En la doctrina francesa, dado que el código Napoleón no contenía ninguna disposición al respecto, se produjo un largo debate y se sostuvo que cuando los bienes son de igual valor, sólo podía acudir a la contraíate inórale, tesis que sigue en vigencia del código de 1994, y que nada tiene que ver con la justificación o ejercicio de derecho, aunque otros autores afirman que en ese caso debe considerárselo también justificante.

En Alemania, donde el código prusiano había seguido el modelo napoleónico, tampoco se lo mencionaba en el código imperial de 1871 con la amplitud que se le reconoce en la actualidad en el derecho comparado. La doctrina consideró en una época que el estado de necesidad era exculpante. Luego, mediante el criterio de ponderación de males, se estimó que hay un estado de necesidad justificante y otro exculpante. El problema se derivaba de que el art. 54 del Código alemán de 1871 se limitaba a los peligros para la persona o la vida del agente o de uno de los suyos, por lo cual la doctrina apeló al código civil y distinguió un estado de necesidad agresivo (fundado en el art. 904) y otro defensivo elaborando también un estado de necesidad supralegal justificante diferente del estado de necesidad exculpante (que sería el del viejo art. 54), al que se agrega la coacción del art. 52, donde se establece que el estado de necesidad siempre era justificante

Asimismo en España se da igual solución en caso de colisión de bienes iguales media una no prohibición pero no se afirma su justificación.

El código alemán de 1974 recogió la tesis diferenciadora, regulando en el art. 34 la necesidad justificante y en el art. 35 la exculpante, aceptada con acuerdo de la doctrina. No obstante existe una parte de la doctrina alemana que construye por analogía un estado de necesidad defensivo que se daría cuando el mal surge de la persona,

aunque no se trata de una agresión que lo encuadre en la legítima defensa. Tales serían los casos de:

- fuerza física irresistible,
- conductas conforme a derecho que sean fuente de males,
- la muerte del feto para salvar a la madre

- y la llamada legítima defensa preventiva o anticipada, que es la noción que ha sido utilizada en algunas ocasiones por los Estados como argumento para justificar el recurso a la fuerza armada. Este estado de necesidad cancelaría la exigencia de ponderación de males, pues se fundaría en el derecho del agente a preservar a su bien jurídico intacto.

En la ley argentina el sistema es más simple, pues el inc. 3° del art. 34 establece claramente el estado de necesidad justificante. Las dificultades puede verse en el estado de necesidad exculpante.

El estado de necesidad justificante puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza, al igual que el estado de necesidad exculpante de la última parte del inc. 2° del art. 34. La coacción también constituye un estado de necesidad justificante cuando el mal que se evita es mayor que el que se causa; ejemplo: se amenaza de muerte a un sujeto para que cometa un delito contra la propiedad. Ningún inconveniente se ve en ello, porque se puede penar perfectamente al coaccionante, toda vez que por hecho en el art. 45 debe entenderse la realización de una tipicidad objetiva.

Asimismo, no podrá ampararse el coaccionante en el estado de necesidad si ayuda al coaccionado, porque él es quien provoca la situación de necesidad. El tercero no coaccionado que ayuda al coaccionado también actuará justificadamente, aunque

conozca la coacción y su voluntad sea favorable a la voluntad del coaccionante; no estaría justificado el coautor no coaccionado, salvo que él mismo, por razones humanitarias o de solidaridad pueda considerarse sometido a la coacción.

Esto es una consecuencia de la tesis del injusto personal. La posición contraria, que pretende encuadrar siempre la coacción en las meras causas de inculpabilidad, desconociendo su naturaleza justificante cuando el coaccionado actúa para evitar un mal mayor para él o para otro, puede partir del concepto objetivo del injusto o bien, de argumentaciones menos comprensibles o poco explícitas por ideológicamente inaceptables: se ha sostenido que no debe admitirse, al menos en caso de delitos graves (falso testimonio, robo, liberación de presos), para no afectar la amplitud del derecho de defensa del agredido. Esta última consideración es inadmisibles, porque desvirtúa tanto la legítima defensa (que no puede ejercerse contra un inocente) como el estado de necesidad (sacrifica el bien mayor) y porque esta tesis sostiene la supremacía de la voluntad estatal sobre la vida y los bienes de las personas.

Se trata de justificar por esta vía los homicidios cometidos por agentes del estado sólo para reafirmar el poder de éste. Lo cual es rechazado por gran parte de la doctrina, aunque en ocasiones se introducen distinciones no menos incomprensibles en favor del estado: se exceptúa el caso de toma de rehenes para la liberación de presos. Con ello se pretende argumentar que, tratándose de presos por delitos graves, la muerte de los rehenes es un mal equivalente a su liberación. De este modo se equipara un riesgo no creado y que no se sabe si se producirá (indiscutiblemente se está apelando a la idea de peligrosidad criminal), porque ninguna acción se ha iniciado contra la vida de alguien que no sea el rehén, con el riesgo de muerte inminente y cierta del rehén inocente. La cuestión acerca de quién deba tomar la decisión no altera el planteo correcto: se supone que la debe tomar la máxima instancia cuando ello sea posible. Cabe suponer que en el

estado de derecho el principal deber de todo funcionario es salvar la vida de los habitantes y, por ende, la acción u omisión que lleve a la muerte de rehenes, lejos de estar justificada, constituye un delito, que por lo general nunca será inculpable porque se tenía la posibilidad de liberar al preso. Por otra parte, no hay argumento que pueda equiparar el grado de mal de un resultado irreparable (muerte del rehén) con el de un resultado perfectamente reversible (liberación de un preso que puede ser recapturado).

## **8.2. LIMITES DE LA NECESIDAD JUSTIFICANTE**

Para definir “mal” debe entenderse como la lesión o peligro para un bien jurídico, siendo todos ellos susceptibles de ser salvados mediante una acción justificada por estado de necesidad, siempre que se produzca una lesión menor, que es la única limitación legal.

No obstante la amplitud de bienes jurídicos salvables por necesidad, corresponde reconocer a su respecto las mismas limitaciones que se establecen para los legítimamente defendibles, en los casos en que el mal sea una mera afectación al orden jurídico.

Esta amplitud también requiere algunas precisiones para determinar qué bienes pueden afectarse y cuáles se sustraen a esta posibilidad, no sólo en los casos en que sean prácticamente equivalentes, sino también en algunos casos en que el que se salva es superior al que se afecta. Un ejemplo muy certero al respecto es el que no sería posible extraer por la fuerza un riñón para salvar la vida de un familiar, ante su inminente muerte por insuficiencia renal y la no disponibilidad de dadores voluntarios para el trasplante que le salvaría la vida.

La solución de este problema se ha encontrado mediante una teoría general de los bienes personales, que abarca no sólo la justificación sino también las medidas de coerción directa de la administración y los actos funcionales de la jurisdicción en materia de coerción personal del imputado (cumplimiento de un deber jurídico). Esta teoría distingue:

1. bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando consentimiento del titular (torturas, vejaciones, libertad-reducción a servidumbre-, vida);

2. bienes de que los individuos pueden ser privados sólo mediando su consentimiento (actos de coerción personal del proceso, extracción de líquidos del cuerpo y otros procedimientos que causen lesión o dolor aunque sea insignificante, extracción de órganos):

3. bienes de los que el individuo puede ser privado a condición de compensar su pérdida (propiedad, intimidad, la libertad en alguna medida-detención-); y

4. bienes de los que el individuo puede ser privado sin su consentimiento ni compensación (pena privativa de la libertad por sentencia, condenas civiles).

Sólo las categorías 3 y 4 pueden afectarse por estado de necesidad.

Conforme a este criterio, tampoco podría invocarse la necesidad justificante si, en lugar de un riñón, se tratase de una extracción forzosa de sangre, lo que se funda en que la dignidad humana y la autonomía de la persona son prioritarias.

La situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre, sed, movimiento, reposo, evacuación, etc., incluso si tienen su origen en una enfermedad, como puede ser un síndrome de adicción. Cabe destacar que si estas

necesidades fisiológicas alcanzan un extremo de intolerancia que supera la capacidad de control del sujeto, desplazan el estado de necesidad por un supuesto de ausencia de acto por fuerza física irresistible proveniente del propio organismo. El hambre o la miseria pueden crear una situación de necesidad, pero no necesariamente lo son. El Código se refiere a la misma como atenuante, o sea cuando no ha llegado a ser una situación de necesidad, en el art. 41, pero si se dan los extremos del art. 34 inc. 3º, será una necesidad justificante.

Respecto del mal, éste puede hallarse en curso o bien puede haber un peligro de producción del mismo, que debe ser inminente. En cuanto al peligro en sí mismo, éste debe ser real, porque de no serlo, el autor incurriría en un error de prohibición. En cuanto a la inminencia del mal son válidas las mismas reglas, debiendo reiterarse lo señalado respecto de la legítima defensa: la inminencia es independiente de todo criterio cronológico; es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto. También debe considerarse inminente el mal que tiene continuidad por su reiteración muy frecuente, como por ejemplo una inundación que se produce cada vez que llueve en zona de muchas lluvias.

La inevitabilidad del mal por otro medio no lesivo o menos lesivo, es inherente a la situación de necesidad, sin que sea menester que la ley lo requiera expresamente.

