



UNIVERSIDAD SIGLO 21

Carrera de Abogacía

Trabajo Final de Graduación

Presupuestos configurativos de la Legítima Defensa

Emiliano Sebastián Zunino

Año 2014

Resumen Ejecutivo

Con la siguiente investigación se pretende analizar de manera profunda, los tres requisitos establecidos para la figura de legítima defensa, como así también estudiar lo resuelto por los distintos tribunales más importantes de nuestro país, para de esta forma lograr un mejor entendimiento de cuáles son los criterios seguidos por nuestros magistrados. El trabajo induce al lector a reflexionar sobre la figura de las causas de justificación, en particular el instituto de la legítima defensa, tipificado en el art. 34 inc. 6 del Código Penal Argentino, a los fines de demostrar la importancia de una reforma orientada hacia una ampliación de cada uno de sus requisitos, evitando futuras disyuntivas que se pueden presentar en la práctica. Desde esta impronta investigativa se considera la necesidad de reforma del art. 34 inc. 6 con objetivos de esclarecimiento y amplificación y no con vistas a un cambio en la figura de la legítima defensa, para así dejar resuelta de manera definitiva la problemática que gira en torno a ellos desde su nacimiento legislativo.

Palabras clave: Legítima Defensa. Art. 34 inc. 6.

Abstract

This research aims to analyze deep way, the three requirements for the figure of legitimate defense, as well as study also as determined by the various most important courts of our country, to thus achieve a better understanding of what are the criteria used by our judges. The work induces the reader to reflect on the figure of the causes of justification, in particular the Institute of self-defense, typified in article 34 inc. 6 of the Argentine criminal code, for the purpose of demonstrating the importance of reform oriented towards an extension of each of its requirements, avoiding future dilemmas which may occur in practice. From this research stamp is considered the need for reform of article 34 inc. 6 objectives of clarification and amplification and not views of a change in the figure of self-defense, to thus leave determined definitively the problem that revolves around them from its legislative birth.

Keywords: Self-Defense. Art. 34 inc. 6.

Índice

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL | 6 |
| I.1. Antecedentes Históricos..... | 6 |
| I.2. Antecedentes Legislativos | 8 |
| I.2.A. Proyecto Tejedor, o Código de la Provincia de Buenos Aires | 8 |
| I.2.B. Proyecto de 1881, o Proyecto de Villegas, Ugarriza y García | 11 |
| I.2.C. Proyecto de 1906 | 13 |
| I.3. Concepto | 14 |
| I.4. Naturaleza Jurídica..... | 16 |
| I.5. Fundamentación..... | 17 |
| I.6. Bienes defendibles | 18 |
| I.7. Tipos de legítima defensa | 20 |
| I.7.A. Legítima defensa propia | 20 |
| I.7.B. Defensa Putativa..... | 21 |
| I.7.C. Defensa Privilegiada..... | 22 |
| I.7.D. Defensa de terceros | 24 |
| I.8. Conclusión | 24 |
| CAPÍTULO II: EL REQUISITO DE AGRESIÓN ILEGÍTIMA | 26 |
| II.1. Encuadre legal | 26 |
| II.2. Problemáticas que presenta el requisito..... | 27 |
| II.3. Distintas consideraciones doctrinarias respecto de la “agresión” | 28 |
| II.4. Requisitos que debe presentar la agresión ilegítima..... | 29 |
| II.4.A. Conducta humana..... | 30 |