Esta claro, que el mal no será necesario cuando no sea el medio adecuado para evitar otro, o sea, cuando igualmente el otro se producirá; tampoco lo será cuando se disponga de otro medio alternativo inocuo o menos lesivo, como se explico anteriormente.

Por todo esto, es que se excluyen del ámbito del estado de necesidad los supuestos en que existen regulaciones legales para resolverlo o repararlo, como es el

caso de la falencia comercial, que no autoriza la apropiación de dinero ajeno, pues dispone del procedimiento de quiebra, sin perjuicio de que pueda haber situaciones de exculpación. No deben confundirse los procedimientos legales con los procedimientos políticos y la consiguiente apelación a la desobediencia civil: los primeros son procedimientos establecidos que deben cumplir autoridades administrativas o judiciales, los segundos son decisiones que dependen del poder político: por ello, disponiéndose de los primeros se excluye la justificación.

El límite del estado de necesidad está dado por la producción de un mal menor que el evitado. Para la individualización del mal menor debe seguirse un criterio que no puede atender sólo a la jerarquía de bienes jurídicos y del que debe excluirse la valoración subjetiva del peligro amenazado, aunque no la consideración objetiva de las circunstancias personales.

El principio de mera ponderación de bienes jurídicos para deslindar el estado de necesidad justificante del exculpante, se sintetizó en Alemania afirmando que no actúa antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, si sólo con ello puede ser salvado otro bien de mayor valor<sup>(18)</sup>. Dada la imperfecta regulación del estado de necesidad en el código alemán de 1871, el criterio diferenciador debía elaborarse doctrinariamente. La opción por la jerarquía de los bienes jurídicos era válida, toda vez que tenía la ventaja de excluir la valoración subjetiva de los bienes jurídicos. No obstante, la mera jerarquía de bienes es estrecha y a veces no justifica: no puede justificarse la conducta de un individuo que acarreado una obra de arte de valor incalculable, permite que se destruya como único medio para evitar un ligero golpe en un dedo, y ello no obstante que la salud como Bien jurídico tiene mayor jerarquía que la propiedad. Por ello se sostuvo que no debe valorarse en abstracto, o sea tomando en cuenta la mera jerarquía del bien jurídico, sino en concreto, atendiendo también a la

intensidad del peligro. Esta discusión legislativa culminó con la sanción del código alemán de 1974 donde se sostuvo que debían ponderarse: el valor abstracto del bien jurídico tutelado, el grado del peligro amenazado (no sólo su gravedad sino también su proximidad), una justa apreciación de los intereses del afectado y, por último, que la conducta del actor sea ética y socialmente adecuada.

En el código argentino no se indica como criterio la ponderación abstracta de bienes jurídicos, sino que requiere una ponderación concreta de males. Si un bien jurídico es la relación de disponibilidad del titular con un ente, el mal jurídico es la afectación de esa relación. Pero no todos los males jurídicos son iguales, aun cuando se trate de conductas que correspondan al mismo tipo. El artículo 41 del código penal reconoce expresamente que hay grados de males cuando se refiere a la extensión del daño y del peligro causados. Esta disposición no puede referirse a las diferencias típicas, pues violaría la prohibición de doble desvaloración, sino a la distinta intensidad de afectación entre dos acciones igualmente típicas. De allí que no sea razonable aceptar en la dogmática nacional el criterio de ponderación de bienes en sentido formal. Resulta cierto que la ley no puede establecer una escala absoluta al respecto, pero la complejidad no es de tal entidad que impida enunciar algunos criterios generales, dejando en una laguna la delimitación.

Como criterios generales, en principio, bien pueden señalarse los siguientes:

- 1- la jerarquía del bien jurídico,
- 2- la intensidad de la afectación, sea por lesión o por peligro,
- 3- el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar,

4- la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

En cuanto al requisito de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar, también es necesario tener en cuenta el del mal que se puede causar cuando de tipos culposos se trate. En la ponderación de males debe tenerse en cuenta que una lesión inminente e inevitable de otro modo, es decir, indiscutiblemente próxima, constituye un mal mayor que el riesgo lejano de una lesión de igual o algo mayor entidad.

Como por ejemplo el médico que habiendo observado que no viene ningún vehículo en sentido contrario, corta una curva para llegar al hospital con un enfermo en estado desesperante, actúa en estado de necesidad. De cualquier manera, la menor proximidad de lesión provocada por el agente no configura un mal menor, cuando esa eventual lesión será mucho mayor que la próxima que se quiere evitar: la violación del deber de cuidado en la conservación de una fuente de energía nuclear no puede justificarse por la necesidad de evitar una herida. En materia de estados de necesidad que justifican tipicidades culposas, cuanto mayor sea el peligro de lesión para un tercero, tanto más restringido será el permiso con que cuenta el autor.

En cuanto a la determinación de la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares, no debe confundirse la apreciación de las circunstancias subjetivas con la apreciación subjetiva: conforme al primer criterio, se toman objetivamente en consideración las circunstancias del necesitado, y según el segundo, es el titular quien decide sobre el valor relativo de los bienes y de los males. Esto último es inaceptable, por lo que se pretendió que en caso de conflicto de bienes iguales se tomen en consideración las circunstancias en que se halla el necesitado. Esto es correcto, pero a condición de que también se tomen en

consideración las del que sufre la lesión. Por ende, no actuará justificadamente, aunque sí inculpablemente, el ganadero que para salvar diez animales, sacrifica la vaca de su vecino, cuando es el único bien que éste tiene en su patrimonio. Se trata de una colisión de bienes de igual jerarquía y, concretamente, se produce un daño menos extenso que el evitado, pero conforme a las circunstancias personales, uno de los titulares evita la pérdida de una pequeña parte de su contenido patrimonial a costa de dejar vacío el magro patrimonio del otro. La consecuencia de no tomar en cuenta las circunstancias personales sería, en principio, que el vecino no podría defender legítimamente el único bien de que dispone y que quizá sea su único medio de vida. No se trata de que la extensión del daño (el mal) quede librada al criterio del titular del bien, sino de que el juzgador tome en cuenta las circunstancias personales del sujeto para mensurarlo.

Cuando los males en conflicto son iguales no hay otra solución que la inculpabilidad. Esta afirmación puede mover a error en la valoración de algunas situaciones, como son los supuestos en que en momentos de necesidad terrible el propio derecho impone el deber de dar muerte a una persona, como acontece en los casos excepcionalmente previstos en el Código de Justicia Militar para evitar catástrofes incalculables. En estos casos el jefe militar que procede de esa manera cumple con su deber jurídico, siendo atípica su conducta y no justificada por estado de necesidad y menos aun inculpable. Si en tales supuestos hay una decisión antijurídica aunque inculpable del mismo estado, es una cuestión diferente.

## **9. CONCURRENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACION**

En principio, se admite la concurrencia contraria de causas de justificación, o sea, que a una conducta justificada se le oponga otra también justificada. Esto se debe a que se trataría de un caso de contradicción de preceptos, pero en realidad uno de los

preceptos no sería válido, porque no es admisible que una persona esté autorizada a realizar una conducta que otra persona está autorizada a evitar o impedir.

La concurrencia positiva, es el supuesto en que dos o más causas de justificación abarcan una única conducta típica del agente, esto sería posible como concurso de preceptos permisivos, en donde no se excluye a ninguna de las justificaciones, aun cuando una de ellas sea suficiente para justificar la acción típica, en razón de que no hay jerarquía entre las causas de justificación.

Asimismo existe la posibilidad de que entre estas dos causas de justificación pueda darse una aplicación del principio de especialidad, por el que sean incompatibles los objetivos perseguidos por los respectivos preceptos permisivos, esto quiere decir, que medie una incompatibilidad entre de los preceptos. La pretensión de aplicar el principio de subsidiaridad no es viable, porque importaría consagrar una jerarquización de las causas de justificación, y como dije previamente, no existe jerarquía entre las causas de justificación (19).

## **10. PRUEBA.**

La ley le confiere a quien se defiende legítimamente, un estado excepcional, que hace que se invierta el principio general de inocencia, es decir, que se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario, siendo el que acusa quien tiene que probar la culpabilidad.

El que ha obrado en legítima defensa tiene que probar, acreditar, todos los requisitos exigidos por la ley, y que se han dado las circunstancias que la misma prevé, para el caso de la defensa propia.

Para el que se ha defendido legítimamente basta demostrar que lo ha hecho dentro de lo que exige la ley, como para que se determine que es inimputable, o sea no que su conducta no sea punible penalmente.

Por otra parte, los jueces, deben valorar adecuadamente y bajo los principios de la sana crítica, haciendo un exhausto estudio de las pruebas presentadas con fundamento, y deben colocarse en la situación del que ha creído razonablemente que estaba frente a un peligro inminente de agresión mortal. Esto quiere decir, que el juez debe tratar de reconstruir de la manera más exacta posible la situación límite por la que ha atravesado la persona.

El juez podrá apreciar todo tipo de pruebas que se le ofrezcan, sin ningún tipo de limitación, debiendo fundamentar el rechazo de alguna medida probatoria en su caso.

## **11. CONCLUSIONES**

Como podemos ver con claridad, es que quien es atacado, debido a la agresión, no puede conservar siempre la sangre fría necesaria para observar la medida exacta de la defensa, sino que reacciona según impulsos e instintos que sólo estando en ese lugar en ese momento puede comprenderse.

La parte atacada, debe defenderse empleando un medio de defensa lícito en sí mismo y proporcionado a la agresión, aunque resulte en perjuicio del agresor un daño que no era necesario para contener el ataque, y aún puede ser más grande que el que tuvo voluntad de inferir la persona forzada a defenderse, estaría así defendiéndose legítimamente.

El fundamento de la legítima defensa es el derecho del ciudadano a ejercer la conducta defensiva directamente cuando el estado no puede proporcionarle sus servicios de seguridad y justicia, en el caso concreto, con la misma eficacia.

Lo que se destaca en nuestra legislación es la necesidad y obligatoriedad de la proporcionalidad del acto ilícito con la conducta defensiva de quien es víctima de la conducta antijurídica, o de quien advierte que lo será.

## Capítulo III

### EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. La regulación del exceso de la legítima defensa: artículo 35 del C.P. 3. Tipos de excesos. 3.1. Exceso intensivo. 3.2. Exceso extensivo. 4. Naturaleza Jurídica del artículo 35 CP. 4.1. Exceso imprudente o culposo 4.2. Exceso doloso. 4.2.1. El dolo y su ubicación sistemática dentro de la teoría del delito. 4. Diferencia entre la legítima defensa y la justicia por propia mano. 6. Caso Santos: un exceso en la legítima defensa. 6. Negociación. 7. Fundamento por el cual siendo el exceso doloso, el artículo 35 del C.P. aplica una pena disminuida o atenuada. 8. Por qué en un accionar doloso que se excede, se atenúa o disminuye la pena en el artículo 35. 9. Conclusiones.**

## **1. INTRODUCCION**

Este capítulo es el centro del tema que elegí para desarrollar mi trabajo, entraremos de lleno en el objeto del análisis del mismo que es el exceso en las causas de justificación.

Asimismo, hare un repaso de las diferentes corrientes doctrinarias respecto del tema en cuestión y me centrare en los problemas que presenta la regulación del exceso en nuestro ordenamiento jurídico, conforme la redacción actual del art. 35 del C.P.

Esos problemas que presenta el exceso se plantea respecto de todas las causas de justificación, pero el tema que me concierne para lograr una solución de índole práctica y a fin de clarificar los conceptos que a continuación voy a explicar, la mayor parte de mi trabajo será el análisis del exceso respecto de una causa de justificación en particular: la legítima defensa (art. 34, inc. 6° y 7° del C.P.), artículos que fueron descriptos en Capítulo II.

## **2. LA REGULACION DEL EXCESO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: EL ARTICULO 35 DEL C.P.**

El art. 35 del C.P. regula la cuestión planteada en este trabajo y dicha disposición legal sostiene el siguiente texto “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”.

Le corresponderá siempre una sanción menor y susceptible de cumplimiento en suspenso, y en libertad condicional, pero nunca deja de ser una condena, como en el caso, por ejemplo, de un homicidio culposo que conlleva a una pena de 6 meses a 5 años de prisión.

Transgredir los límites impuestos por la ley significa violar alguno de los requisitos establecidos por la misma, para justificar el acto.

Al hacer un recorrido en los diferentes textos legales, como por ejemplo, el alemán, se observa que nuestro texto vigente no es específica de la legítima defensa, sino que es una disposición común a todas las causas de justificación.

Asimismo, en el proyecto Tejedor o Código de la Provincia de Buenos Aires se consagraba dos tipos de exceso, siguiendo con la modalidad de que el instituto estaba referido exclusivamente a la legítima defensa: exceso punible y exceso impune.

Según Soler, el exceso es “...la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada”, o también como la situación que se da “...cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz”... (20). De este texto transcrito pareciera que se regula el exceso de manera que de producirse un exceso en el ejercicio de una causa de justificación, la conducta de quien actúa excedido será reprochable de acuerdo a los parámetros de la pena fijada para ese delito por culpa o imprudencia.

Para dilucidar si el artículo 35 del C.P. se refiere a la aplicación de la pena como una necesidad para la realización imprudente del tipo penal, o para lograr una atenuación en el marco punitivo.

### **3. TIPOS DE EXCESOS**

#### **3.1. EXCESO INTENSIVO**

En donde el que se defiende excede sobradamente la razonabilidad de su acto, ya que bien podría haber quedado concluido, cuando logró impedir o repeler

fehacientemente el ataque sufrido y no es necesario, seguir insistiendo con la defensa, ya que se puede dar aviso y participación inmediata a la autoridad, para que ésta acuda y se haga cargo de la seguridad, como corresponde, pues ahora ha desaparecido el riesgo que existía para la víctima al principio. Tal es el caso del que detiene al delincuente de un golpe, lo desmaya, puede maniatarlo, o asegurarlo de cualquier otra, y solicitar entonces el auxilio de la policía, de inmediato.

En este supuesto, no habrá que confundir el exceso en la legítima defensa propiamente dicho, con el exceso en los disparos o los golpes aplicados por la víctima, a raíz de la desproporción en la superioridad física o numérica del agresor, o por subsistir el grado de peligro que el mismo representa, como lo ha sostenido recientemente la jurisprudencia de la Capital Federal, que no merecen sanción o reproche alguno.

### **3.2. EXCESO EXTENSIVO**

Esta figura hoy ya no existe, con la sanción de la ley 23.984, y con el paso del tiempo, considerándose que solamente en el mismo acto del ataque se podía ejercer simultáneamente la defensa y no después, ya que al describir la flagrancia, se dispone que cualquier persona puede detener a un delincuente si lo ha visto perpetrar el delito, más aún si es la propia víctima, en el mismo momento de realizarlo, o inmediatamente después, ya sea persiguiéndolo por sí mismo, o con el concurso del público o de la fuerza pública, o cuando lo haya encontrado con objetos o rastros que hagan presumir vehementemente que ha cometido el hecho.

## **4. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTICULO 35**

Es importante establecer si se trata de un exceso doloso, o de un exceso imprudente o culposo.

#### **4.1. EXCESO CULPOSO**

Quien introdujo la norma en el Código Penal fue el doctrinario Julio Herrera quien se inclinaba por considerar que el exceso debía tener el tratamiento del delito imprudente y quien en su obra establece... “la pena análoga a la del delito culposo, con el cual tiene semejanza...”(21).

Como una crítica al creador de la norma, se puede decir que lo que no hizo es una equiparación entre el delito culposo y la situación regulada por el art. 35 C.P, sino que se refirió a la pena aplicable en los casos de exceso, la que esta debiera ser análoga y semejante a la del delito culposo. Esto quiere decir que al sostener que a la situación regulada en el art. 35, le es aplicable una pena análoga a la del delito culposo no está afirmando que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación tenga la misma naturaleza que el delito imprudente, sino que solamente lo estaría equiparando en relación con sus efectos.

Entonces, lo que no hizo Herrera fue estudiar qué pasa cuando el exceso en el ejercicio de la causa de justificación lo es respecto de un delito que no está previsto en su correlato de realización imprudente, con base en qué figura típica se tendría que efectuar la comparación para aplicar, una pena “análoga a la del delito culposo.

González Roura, al hablar de las circunstancias atenuantes del delito afirma: ..."Otras atenuantes de las de este grupo se relacionan con las causas jurídicas de la responsabilidad” ....(22).

Hallándose estas formas principalmente por el exceso en la defensa de los derechos, el cumplimiento del deber, la autoridad o el cargo, así como en los casos de necesidad del art. 34 del C.P.

No se trata del exceso intencional, como es el abuso de autoridad, sino el exceso culposo, por error de cálculo o de apreciación de la necesaria y justa proporción entre el medio y el fin legítimo que el sujeto se propone alcanzar, debido a su estado de espíritu, a su temperamento imprevisible o nervioso, etcétera.

El exceso en tales casos tiene en el artículo 35 del Código, una atenuación calificada a título de culpa.

Como dice Carrara, no hay que olvidar que, no se trata de exceso de defensa propiamente dicho, sino de exceso de legítima defensa. El primero es siempre doloso. El segundo es culposo. Éste pone de manifiesto un error de cálculo en cuanto a la gravedad y a la inevitabilidad del peligro. Es indispensable, sin embargo, que concurren todos los elementos de la defensa legítima-

PECO sostenía: que el art. 35 abarca todo exceso, no sólo el de la defensa, sino también el de la obediencia debida y el estado de necesidad. Hay que situarla entonces, como epílogo de las causas de justificación, en cuanto el exceso se vincula con ellas.

SOLER por su parte, le da al tema un tratamiento sistemático, situándolo y dándole, dentro de la escuela técnico-jurídica, una explicación coherente. Establece que el fundamento en que radica la disminución de pena prevista para los casos de exceso en el ejercicio de una causa de justificación, consiste en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, situación en la cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. El temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable a título de culpa (23). O sea que no hace una equiparación de la escala penal correspondiente al exceso con la que

corresponde a la figura culposa, en realidad lo que hace esta doctrina es afirmar que el elemento subjetivo del exceso es culposo y no doloso.

Asimismo, sostiene Soler que la fórmula empleada por el Código está señalando una condición esencial para que exista exceso es necesario la preexistencia de una situación objetiva de justificación, e modo que el exceso se refiere a los límites de la acción, no a su inicial licitud.

Define el exceso y afirma que es “la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada, o "cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz”.

Y al estudiar el carácter del exceso, dice: "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 e imprudencia, suele encontrarse en especial para las situaciones de legítima defensa y estado de necesidad, en el temor que produce en el necesitado la situación misma de peligro, en el cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. El temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable sólo a título de culpa.