| | |
|---|-----------|
| II.4.B.Actualidad o inminencia..... | 30 |
| II.4.C.Ilegitimidad de la agresión | 32 |
| II.5.La conducta omisiva..... | 34 |
| II.6.Conclusión | 35 |
| CAPÍTULO III: LA ACCIÓN DEFENSIVA Y LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO | 36 |
| III.1.Encuadre legal..... | 36 |
| III.2.Problemáticas que presenta el presupuesto | 37 |
| III.3.La exigencia de necesidad..... | 37 |
| III.4.La posibilidad de huir por parte del ofendido | 40 |
| III.5.Racionalidad o proporcionalidad | 41 |
| III.6.Determinación de la proporcionalidad | 43 |
| III.7.Medios mecánicos de defensa | 45 |
| III.8.Conclusión..... | 45 |
| CAPÍTULO IV: LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE DEL QUE SE DEFIENDE | 47 |
| IV.1.Encuadre legal..... | 47 |
| IV.2.Problemáticas que presenta el requisito | 48 |
| IV.3.Diferencia entre provocación y agresión | 48 |
| IV.4.La provocación y el pretexto de legítima defensa..... | 50 |
| IV.5.La “provocación” “suficiente” | 51 |
| IV.6.Teoría de la actio libera in causa..... | 54 |
| IV.7.Conclusión | 56 |
| CONCLUSIONES Y APORTES..... | 57 |
| Bibliografía | 61 |

INTRODUCCIÓN

La legítima defensa es, como institución jurídica, quizás una de las más antiguas, el hecho de que se encuentre en los textos bíblicos, lo dice todo. No ha existido alguna sociedad en el mundo que la haya ignorado o dejado de lado, ni leyes que hubiesen dejado de regular, mediante su adopción, el eterno conflicto motivado por una conducta humana de contenido lesivo para las personas o sus derechos, y la posterior necesidad concreta de la defensa de los intereses y bienes injustamente agredidos. De esto se desprende que las normas que la consagran no son locales, ni provinciales, sino universales, pero siempre teniendo en cuenta los matices propios de cada recepción (Laje Anaya, 1993).

Este instituto ha sido muy discutido desde el comienzo de los días, tanto es así que si actualmente se intenta dar un concepto de legítima defensa nos encontramos con distintos autores que exponen su propia definición, y esta propia disyuntiva se extiende a su vez hacia cada uno de sus requisitos, esto producto de que nuestro Código Penal siempre trató estos requisitos de una manera que da lugar a discusiones, que luego son las mismas que se presentan en los hechos sucedidos en la realidad, y que a su vez llevan en algunos casos a que los jueces deban decidir su aplicación o no, basándose en su propia valentía y personalidad.

Estas situaciones de legítima defensa se ven cada vez más frecuente en una sociedad en la cual la inseguridad es cada vez mayor y donde las personas buscan defenderse ante la falta de protección del estado, pero siempre recordando que justamente este instituto tiene lugar en situaciones donde la posibilidad de defensa por parte del estado no es posible.

La legítima defensa tal vez sea el ejemplo más claro de una causa de justificación de las acciones típicas del derecho penal, es decir, que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico (Zaffaroni, 1999). De esto se desprende que quien actúa dentro de sus límites, lo hace lícitamente, por lo que no solo resultará de ello la exclusión de la pena, sino también la exención de la responsabilidad civil, y es por esto la importancia del correcto tratamiento de cada uno de sus presupuestos.

Estos requisitos se encuentran establecidos en el Código Penal artículo 34 inc. 6¹, donde se regula quiénes no serán punibles de acuerdo al cumplimiento de los mismos.

El primero de ellos refiere a una agresión ilegítima, donde la exigencia de ilegitimidad de la agresión domina el análisis de este elemento de la legítima defensa por su complejidad y por su relevancia para poner a prueba la fundamentación de este instituto, y por otro lado también se presenta el problema en cuanto a qué actitudes subjetivas quedarían comprendidas en el concepto de agresión. Una primera cuestión se refiere a si la agresión debe constituir necesariamente una conducta humana, debido a que el uso de esa palabra puede ser muy amplio y hasta puede llegar a abarcar el comportamiento de animales y procesos naturales. Sin embargo, el requisito de ilegitimidad restringe efectivamente esta condición de la legítima defensa únicamente a conductas humanas, ya que se estaría hablando de un deber jurídico y solo los hombres son titulares de deberes jurídicos (Nino, 2005).