En otras palabras esta doctrina, no hace una equiparación de la escala penal correspondiente al exceso con la que corresponde a la figura culposa, en realidad lo que hace es afirmar que el elemento subjetivo del exceso es culposo y no doloso.

Soler, se anima más todavía y Soler dice que hay q considerar que en esta clase de casos debería estarse directamente por la impunidad de la conducta. "La remisión del art. 35 a la escala penal de la figura culposa es un índice más que valioso para estimar que el exceso está fundado, para nosotros, en el temor determinado por la situación en

que el agente se encuentra, fácil terreno para emprender acciones precipitadas e inconsultas, porque según lo comprueba la investigación psicológica, esos efectos no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no se producen o suprimen a voluntad. Más correcto encontraríamos que, a imitación de otros códigos, el exceso en que ha incurrido por ese género de perturbaciones fuese totalmente impune" (24).

Por su lado, Nuñez también sostuvo que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación es reprochable solo a título culposo y afirmaba que "...Lo que, por el contrario, conduce al agente al exceso, es su negligencia, o imprudencia o su inobservancia reglamentaria o de los deberes a su cargo, que induciéndole a errar sobre las reales circunstancias del caso, no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad o mantenerse dentro de los límites legales o de la orden superior...". Además sostuvo que "...en la disputa sobre si el exceso es imputable a título de culpa o de dolo, lo más adecuado es decir que la desproporción objetiva del medio de ejecución empleado, subjetivamente debe obedecer a un estado de excitación o perturbación del ánimo del autor o a un abandono por parte de éste de las reglas de prudencia observables en el caso, que, sin alterar su finalidad de ejecutar la ley, ejecutar su autoridad o sortear el peligro, lo ha llevado al exceso. Por consiguiente, el exceso no sólo es compatible con aquellos estados de ánimo del autor que, por un simple error vencible, y, por consiguiente, culpable, no lo privan de la conciencia de cumplir un fin legítimo, sino, también, con aquellos que acusan una culpa positiva de su parte (real imprudencia). Cuando el error del autor acerca de la debida medida de su acción, no le es imputable, entra en función la justificación putativa. El Código Penal castiga el exceso con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia (art. 35). De esta manera, sin declarar expresamente que su esencia es culposa, pero reconociendo su

verdadera naturaleza, lo somete a un régimen propio de la culpa, de su castigo sólo en caso de que exista una disposición especial al respecto...(25)

Resumiendo, lo que hace este doctrinario es hablar de dolo en el acto inicial, toda vez que no basta que exista voluntad de un resultado cualquiera para que exista dolo, sino que es necesario que ese resultado sea ilícito, y esa comprobación deba lógicamente preceder a la indagación subjetiva. No existe, pues, un dolo inicial que se prolonga al exceso de acción. Se puede decir que parte de una concepción del dolo en particular. Si se entiende que el dolo consiste en el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo (“conciencia o conocimiento de los hechos comprendidos por el tipo delictivo” en el decir del autor) pero además, el dolo abarca o debe abarcar también la conciencia o conocimiento de las circunstancias que determinan la criminalidad del hecho penalmente típico (en otras palabras, la conciencia del ilícito) tendremos que, al hacer derivar el exceso de un error, dicho error llevará al desconocimiento de la ilicitud. Por ello, al tratar la ilicitud como un elemento más que debe ser conocido por el autor para que haya dolo (propio de las teorías del dolo), el desconocimiento de la ilicitud (error) conducirá a afirmar que no puede haber dolo y por tanto, solo será de aplicación el tipo imprudente.-

Si bien se puede estar de acuerdo o no con la postura de Núñez, lo cierto es que la misma es de gran utilidad ya que permite clarificar el pensamiento de muchos autores que al igual que él, sostienen que el exceso posee una naturaleza determinada por la imprudencia y que por lo tanto, no se trata tan sólo de aplicar una “pena semejante o análoga a la del delito imprudente” como establece la norma. O sea que, según esta postura, al exceso no sólo se le aplicaría la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia sino que el propio exceso es, en sí mismo, imprudente. Lo que hacen los autores es hincapié en que el sujeto debe conocer para afirmar la existencia de dolo,

porque el dolo no se satisface con el conocimiento por parte del autor de los elementos del tipo objetivo del delito de que se trate, sino que debe abarcar también el conocimiento de la ilicitud de la conducta realizada.-

De La Rúa afirma que la cuestión parte de la propia justificación, en la legítima defensa, no es necesario un ánimo defensivo específico, porque la situación objetiva de agresión injusta y de uso racional de un medio que la potencia, impiden que el derecho vaya más allá. Pero, en cambio, en el exceso, saliendo del ámbito objetivo señalado, sí juega, indudablemente, el factor subjetivo.

Pero tal factor subjetivo se realiza sobre el contenido anímico del autor en relación a la justificación de que se trata. El exceso supone en el excedido una creencia de actuar en la justificación, vale decir se relaciona con el error sobre las condiciones objetivas del actuar justificado.

Continúa diciendo que en la legítima defensa, o cree que el peligro es mayor y por eso usa un medio superior, o cree que el medio es inferior a lo que realmente es, o cree que el medio mayor no producirá resultados innecesarios; pero en el instante mismo que el sujeto deja de creer tal cosa, se sale del ámbito del exceso, pues no se actúa en relación a la justificación. La creencia, supone un error, nacido de la situación de apremio, en el caso de la legítima defensa o del estado de necesidad, o nacido culposamente en el ejercicio de un cargo, autoridad, etcétera. Es por eso que la diferencia entre error e imprudencia no es correcta, pues esta última supone un doble error, el de la necesidad de utilización del medio, y el relativo al acaecimiento del resultado por la utilización de tal medio; incluso puede el error de la imprudencia ser sólo este último (me basta el palo, lo sé, pero uso intimidatoriamente el revólver por las dudas; no hay error sobre la necesidad, pero sí sobre el resultado).

Y termina diciendo, que, como vimos anteriormente, la verdadera naturaleza del exceso, es un error culpable, que consiste en la creencia de actuar dentro de la justificación; pero no hay exceso si el error es inculpable, rigiéndose en tales casos generalmente por el art. 34, inc. 1º (así en el estado de necesidad), aunque a veces ello mantiene el actuar en la justificación (legítima defensa). La creencia es suficiente para el encuadramiento en el error y consecuente exceso. Las referencias a temor, etc., son en esto innecesarias, porque a la ley le basta que el sujeto crea justificadamente; no para justificarlo, pero sí para excluir la responsabilidad dolosa.

Por otra parte DÍAZ cuando comenta la norma del Código Penal, sostiene que es una prescripción adecuada, dado que la culpa o imprudencia ofrece, como elementos esenciales, la producción de daño igual al del delito, la posibilidad de previsión, y ausencia de intención criminal.

Quien se excede en el ejercicio del derecho de defensa, es causante del daño; la consecuencia era previsible; pero no puede sostenerse con fundamento que existió por su parte, intención criminal; no pudo tener el propósito de causar un mal, por producirlo, sino defender su persona o derechos, de una agresión, a todas luces ilegítima.

La forma como anteriormente se resolvía esta situación importaba un error. Se consideraba el hecho como delito doloso y se atenuaba la pena por razón del ataque de la víctima.

Esta solución sería justa si el autor hubiera tenido intención de ejecutar el delito; pero ello no surgía del examen de su conducta. Su propósito había sido defenderse, paralizar o rechazar un ataque, que se le traía; su intención no era sino ejercitar un derecho; luego nunca pudo considerarse delito doloso el cometido.

Nuestro Código sanciona bien la actuación del que en su defensa causó un mal, por exceder los límites fijados a la misma.

Carlos Fontan Balestra, en oportunidad de comentar el art. 35 C.P. afirmó que "...Al fijarse a los hechos previstos en el art. 35 del Cód. Penal la escala penal determinada para los delitos culposos, la ley no hace una simple remisión, sino que contempla la verdadera naturaleza culposa del exceso..."(26), a diferencia de la postura de Herrera quien dice, como vimos al principio, que al exceso debían aplicarse las penas semejantes y análogas de la figura culposa, lo que no significaba decir que el exceso per en sí era producto de un actuar imprudente.-

Cuando el error del autor acerca de la debida medida de su acción, no le es imputable, entra en función la justificación putativa.

El Código Penal castiga el exceso con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia (art. 35). De esta manera, sin declarar expresamente que su esencia es culposa, pero reconociendo su verdadera naturaleza, lo somete a un régimen propio de la culpa, de su castigo sólo en caso de que exista una disposición especial al respecto". Y termina diciendo: "En este caso, el dolo propio del hecho se transforma en culpa, originando tipos delictivos culposos cuya especialidad consiste en que la culpa excluye la debida medida de una acción que aparece justificada a los ojos del autor"<sup>45</sup>.

Hasta acá, intenté hacer una descripción los autores que sostienen que el exceso es culposo, por lo general, fundan su argumento en una interpretación histórica de la norma, basándose fundamentalmente en las palabras de CARRARA por un lado, y por otro en la posición frente al dolo que dichos autores tienen, o sea que el dolo comprende la conciencia de la criminalidad, lo cual lleva a una apreciación previa sobre la teoría de la acción, y fundamentalmente a una postura filosófica anterior a toda idea del derecho

como tal. O sea que la estructura del problema se hace más difícil de ver, si no se ven con anterioridad estos problemas, que se harán resaltar en su oportunidad.

#### **4.2. EXCESO DOLOSO**

Como desarrolle en el punto anterior, ahora expondré los diferentes autores que se refieren, por el contrario, a que el exceso debe tratarse como un hecho doloso.

Enrique Bacigalupo, sostiene la teoría de que el hecho es doloso, diciendo: "La punibilidad atenuada que establece el art. 35 se explicaría, de acuerdo con esto, en la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad (es decir, sobre la falta de necesidad) de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho.

Y más extensamente lo explica en otra de sus obras al decir que el artículo 35, toma en cuenta los casos de exceso sobre los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, manteniendo para ellos la punibilidad adecuada. La dogmática ha entendido en general que la atenuación que dispone este artículo refiriéndose a la pena del delito culposo, significa que el exceso es una forma de auténtica culpa. Sin embargo, tal caracterización de la atenuación del art. 35 del Código Penal es evidentemente impropia, en la medida en que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quisiera. Por este motivo, el exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo; lo que el autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso. El autor quiso matar y mató; la creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia.

Enrique Ramos Mejía, por su parte, sostiene que el Código Penal argentino regula deficientemente los efectos del error. Sólo se refiere expresamente al error llamado de hecho en el inc. 1° del art. 34.

En su obra, dice que la solución que manifiesta BACIGALUPO es la correcta, la que por dolo se entiende, la consciente y voluntaria realización del tipo objetivo, no puede negarse que en el caso el autor obró con dolo. El concepto no se extrae del inc. 1° del art. 34 del Cód. Penal, sino que se deduce como necesario elemento de carácter subjetivo de los tipos del libro segundo que no hacen expresa referencia a la culpa, y puede caracterizarse como el fin de cometer un delito determinado (art. 42). No hay duda, por ello, que en nuestro ejemplo el procesado obró con dolo, pues quiso lesionar y lesionó. Pero lo hizo a consecuencia de un error que, recayendo inicialmente sobre la situación de hecho, lo hizo considerarse amparado por la ley, es decir, en error de prohibición, y éste, que en nada afecta al dolo, justifica una culpabilidad menor, dado que el error, como lo establecimos, es vencible. Y la medida de esa menor culpabilidad no es otra que la determinada por el artículo 35 del Código Penal".

Zaffaroni, sostiene que no se trata de que las conductas previstas en el art. 35 sean culposas, sino que el Código Penal establece, únicamente, que se le aplica la pena del delito culposo.

La disminución de pena que se opera en el mencionado supuesto no obedece a error ni a emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la reprochabilidad o culpabilidad de la conducta. No hay culpabilidad disminuida en tal supuesto, sino que se trata de disminución de la antijuridicidad: es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica.

Por último, Donna, se manifiesta diciendo que no puede el legislador cambiar la naturaleza de la acción, por más que esa sea su voluntad. Quien se defiende, inicia su acción de manera dolosa, en el sentido que quiere defenderse, y termina su acción también dolosamente, esto es, excediendo la agresión ilegítima. Y para este caso es la regulación del art. 35 del Cód. Penal, porque si el sujeto mata, culpa mediante, sería aplicable el art. 84, lisa y llanamente, con lo cual la disposición estaría de más (27).

La jurisprudencia mayoritaria se ha expresado a favor de esta corriente diciendo que el homicidio en exceso de la legítima defensa (art. 35 del C.P.) debe reputarse doloso, pues no puede juzgarse ficticiamente que el accionar de quien quiere el hecho, utilizando un medio idóneo para su fin, no se representó, cuanto menos como alternativa el resultado lesivo, siendo inaceptable que luego se reproche la conducta por haber sido violatoria de un deber de cuidado a título de culpa.

#### **4.2.1. EL DOLO Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO**

No quiero explayarme demasiado en este tema, ya que no es el tema principal de mi trabajo, solo voy a aclarar el dolo del delito pertenece al tipo y no a la culpabilidad, por lo que el contenido del dolo se debe limitar al conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo del delito de que se trate. Entonces, la conciencia de la ilicitud del comportamiento no pertenece a la órbita del dolo sino que es un elemento cuyo análisis deberá efectuarse en el estrato de la culpabilidad.

Al respecto Edgardo Donna sostiene que, la conciencia de la ilicitud es un componente de la culpabilidad y no es otra cosa que un simple juicio acerca de la posibilidad que le ha sido dada al autor de reconocer, en el caso, lo prohibido de su

actuar. Si esta no existe estaremos frente al error de prohibición y el problema se plantea frente a la evitabilidad o no de ese error, pero el dolo permanece, por así decirlo, intacto.

Partiendo de esa base, la configuración del dolo no exige conciencia de la ilicitud porque la conciencia de la ilicitud es un elemento de la culpabilidad y el dolo pertenece al tipo del injusto, podremos afirmar que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación resultará ser doloso. Así, se podrá discutir en todo caso que la persona que no sabía que actuaba en exceso no quiso actuar antijurídicamente pero esto es sin dudas un error que recaerá sobre la conciencia de la ilicitud del comportamiento, elemento éste que no se encuentra abarcado por el dolo. Por eso, aún en caso de recaer un error en el sujeto actuante sobre esta circunstancia, no podremos sino afirmar la subsistencia del dolo. Edgardo Donna es firme en este tema diciendo que estando el dolo en el tipo, es claro que quien se excede, se excede dolosamente.

Por todo lo antes expuesto, se puede decir que hay que de la idea de delimitación del contenido del dolo y qué es lo que debe entenderse por dicho elemento, así pues Welzel sostuvo respecto del contenido del dolo que "...toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la consciencia de lo que se quiere (el momento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo (el momento volitivo). Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (= "dolo de tipo"). Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito". Y, refiriéndose a la conciencia de la antijuridicidad de la acción, agregó que "...la antijuridicidad de la acción no es nunca una circunstancia del hecho... sino siempre una valoración del tipo (la disconformidad entre la realización del tipo y las exigencias del Derecho). Por eso, la conciencia de la antijuridicidad de la acción no pertenece al dolo de tipo, sino que es un momento de la culpabilidad, de la reprochabilidad...".

El error en que incurre un sujeto al considerar una acción justificada cuando en realidad esa acción no se encuentra justificada por haberse excedido en el ejercicio de la causa de justificación, constituye un error que afecta su conciencia sobre la ilicitud del comportamiento llevado a cabo. En este caso, el sujeto cree que actúa justificado cuando en realidad ya no lo estaría. Este error, que en última instancia es un error sobre la conciencia de la ilicitud, mantiene incólume el dolo del sujeto. Y esto es así, por la posición doctrina mayoritaria, que conduce a afirmar que el dolo no necesita para su configuración del conocimiento de la ilicitud del comportamiento.

## **5. DIFERENCIA ENTRE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y LA JUSTICIA POR MANO PROPIA**

No todos los casos de justicia por mano propia involucran muertes gratuitas, ya que si bien no constituyen ejemplos clásicos de legítima defensa, se originan bajo los requisitos de la misma, pero terminan fuera de la ley, ya que no solamente no constituyen excesos de la misma, sino que devienen en procesos típicos de emoción violenta, estados temporales de consciencia, o permanentes de carácter puramente patológicos.

No vale la pena cargar en la conciencia con la culpa de por vida, disparar a un delincuente que aunque se ha llevado un bien material, no cometió daños en la salud, ni amenazó con hacerlo, ofreciendo su espalda en la huida.

Matar en esa situación es cargar con una muerte gratuita.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, basada en la Constitución nacional y los pactos sobre derechos humanos que se han incorporado como ley suprema, por una parte, y desde la perspectiva de la política criminal, por otra, debe sostenerse

enfáticamente que la legítima defensa no es un instituto que tiene por objeto hacer justicia por mano propia, fin que es rechazado por la sociedad al firmar el pacto o aceptarlo tácitamente en la creación del Estado, único ente que tiene el monopolio de la fuerza.

De modo tal que toda la estructura de la legítima defensa tiene sentido en la agresión ilegítima, por una parte, y en la necesidad de la defensa, por otra. Más allá de ese punto la conducta es ilícita y, por ende, debe ser castigada.

## **6. CASO SANTOS: UN EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA**

A continuación hare una breve reseña del caso que dividió a la sociedad por primera vez, entre los que defendían el actuar del Ingeniero Santos y los que estaban en contra del gatillo fácil.

El sábado 16 de junio de 1990 en horas del mediodía Santos, que por entonces tenía 42 años, estaba en una zapatería con su mujer cuando escuchó la alarma de su cupé Fuego que se había accionado cuando los jóvenes Osvaldo Aguirre y Carlos González le robaron el pasacasete. Santos, a quien ya le habían robado doce veces en la misma forma, subió con su esposa a su vehículo y persiguió a los ladrones, que iban en una camioneta Chevy, hasta darles alcance. Cuando esto sucedió su mujer gritó asustada “¡Nos van a matar!”, porque le pareció que uno de ellos buscaba algo en el vehículo, lo que hizo que Santos, sin detenerse, les hiciera dos disparos con un arma que llevaba y en cuyo manejo era hábil. Los ladrones, que no portaban arma alguna, murieron en el acto al ser alcanzados con una bala en la cabeza cada uno.