El segundo de los requisitos no está exento de discusiones, sino que presenta una notable imprecisión, sobre todo en lo que refiere al adjetivo “racional”. Por otro lado, este adjetivo provoca a su vez una confusión que gira en torno al “medio empleado”, ya que se podría pasar por alto que el medio al que alude es la acción defensiva misma, y no los eventuales instrumentos o procedimientos a los que se puede recurrir en la ejecución de tal acción. Esta situación reviste una notable importancia debido a que se puede caer en la confusión en donde la necesidad racional del medio empleado depende de la mera comparación de los instrumentos empleados por defensor y agresor (Nino, 2005). Cuando en realidad es en este aspecto que la ley establece un criterio amplio, debiendo tenerse en cuenta la edad, el sexo, la contextura física, y

¹ Código Penal Argentino. Art 34, inc. 6: “El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la 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 rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia”.

demás características de las que se pueda inferir la racionalidad de la conducta defensiva dependiendo de los recursos que el agredido tenía a mano en ese momento.

En cuanto al tercer y último requisito de esta figura podemos decir que la 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 aquél a quien se dirige la conducta provocadora. Pero este requisito no es tan claro como parece, sino que al igual que los anteriores presenta innumerables confusiones y controversias.

Una de las situaciones que produce mayor confusión es no diferenciarla con la exigencia de agresión ilegítima, hasta llegar a la situación de que en algunos casos se considere a esta última como una “provocación suficiente”. Es por eso importante tener presente que a la hora de analizar este requisito debemos tener en claro que esa falta de provocación a la que alude el texto legal, es la de quien pretende beneficiarse con la justificación de la legítima defensa (Nino, 2005).

Las situaciones descritas anteriormente constituyen el objeto de estudio del presente trabajo. Lo reseñado en las líneas precedentes demuestran que el instituto de legítima defensa presenta en sus requisitos, distintas discusiones doctrinarias que hacen resaltar la falta de claridad y explicación que presenta la tipificación de esta figura, demostrando a su vez, la necesidad de un nuevo y moderno tratamiento que asegure la posibilidad de comprender de una mejor manera cada uno de los presupuestos y así dejar concluida de manera definitiva la problemática que gira en torno a ellos desde prácticamente su nacimiento legislativo.

La finalidad de esta revisión es repensar los requisitos desde una mirada que permita ampliar ciertos conceptos vinculados puntualmente a situaciones cotidianas y de lenguaje popular, dejando menos espacios a la interpretación judicial.

Para lograr la concreción de la propuesta precedente es pertinente el uso del método cualitativo, para de esta forma introducirnos en el tema, recolectar datos y establecer y delimitar el alcance de estudio. Las investigaciones cualitativas son guiadas por áreas o temas significativos de investigación, y tanto sus fuentes de datos, como en el análisis de los mismos, existe un predominio de elementos, categorías y variables cuyos valores son verbales y no

ordinales, en oposición a la estrategia cuantitativa, enfocada hacia magnitudes y variables numéricas.

La estructura del trabajo está integrada por cuatro capítulos definidos en función de distintos aspectos de la problemática bajo análisis. Posteriormente a estos apartados se formulan las conclusiones y los aportes finales. El orden de los mismos ha sido definido de manera progresiva desde un comienzo histórico, pasando por conceptos definatorios hasta llegar a la aplicación en la práctica.

En el primer capítulo se trata el origen histórico de la legítima defensa, para saber de qué manera surgió el instituto que se desea estudiar, como así también, cuál fue el tratamiento legislativo que le dio nuestro país. Posteriormente, se delimita cuál es el concepto actual que define dicha figura, y cuál es su naturaleza jurídica, seguido del motivo o fundamento por el cual se la encuadra, como una causa de justificación.

Posteriormente, se estudian cuáles son los bienes que son susceptibles de ser defendidos ante una situación de legítima defensa, para de esa forma, ir dejando de lado las discusiones doctrinarias que se presentan en este punto. Finalmente, para dar un cierre al primer capítulo se analizan de manera breve y clara, los tipos de legítima defensa regulados por el Código Penal, para así observar que además de los tres requisitos necesarios para la legítima defensa, también existen situaciones particulares que pueden llevar a una calificación especial de dicha figura.

Los capítulos dos, tres, y cuatro, incluyen el eje central del trabajo final, donde se analizan cuáles son cada uno de los requisitos de la legítima defensa que llevaron a la realización de esta investigación. Se exponen las distintas opiniones doctrinarias existentes para cada uno de los tres presupuestos y se tiene en cuenta cuál es el encuadre legal dado, como así también cuáles son sus problemáticas. Para concluir, los tres capítulos presentan lo resuelto por los tribunales más importantes de nuestro país respecto de cada una de las cuestiones más discutidas.

Finalmente, las conclusiones y los aportes finales, reflejan las reflexiones producto del análisis teórico y práctico realizado durante los cuatro capítulos. En función de la conceptualización de la legítima defensa, la exposición minuciosa de la problemática jurídica girada en torno a sus requisitos, y la posterior aplicación en la práctica, se propone la necesidad de una ampliación de cada uno de los requisitos en el Código Penal, sin ánimo de modificar la

esencia de la figura de legítima defensa, sino más bien con un objetivo de esclarecimiento, y la consecuente necesidad de verse reflejada de una manera más clara y precisa en el propio artículo 34 inc. 6².

² Código Penal Argentino. Art. 34, inc. 6

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

El estudio de la legítima defensa, requiere como tarea básica y primordial el tratamiento de sus presupuestos definitorios y cómo es su regulación legal, para de esta forma poder adentrarnos de manera profunda en cada uno de sus requisitos y así poder realizar un estudio concreto de cuáles son las problemáticas giradas entorno a ellos.

Este primer capítulo que aquí comienza se aboca al nacimiento de la legítima defensa tanto histórico como el propio de nuestro país. Posteriormente se esboza su definición y su fundamento como causa de justificación, para luego clasificarla de acuerdo a los distintos tipos de legítima defensa reguladas por el Código Penal.

1.1. Antecedentes Históricos

A lo largo de la historia han existido distintos momentos en los cuales las personas han tenido que defender su propia vida producto de diversos ataques, donde debían decidir en un instante sobre su vida o la vida del atacante. Esto fue cambiando con el transcurso del tiempo, tanto es así que en un comienzo se tomaba a la legítima defensa como que no tenía una historia, sino que había nacido junto con el hombre, y la necesidad de defenderse formaba parte de él, donde estaba justificado defender la violencia con violencia sin importar el resultado, ni la situación en sí misma, aunque naturalmente ella no pueda ser anterior al Estado pues éste es quién garantiza el ejercicio de los derechos.

Cuando las personas comenzaron a reunirse y formar comunidades se hizo necesaria la aparición de la figura de legítima defensa, producto de que en nuestro mundo no solo existen personas que buscan el bien, sino por el contrario están quienes buscan sacar ventaja de los demás apropiándose de bienes ajenos. Estas situaciones nos hacen remontar mucho tiempo atrás cuando la legítima defensa tiene nacimiento en la India, donde se encontraba “regulado en el Manava Dharma Sastra para defender derechos sagrados, proteger a una mujer o un brahman o para evitar ser asesinado pudiendo matar a su jefe, un niño, un viejo o un anciano versadísimo en la Santa Escritura”. (Lascano. 2005, pág. 424). De las leyes de Manu se puede extraer que un hombre debe matar sin duda, a cualquier otro que se arroje sobre él, con la intención de

asesinarlo, sin importar la condición o la persona del atacante en sí mismo. 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, posteriormente a esto, en Atenas se va a producir una ampliación al concepto de legítima defensa, donde no solo se va a aplicar a la defensa propia, sino también 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 (Lascano, 2005).