Como dije al principio de este punto, el doble homicidio provocó una división en la sociedad y en los medios generó un debate sobre el gatillo fácil, la justicia por mano

propia y la legítima defensa que nunca fue saldado y muchos comenzaron a referirse a Santos como “el justiciero”. Santos estuvo detenido por un breve lapso y luego se lo liberó a la espera del juicio, en el cual se abrían tres posibles soluciones:

1) La absolución si se consideraba que había actuado en legítima defensa. Como describí en el capítulo anterior, según el art. 34 inc. 6° del Código penal argentino se considera que no es punible a quien “obrar en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.”

2) La condena por homicidio doloso si no se encontraba justificación alguna para su acción, en cuyo caso conforme al art. 79 la pena es de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años.

3) La condena por homicidio con exceso en la legítima defensa si se juzgaba que su acción excedió los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, en cuyo caso el art. 35° dispone que se aplicará la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

Se abre una causa penal en la cual Santos fue condenado en 1995 a tres años de prisión en suspenso por homicidio con exceso en la legítima defensa. Por su parte las familias de los fallecidos le iniciaron un juicio civil reclamando la correspondiente indemnización por las muertes. Con la familia de González, uno de los delincuentes muertos, Santos arregló entregándoles un departamento y en la demanda de la familia de Aguirre, el otro delincuente muerto, hubo en 2001 una sentencia a pagar 101.425 pesos. Santos apeló y obtuvo una resolución favorable, logrando que se declare la existencia de culpa concurrente y su responsabilidad se redujera al 20 % pero

antes que se fijara la suma definitiva las partes llegaron a un acuerdo en diciembre de 2004.

La conducta de Santos se adecuó al tipo descrito en la norma del artículo 35 del Código Penal, es decir, es excedido en los límites impuestos por la necesidad, lo que debe ser castigado con la pena fijada para el delito cometido por culpa o imprudencia, la que se puede graduar entre seis meses y tres años de prisión, conforme lo establece el artículo 84 del Código Penal.

En consecuencia, podemos concluir que se trató de un caso de exceso en la legítima defensa putativa. Se trató de un exceso intensivo, es decir, de aquel que se lleva a cabo con mayor impresión que la necesaria.

Santos tenía al momento del hecho una pequeña empresa pero los gastos e indemnizaciones lo dejaron sin dinero, pero uniéndose a sus hijos que estaban en la misma actividad (tratamientos de superficie y corrosión) pudo sacarla adelante. Según una nota periodística publicada veinte años después, su abogado informó que desde entonces Santos no ha vuelto a tocar un arma.

El caso fue tan importante y marcó un antes y un después en lo que es el tema principal de este trabajo, que fue reconstruido en el programa televisivo Sin Condena, en el que el Ingeniero Santos fue interpretado por el actor Luis Luque.

## **7. FUNDAMENTO POR EL CUAL SIENDO EL EXCESO DOLOSO, EL ART. 35 APLICA UNA PENA DISMINUIDA O ATENUADA.**

En el punto anterior el criterio mayoritario doctrinario entiende que el exceso regulado en el art. 35 del código Penal trata una situación que debe analizarse bajo la órbita del dolo.

Como consecuencia, desde el punto de vista de esta perspectiva, no debe brindarse al exceso un tratamiento culposo sino que éste debe ser doloso, y así queda por resolver la siguiente cuestión: ¿por qué el artículo 35 del C.P. reprime a quienes incurren en el exceso en el ejercicio de una causa de justificación con "...la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia?", o sea, por qué se atenúa la pena en este tipo de delitos justificados.

Al respecto hay dos posturas definidas.

Bacigalupo sostiene que la disminución de pena se hace por la existencia de error. Afirma textualmente: "A nuestro juicio, en cambio, lo único que puede determinar la atenuación es la no conciencia del exceso sobre los límites de la necesidad"(28).

Afirma que el art. 35 del Cód. Penal es una norma que se refiere a errores evitables sobre la antijuridicidad.

Sostiene que "el Código Penal argentino, en su art. 35, que se refiere al error sobre los límites de la necesidad de la justificación, alcanza tanto a los excesos intensivos cometidos sin conciencia de la antijuridicidad, como a los errores sobre la necesidad proveniente de la falsa apreciación de una circunstancia objetiva que de concernir lo justificaría".

Y termina diciendo: "En tanto la esencia de los supuestos de hecho que designamos como eximentes putativas es idéntica con la de los casos de exceso, será ineludible regirlos por el art. 35 del Cód. Penal".

Esto quiere decir que, en que la conciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo y sí a la culpabilidad. Por lo que el autor afirma: "por esto es que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del delito, pero no un elemento del dolo. El art. 34, inc.

1º, al requerir la posibilidad de la comprensión de la criminalidad, establece solamente que la posibilidad es un presupuesto para la aplicación de una pena, pero no implica que la comprensión efectiva sea un elemento del dolo, es decir, no determina su posición sistemática"

Para Zaffaroni, problema se plantea desde otro punto de vista. Aquí se sitúa la antijuridicidad de la conducta y define su apreciación.

Lo que plantea el citado autor es que, el único fundamento de que la conducta típica sea portadora de una menor carga de antijuridicidad es que la conducta que se inicia y agota como antijurídica es más antijurídica que una conducta que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación, y se agota antijurídicamente.

De ahí que se exige siempre al inicio jurídico de la acción, abarcando el exceso intensivo y el extensivo.

Y realiza la crítica a la teoría del error, en el exceso extensivo, en el cual no hay error, si se elimina la finalidad defensiva. En este caso se pueden dar tres hipótesis:

a) error invencible y en este caso habrá error de prohibición y por ende se elimina la culpabilidad;

b) error vencible de prohibición, y

c) que el agredido reconozca que termina la agresión, pero quiera asegurar el resultado.

O sea que agota su defensa más allá de la agresión. En este agotamiento de la defensa no hay ningún error, ni vencible, ni invencible y no está excluida la finalidad defensiva, pese a haber cesado la agresión.

Y critica a Bacigalupo, diciendo que, su posición es extensiva de punibilidad en cuanto requiere el error vencible en el art. 35 y en cuanto a que pretende penar acciones que no tienen pena establecida.

## **8. POR QUÉ EN UN ACCIONAR DOLOSO QUE SE EXCEDE, SE ATENUA O DISMINUYE LA PENA EN EL ARTÍCULO 35.**

Anteriormente, cité los juristas más conocidos en la materia, acordando casi todos en el criterio por el cual el exceso regulado en el art. 35 del código sustantivo trata una situación que debe analizarse bajo la órbita del dolo

La primera respuesta al por qué la atenuación de la pena en el artículo 35, es que este artículo está desvinculado del sistema de nuestro Código, y hasta algunos arriesgan a decir que es un despropósito, casi sin sentido. Hasta ahora la doctrina parece haber llegado a esta conclusión, vista en su totalidad.

La total falta de acuerdo, las distintas opiniones, hacen que ésta sea la primera impresión sobre el tema.

La segunda respuesta es dejarlo así y, como es ley, aplicarlo tal como está en el Código, no importando cuál sea el sentido de la disminución de la pena.

Por último, y aquí me sitúo, es situar dogmáticamente este artículo y darle una sistemática.

La teoría final de la acción aparece como la más coherente en la interpretación lógica, y que además soluciona problemas prácticos que parecían dudosos.

También se puede afirmar el carácter doloso del exceso dentro de este sistema, así como que este carácter doloso no se contrapone con la letra de nuestro Código, siendo una interpretación que surge de la fuente misma.

Vamos, pues, a dar un último paso dentro de este sistema, a fin de integrar el art. 35 a nuestra dogmática.

Quedan como alternativas válidas dos respuestas ya vistas: o que es un caso de error, haciendo operar el art. 35 con el 34, inc. 1º del Código Penal, o es un problema de disminución de la antijuridicidad.

Resulta más lógico, el sistema del error, sobre todo porque este tema todavía no ha sido clarificado en la dogmática.

Sin perjuicio de que algunos casos deban solucionarse dentro del problema de la culpabilidad, o sea con el error de prohibición.

Como hemos visto a lo largo de esta presentación, nuestro artículo no hace referencia alguna a su turbación, miedo o temor. Es claro, que hay una disminución de la antijuridicidad que lleva por ende a una disminución de la pena. En el fondo, el legislador, con mala técnica, ha pensado que se debe disminuir la sanción por ser menos antijurídico el hecho.

NINO dice: "la antijuridicidad no es una propiedad del tipo 'todo o nada', sino que puede darse en diferentes grados", y esto es así "puesto que la antijuridicidad de una acción es, como vimos, puramente objetiva en un sistema penal liberal.

En cuanto al problema de la gradualidad de la antijuridicidad, parece claro que ésta es la característica del injusto, de la cual depende en mayor o menor grado, de ahí la intensidad de la relación. Y si afirmamos esto, creemos que la atenuación se da

siempre cuando quien se excedió, estuvo dentro de la justificación. Para que la ley justifique al autor, tiene que haberse encontrado justificado en un momento de su accionar.

De modo que el art. 35 abarca el exceso intensivo, como el extensivo. Si el que se defiende sobrepasa este límite, actúa antijurídicamente (exceso intensivo en la defensa).

También actúa antijurídicamente el defensor cuando se defiende pese a que la agresión no es todavía, o no es ya actual (exceso extensivo en la defensa). En el primer caso, el autor se excede en la medida, en el segundo, se excede en los límites temporales de la legítima defensa.