El Derecho Romano, con la creación de la Ley de las XII Tablas y el Corpus Iuris, fue capaz de construir 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 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: primero, la agresión del atacante debe ser injusta, y segundo, era necesario la existencia del peligro, no siendo preciso que éste 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.

Por su parte tal como lo explica Lascano (2005), el derecho Germánico no tuvo una exacta noción de este instituto, pero aparece en una especie de composición simbólica. Presentaba un notable retraso en materia de legítima defensa, donde se acostumbraba 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. Posteriormente a esto, el derecho germánico incorporó una serie de límites y principios, los cuales establecían la necesidad de probar que quien invoca la legítima defensa personal ha recibido alguna lesión en alguna parte del cuerpo, y luego debía aprobarse que el matador hubiera retrocedido un cierto número de pasos antes de dar muerte al ofensor.

Por otra parte el Derecho Canónico no fue favorable a la defensa privada, aunque la hace surgir del derecho natural. Este derecho recomendaba ofrecer al ofensor “la otra mejilla” y si bien no admitía la defensa de los bienes patrimoniales, posteriormente reconoció la defensa de terceros por no ser ésta una manifestación egoísta, de acuerdo a las enseñanzas cristianas e imponiéndola así, como un deber (Lascano, 2005).

Para terminar con este recorrido histórico no se puede dejar de lado lo sucedido con la legislación de la Edad Media, específicamente en Italia y Alemania donde también se elaboró un concepto de legítima defensa. Básicamente el concepto giraba en torno a que 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 de esa forma salvaguarda su cuerpo y su vida, lo hacía bajo el manto de una justa defensa.

1.2. Antecedentes Legislativos

El instituto de la legítima defensa ha transitado por un arduo camino hasta llegar a ser lo que es en la actualidad, por eso resulta importante adentrarnos en su historia para poder comprender cómo se pensaba en aquellos días y ver su evolución y poder comprender más sobre cómo fue su tratamiento en algunos de los proyectos más importantes.

1.2.A. Proyecto Tejedor, o Código de la Provincia de Buenos Aires³

Este proyecto de Código Penal para la República Argentina fue trabajado por encargo del Gobierno Nacional al doctor don Carlos Tejedor, donde la legislatura de la Provincia de Buenos Aires lo adoptó como Código penal y rigió, como ley local, desde el primero de enero de 1878.

Los artículos a resaltar por Carlos Tejedor en la materia que nos corresponde son los siguientes:

Artículo 7: Toda persona está autorizada para hacer uso de su fuerza personal con el fin de desviar de sí mismo o de los demás las violencias ilícitas y los ataques criminales

³ Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

contra las personas, o los bienes, cuando es imposible solicitar el auxilio de la autoridad contra tales actos, o cuando la intervención de la autoridad es impotente para reprimirlos. La violencia ejercida contra el agresor, el daño que puede causársele y la muerte misma que puede dársele, en caso de legítima defensa, no están sujetos a pena alguna siempre que no se traspasen los límites legales fijados por este código⁴.

En cuanto al artículo 9⁵, lo importante a extraer, es que establecía que el empleo de la violencia a nombre de la defensa privada, no se consideraba legítima cuando la persona atacada había tenido tiempo y posibilidad de recurrir a otros medios conocidos por ella para substraerse sin peligro al ataque, resguardar su propiedad, o burlar de cualquier otro modo los proyectos del agresor. A su vez, el artículo 10⁶ tipificaba que, si era necesario recurrir a la violencia en el ejercicio de la defensa privada, el empleo de los medios peligrosos no podía llevarse más allá de lo que era necesario para desviar el peligro. Es decir, el empleo de medios de defensa que podían ser mortales, era punible, en aquellos casos en los que hubiese bastado una simple coerción para contener o dominar al agresor.

Lo era igualmente si pudiendo garantizarse el ataque, por una defensa negativa, se dirigían medios ofensivos contra la vida o el cuerpo del adversario, o si pudiendo inferir a su agresor una herida peligrosa, se le hería mortalmente, o se lo mataba.

En la extensión de los límites expresados, el artículo 11⁷ establecía que la defensa era permitida:

1. Contra todos los ataques dirigidos a la persona misma de la parte atacada, cuando eran por naturaleza capaces de poner en peligro la vida, la libertad o el pudor.

2. Contra el individuo que, tomado en flagrante delito de hurto, resistía con armas, o huía con el robo en actitud amenazante, sin obedecer las intimaciones del robado, del agente público, y sin podersele aprehender de otro modo.

⁴ Art. 7 del Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

⁵ Art. 9 del Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

⁶ Art. 10 del Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

⁷ Art. 11 del Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

3. Contra los actos criminales de violencia que tenían por objeto el deterioro, o la destrucción de la propiedad mueble e inmueble, y que amenazaban la vida del dueño presente.

4. Contra los que intentaban penetrar por la fuerza, por efracción o de cualquier otro modo ilícito, en las propiedades raíces de otro, con peligro de la vida para sus habitantes.

Por otro lado, el artículo 12⁸ tipificaba que cuando se pasaban los límites de la legítima defensa, si resultaba de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase de ataques, etc., que el individuo atacado no se había excedido, sino bajo la impresión súbita de la turbación causada por un espanto irresistible, esta imprudencia excusable no podía dar motivo a la aplicación de la pena.

Lo mismo sucedía si, defendiéndose la parte atacada, empleaba un medio de defensa lícito en sí mismo y proporcionado a la agresión, aunque resultara 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.

Tocaba, por lo demás, a los tribunales, 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.

Por último, el artículo 13⁹ establecía como actos ilícitos de venganza, a la muerte o heridas ocasionadas al injusto agresor, después de terminado el ataque y de alejado completamente el peligro, y eran castigados como crímenes voluntarios.

Luego del proyecto Tejedor, más precisamente en el año 1881, se va a tratar un nuevo Proyecto de Código Penal, presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el doctor Carlos Tejedor, compuesta por los doctores Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. El objetivo de este proyecto fue abandonar la división de delitos públicos y privados, como señalaba el anterior proyecto, y suprimió la división de infracciones, las cuales se agruparon en el genérico de delitos.

⁸ Art. 12 del Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

⁹ Art. 13 del Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

I.2.B. Proyecto de 1881, o Proyecto de Villegas, Ugarriza y García¹⁰

En este proyecto la legítima defensa va a ser tratada en el artículo 93¹¹, inc. 8 el cual establecía que para que exista legítima defensa de la persona o sus derechos, debían concurrir las siguientes circunstancias: agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado; carencia de exceso en la defensa con relación al peligro. Se entendía por persona y derechos propios, los del cónyuge, parientes por línea recta y colateral dentro del segundo grado. Es decir, la legítima defensa era tratada en el mismo inciso que el exceso, además de presentar una particular consideración respecto de la persona y sus derechos.

El inc. 9 por su parte, tipificaba la figura de la defensa de terceros, estableciendo que aquella persona que hería o mataba en defensa de un extraño que se encontraba bajo una agresión grave, debía hacerlo de acuerdo a las circunstancias detalladas en el inciso anterior.

Por otro lado, el inc. 10 también presenta su importancia, debido a que determinaba uno de los tipos de legítima defensa que posteriormente sería conocida como privilegiada. A pesar de que su concepto era más restringido, abarcaba el escalamiento, la violencia en la propiedad e incluso el encuentro de un extraño dentro del hogar y su posible resistencia.

Este proyecto de 1881 va a correr la misma suerte que el anterior, ya que no fue aprobado por el congreso pero en este caso fue adoptado como propio por la provincia de Córdoba.

Cinco años después finalmente el Congreso va a sancionar el primer Código Penal Argentino¹² sobre la base del proyecto Tejedor. Este 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.