En síntesis, a partir del dolo en el tipo, se encuentran elementos para afirmar que si bien la antijuridicidad es objetiva, el injusto es subjetivo, y por ende la relación con la norma puede en algunos casos ser menor. Es decir, hay menor grado de antijuridicidad, porque el actuar doloso no alcanza, por diversos motivos, la intensidad normal que requiere la ley. Éste y no otro es el fundamento, en nuestro derecho, la disminución de pena que el art. 35 del Código Penal trae.

Sin embargo, es importante que, el sujeto debe haber empezado dentro de lo jurídico y después caer fuera de esos límites. Hay autores que exigen que se comience dentro de lo jurídico y después aparezca el exceso.

Quien en su primer accionar actuaba ya antijurídicamente, no puede excederse, porque nunca su actuar fue jurídico.

Como la posición, ya expuesta, de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien fundamenta la atenuación de la pena no tanto en el error tal como considera el autor precedente sino

antes bien, en la posibilidad de efectuar una graduación de la antijuridicidad; “...el único fundamento de que la conducta típica sea portadora de una menor carga de antijuridicidad es que la conducta que se inicia y agota como antijurídica es más antijurídica que una conducta que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación, y se agota antijurídicamente”(29).

## **9. CONCLUSIONES**

En esta última parte del trabajo, se pudo ver que el art. 35 del Cód. Penal, lleva al intérprete a muchas discusiones. La forma de redacción, sumada al hecho de que no existe por parte de los redactores una clara precisión sobre la naturaleza de él, nos lleva a la situación actual de poca claridad.

Se pudo describir las diferencias en la doctrina nacional sobre el carácter doloso o culposo, a punto tal que con posterioridad se le da expresamente el carácter culposo. Esto nos lleva de entrada a precisar que no es clara su naturaleza, y más aún, que es ella discutible.

Hemos demostrado, desde varias posiciones, la idea de que el dolo pertenece al tipo penal. En esto hemos fundado nuestra teoría, y le hemos quitado la conciencia de la antijuridicidad.

Aceptado esto, quien se excede, lo hace dolosamente. Creemos que en este punto no hay duda. Opinar lo contrario, sería admitir una forma de culpa extraña a la sistemática del Código Penal argentino. Si el que se excede lo hace por negligencia o imprudencia, podrá caer en el art. 35 del Cód. Penal, pero deberá aclararse cuál fue la negligencia o imprudencia cometida, por esto la necesidad de la reforma del artículo 35, detallando los casos en los que existe el exceso de la legítima defensa.

En los demás casos, quien se excede, lo hace voluntariamente, o sea con dolo.

La disminución de la pena es por una menor relación del sujeto con la norma prohibitiva. Es decir, hay menor antijuridicidad en aquel que se excede, entonces hay menor reprochabilidad.

## Capítulo IV

### **CONCLUSIONES FINALES**

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Propuesta de creación de Ley Marco.  
3. Conclusiones y análisis final.**

#### **1. INTRODUCCION**

A lo largo de todo el trabajo se realizo un análisis de los artículos 34 y 35 del Código Penal, en especial el exceso de la legítima defensa, tema central de la tesis.

Luego en los capítulos siguientes se trató de hacer una breve reseña histórica para saber donde estaba ubicada la legítima defensa hoy, y desde sus orígenes.

Asimismo, se trataron temas centrales de la legítima defensa, como son los tipos, las pruebas y las formas lícitas de una conducta típica de la legítima defensa.

Llegando al final del trabajo, se propone la creación de esta ley para difusión y concientización social respecto del exceso en la legítima defensa, para tratar de esta manera, de que desaparezca esa delgada línea existente entre la legítima defensa y la justicia por propia mano, demarcada especialmente por el exceso, de la cual las personas no conocen, no saben diferenciar y caen en errores sin solución.

## **2. PROPUESTA DE CREACIÓN DE UNA LEY MARCO.**

A pesar de que existe una normativa concreta y definida al respecto, el exceso en la legítima defensa suele generar peligros y traer consecuencias que no son las deseadas en un Estado democrático, fundamentalmente cuando en ella se involucran armas de fuego.

Las personas buscan defenderse, ponen rejas, elevan la altura de los cercos, colocan alarmas, luces especiales, cámaras de vigilancia, contratan vigiladores privados, etc, pero una parte importante de la población cree que con todo esto no alcanza y entonces estiman que lo más conveniente es comprar un arma de fuego para defenderse.

En la Argentina hay casi 1.500.000 armas legalmente adquiridas. En muchos casos, la gente siente que armarse le brinda mayor seguridad. Sin embargo, ha sido comprobado en numerosos estudios que las armas de fuego aumentan los índices de violencia dentro de la sociedad, además de que incrementan el riesgo de morir o salir herido, ya sea física o psíquicamente irreversible, en una situación de delito.

Suele darse mucha trascendencia mediática a las muertes en ocasión de robo,

pero sin embargo un informe realizado por la Dirección Nacional de Política Criminal en el año 2008, sostiene que "el 64% de los homicidios dolosos en Argentina no se da en ocasión de robo ni delito". Además, en el 54% de los homicidios se utiliza un arma de fuego. La mayoría de estas muertes, aseguran los expertos, ocurren en situaciones de relaciones violentas o enfrentamientos interpersonales, no en ocasión de robo.

¿Sirve de protección tener un arma en casa? La mayoría de los especialistas coinciden en que no. ¿Para qué se utilizaría un arma de fuego una persona?. La respuesta adecuada sería para defenderse legítimamente pero la legítima defensa entiende que una persona tiene derecho a defenderse en un contexto en el cual el Estado no pueda hacerse presente. Para que este sea aplicable, el peligro o amenaza debe ser actual. Es decir, una vez que el peligro cesó (por ejemplo, el delincuente ya huyó de la casa), la acción violenta por parte de la persona agredida ya no puede ser considerada como lo que llamamos a través todo el trabajo como la legítima defensa.

Ha habido varios casos en los que una persona es asaltada y, luego de que el delincuente huye, lo persigue y lo hiere o termina matándolo. En estos casos, si el auxilio de la autoridad es posible, aunque posteriormente, pero así mismo el sujeto actúa violentamente con la finalidad de recuperar el bien entonces la reacción no es legitimada por el fundamento de la defensa o de la legítima defensa.

Resulta necesario revalorizar los límites éticos y sociales que deben tenerse en cuenta ante una acción violenta por parte de un ciudadano a la hora de defenderse, ya que la violencia social armada pone en peligro las libertades y los derechos de las personas, y se retroalimenta, dando lugar a comunidades temerosas y reaccionarias. Son necesarias esas limitaciones éticas y sociales, para que la población comprenda o siga comprendiendo que la prevención del delito y la recuperación de los bienes sustraídos es misión de la policía, es decir del Estado.

En tal sentido, **nuestra propuesta es avanzar en la divulgación de los contornos exactos y precisos de la eximente y ante la situación actual que se vive en nuestro país, ese avance puede realizarse sancionando una ley de emergencia que obligue a las autoridades a realizar campañas de difusión** tendientes a informar adecuadamente a la población para que se tome conciencia de que si por un lado la defensa debe ser el medio disponible y adecuado para la protección del bien jurídico, por otro lado también debe materializarse con la menor pérdida para el agresor. Esto significa que, dentro de lo que permitan las circunstancias, la persona que se defiende tiene que buscar en principio, resistir la agresión, si no es posible, defenderse neutralizando al agresor, pero procurando usar el medio menos lesivo, cesar la defensa cuando el agresor ya haya sido neutralizado o bien cuando desapareció todo riesgo para la víctima de un delito. Conceder al defensor el poder de utilización de un medio muy peligroso sería lo mismo que afirmar que la legítima defensa es un derecho de naturaleza ilimitada.

### **3. CONCLUSIONES Y ANÁLISIS FINAL**

Luego del camino recorrido en esta investigación, la conclusión sobre el exceso en la legítima defensa nos hace partícipes de la necesidad de crear una nueva legislación al respecto, ya que vivimos rodeados de tanta inseguridad.

Al indagar la realidad jurídico-social de nuestro país, surgieron otras cuestiones que complementaron la propuesta de estudio. Descubrimos que es necesario crear una legislación respecto del exceso en la legítima defensa, dadas las contradicciones entre los doctrinarios y las situaciones de este tipo que nos rodean y dividen a la sociedad.

La problemática en cuanto a la disminución de la pena del artículo 35, es en la actualidad, una de las disposiciones con mas interpretaciones existentes en materia penal, y ante esa discrepancia de interpretaciones, parecería necesario entender que se

trata de una hipótesis de menor contenido injusto, con necesidad de establecer cuales serian esos casos.

El antecedente histórico más directo de este artículo serían los casos de obediencia debida, legitima defensa y estado de necesidad, pero como vemos, el código argentino no contiene ninguna precisión, razón por la cual se plantean tantas dudas.

La menor antijuridicidad del sujeto que actúa amparado, reside en que existe una menor relación con la antijuridicidad. El injusto en el caso concreto es menor, y por lo tanto menor la pena, que en el caso es la del delito culposo, cuando éste existe.

Sin embargo, hay una regla que es que autor que se excede tiene, sin lugar a dudas, que haber estado en la justificación. En otras palabras, ya se acepte el exceso intensivo o el extensivo, el sujeto tiene que haber comenzado su accionar dentro de la justificación. Quien se excede en la defensa, tiene que haber comenzado defendiéndose legítimamente, y después realizar la acción del exceso.

Como por ejemplo, quien se excede en el cumplimiento de un deber, tiene que haber estado en su origen cumpliendo el deber.

Es decir, quien realiza la conducta prevista por el art. 35 del Código Penal, primero tiene que haber comenzado a actuar jurídicamente y luego provenir el exceso.

El exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo: lo que el autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso. El autor quiere matar y mató; la creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia, este exceso encuadra como doloso, por eso el problema que planteamos en el último capítulo sobre las causales de la atenuación o disminución de la pena del artículo 35.

El exceso comprende situaciones en las cuales una acción sobrepasa los límites fijados por la ley o impuestos por la necesidad.

La falta de la situación de necesidad elimina la posibilidad del exceso; sólo deja margen para la defensa putativa, si el autor pudo creerse ilegítimamente agredido.

Considero entonces, necesaria la sanción de una ley de emergencia que obligue a las autoridades a realizar campañas de difusión con la finalidad de informar adecuadamente a la población para que se tome conciencia, ya que no existe ni margen ni conocimiento por parte de la ciudadanía para las situaciones de tipo excesivas respecto de la propia defensa.

Y como ya expuse en el Capítulo III, a partir del dolo en el tipo, se encuentran elementos para afirmar que si bien la antijuridicidad es objetiva, el injusto es subjetivo, y por ende la relación con la norma puede en algunos casos ser menor. Es decir, hay menor grado de antijuridicidad, porque el actuar doloso no alcanza, la intensidad que requiere la ley.

## **CITAS**

- (1) Leyes de Manu VIII, pág. 349.
- (2) Leyes de Manu VIII, pág. 350.
- (3) Leyes de Manu VIII, pág. 351.
- (4) ADSCD, "Libro de acuerdos y sentencias criminales de la Cámara de Apelaciones", Fallo 19-11-1889, Tomo 3, Libros VII a IX, 1886-1892, pág. 404 y 405.
- (5) Constitución Nacional de la República Argentina, Diario La Capital, 1994, artículo 21.
- (6) Frank, Jorge Leonardo, "Legítima Defensa con arma de fuego" Volumen 1, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 1993, pág. 24.
- (7) Donna, Edgardo Alberto, "El código penal y su interpretación en la jurisprudencia, Tomo 1, artículos 1 a 78 bis, 2º edición ampliada y actualizada, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, Pág. 347.

- (8) Tejedor, Carlos, "Proyecto Código Penal para la República Argentina, Imprenta del Plata, Buenos Aires, 1867, Pág. 168-169.
- (9) Tejedor, Cralos, "Curso de Derecho Criminal", Pág. 58.
- (10) Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, 2° edición, Buenos Aires 2002, Pág. 610.
- (11) Ibiden, Pág. 619.
- (12) Ibiden, Pág. 621.
- (13) Ibiden, Pág. 621.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **a) GENERAL**

- Aboso, Gustavo Eduardo, "Código Penal de la República Argentina" comentado, concordado con jurisprudencia, Editorial "b de F", Buenos Aires, 2012, pág. 129- 137.

- Creus, Carlos, "Síntesis del Derecho Penal. Parte General", Editorial L.C., Santa Fe, 2002, pág. 315-335.
- Donna, Edgardo Alberto, "El código penal y su interpretación en la jurisprudencia, Tomo 1, artículos 1 a 78 bis, 2º edición ampliada y actualizada, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, pág. 339-381.
- Donna, Edgardo Alberto, "Delitos contra las personas", Tomo 1, Doctrina Jurisprudencia, Revista de Derecho Penal, 1º edición, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Teoría general del delito. Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Teoría general del delito –II, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008.
- Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Teoría general del delito", Editorial Rubinzal- Culzoni Editores, Primera edición, Buenos Aires, 2009.
- Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal, Parte General", Tomo II, Abeledo –Perrot, Ediciones Glem S.A., Buenos Aires, 1966.
- González Roura, Octavio, "Derecho Penal, Parte General", Tomo II, Buenos Aires, 1992.
- Herrera, Julio, "La reforma Penal", Librería e imprenta Mayo, Buenos Aires, 1911 págs 483 y ss.
- Lozano, Guillermo, "Análisis crítico de casos de la Cámara de Casación Penal", Editorial Ah Hoc, 1º edición, Buenos Aires, 2012, pág. 369-379.
- Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Tercera Edición Actualizada , Editorial Losada SA, Buenos Aires, 1964.
- Nuñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal Argentino. Parte general". Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- Soler, Sebastián, "Tratado de Derecho Penal Argentino", tomo I, Buenos Aires, 4ta. Edición, 10ma. Reimpresión, Editorial TEA, 1992.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, "Derecho Penal, Parte General", Editorial Ediar, 2da. Edición, Buenos Aires, 2002.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Teoría del delito”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1994.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Alejandro, Slokar, “Derecho Penal Parte general”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2003.
- Ziffer, Patricia S, “Jurisprudencia de Casación Penal”, tomo I, 1ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

## b) ESPECIFICA

- Bacigalupo, Enrique, “Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (artículo 35 del Código Penal) y la conciencia de la antijuridicidad *en* Nuevo Pensamiento Penal”, Buenos Aires, 1975.
- Bacigalupo, “Sistema del error según la antijuridicidad en el Código Penal”, Buenos Aires, 1972.
- De La Fuente, Javier Esteban, “El aspecto subjetivo de las causas de justificación”, Colección Autores de Derecho Penal, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008.
- Editorial Zeus, “Eximentes Penales. Causas de Justificación”, Revista N° 13- T° 114, Año XXXVII, 29 de Noviembre del 2010, pág 673-728.
- Franck, Jorge Leonardo, “Legítima Defensa con armas de fuego”, Volumen I, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Franck, Jorge Leonardo, “Legítima Defensa con armas de fuego”, Volumen III, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- López Mesa, Marcelo y Cesano, José Daniel, “Antijuridicidad y causas de justificación” Serie Europa-América, Editorial B de F, Euros Editores S.R.L, Buenos Aires, 2010.
- Nino, Carlos, “La legítima defensa”, Editorial Astrea, Buenos Aires 1982

## **INDICE**

1. Resumen.....	2
2. Estado de la cuestión.....	2
3. Marco teórico.....	4
4. Introducción.....	5
5. Objetivos generales.....	7
6. Objetivos específicos.....	7

## **Capitulo I**

## **ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LEGITIMA DEFENSA**

1. Introducción; nociones preliminares.....	8
2. Antecedentes históricos de la Legítima defensa.....	8
3. Historia Argentina de la Legítima defensa.....	11
4. El proyecto de Reforma del Código Penal de Carlos Tejedor.....	13
5. Nociones preliminares.....	16
5.1. La Constitución Nacional.....	16
5.2. El Código Civil.....	16
5.3. El Código Procesal Penal.....	17
5.4. El Código Penal.....	18
6. La Doctrina Moderna.....	19
7. Conclusiones.....	19

## **Capítulo II**

### **LEGITIMA DEFENSA**

1. Introducción.....	20
2. Posiciones Objetivistas y Subjetivistas de la legítima defensa.....	20
3. Legítima Defensa.....	22
4. Naturaleza jurídica de la legítima defensa.....	23
5. Bienes defendibles.....	23
6. Análisis del art. 34 inc. 6 y 7 del C.P.....	25

6.1. Agresión ilegítima.....	28
6.2. La racionalidad de la legítima defensa.....	35
6.2.1. Casos dudosos de necesidad racional.....	41
6.3. La provocación suficiente.....	44
7. Tipos de legítima defensa.....	51
7.1. Legítima defensa propia.....	51
7.2. Legítima defensa presunta o privilegiada.....	52
7.3. Legítima defensa de terceros.....	53
7.4. Legítima defensa putativa o de buena fe.....	53
8. El Estado de Necesidad.....	54
8.1. Necesidad justificante y exculpante.....	54
8.2. Límites a la necesidad justificante.....	58
9. Concurrencia de causas de justificación.....	64
10. Prueba.....	65
11. Conclusiones.....	66

### **Capítulo III**

#### **EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA**

1. Introducción .....	68
2. La regulación del exceso de la legítima defensa: artículo 35 del C.P. ....	68
3. Tipos de excesos.....	69
3.1. Exceso intensivo.....	69
3.2. Exceso extensivo.....	70
4. Naturaleza Jurídica del artículo 35 del C.P.....	70
4.1. Exceso imprudente o culposo.....	71
4.2. Exceso doloso.....	79
4.2.1. El dolo y su ubicación sistemática dentro de la teoría del delito.....	81
5. Diferencias entre la legítima defensa y la justicia por mano propia.....	83
6. Caso Santos: un exceso en la legítima defensa.....	84

7. Fundamento por el cual siendo el exceso doloso, el art. 35 aplica una pena disminuida o atenuada.....	86
8. Por qué en un accionar dolor que se excede, se atenúa o disminuye la pena en el art. 35.....	89
9. Conclusiones.....	92

## **Capítulo IV**

### **CONCLUSIONES FINALES**

1. Introducción.....	94
2. Propuesta de creación de Ley Marco.....	94
3. Conclusión y análisis final.....	96
<b>Citas</b> .....	99
<b>Bibliografía General</b> .....	100
<b>Bibliografía específica</b> .....	101