En este Código, la legítima defensa se encontraba tipificada en el Artículo 81 inc. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15¹³, considerando que estaban exentos de pena: “inc.8: El que obra en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1)

¹⁰ Proyecto Villegas, Ugarriza y García del 3/01/1880. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

¹¹ Art. 93 del Proyecto Villegas, Ugarriza y García del 3/01/1880. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

¹² Ley 1.920 del 7/12/1886. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹³ Art. 81 inc. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley 1.920 del 7/12/1886. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

agresión ilegítima; 2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

Por su parte, los incisos 9 y 10 reflejaban la defensa de terceros, haciendo una diferencia entre terceros “familiares” y terceros “extraños”:

Inc.9: El que obra en defensa de la persona o derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, de los afines de los mismos grados, y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil, siempre que concurren la primera y segunda circunstancia expresadas en el inciso anterior, y la de que en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviera participación en ella el ofensor.

“Inc.10: El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, en momentos de una agresión grave y concurriendo las circunstancias detalladas en el inciso 8.”

En cuanto al inciso 11, presentaba la figura de legítima defensa privilegiada de manera más completa que en el proyecto anterior: “El que hiere o mata al que pretende penetrar en su domicilio por escalamiento, fractura o fuerza, o al que encontrase dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.”

Por último, se tipificaban cuatro situaciones particulares que posteriormente van a formar parte, incluso en la actualidad, de distintas discusiones doctrinarias. Estas son: el caso del adulterio, las relaciones sexuales con menores de edad, la defensa de la mujer ante una violación o robo y la responsabilidad de aquel que obra bajo una obediencia debida:

“Inc.12: El cónyuge que sorprendiendo a su consorte en flagrante delito de adulterio, hiere o mata los culpables o uno de ellos.”

“Inc. 13: El padre o el hermano que hiere o mata al que encuentra yaciendo con una hija o hermana menor de quince años.”

“Inc. 14: La mujer que hiere o mata al que intenta violarla o robarla.”

“Inc. 15: El que obra en virtud de obediencia debida.”

I.2.C. Proyecto de 1906

El Proyecto de 1906¹⁴, fue presentado al Poder Ejecutivo Nacional, el 10 de marzo de ese año y remitido al Congreso el 1º de septiembre. El Diputado Rodolfo Moreno fue quien dio el último impulso al ya largo proceso de reforma del Código de 1886.

Presentó como proyecto de reforma el de 1906, sobre el cual, una comisión de diputados, presidida por Moreno, redactó el Proyecto de 1917, el cual sólo legislaba sobre delitos. Este proyecto que en el senado fue objeto de reformas que no alteraron su estructura, recibió sanción como Código Penal, el 30 de septiembre de 1921¹⁵.

En cuanto al proyecto de 1906 es de una marcada importancia ya que trataba a la legítima defensa como se la conoce actualmente, incluyendo a su vez, la privilegiada.

Art. 41 inc.7¹⁶: Defensa legítima: El que obrar en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurriesen 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. Se entenderá que concurren estas circunstancias, respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado, o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

Por su parte, el inc. 8 establecía la defensa de terceros diciendo:

El que obrare en defensa de la persona o de sus derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias 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 defensor¹⁷.

Posteriormente el código de 1921 va a estar sujeto a una serie de numerosas reformas que también constituyen al igual que los anteriormente tratados, antecedentes de la legítima defensa,

¹⁴ Proyecto del 9/12/1904. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

¹⁵ Ley 11.179 del 29/10/1921. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁶ Art. 41 inc. 7 del Proyecto del 9/12/1904. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

¹⁷ Art. 41 inc. 8 del Proyecto del 9/12/1904. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

los cuales van a seguir su curso histórico hasta finalmente quedar redactada en la forma que se la conoce actualmente. En cuanto a estas reformas posteriores a 1921 podemos nombrar alguna de ellas de manera breve: el proyecto de 1936, o proyecto Coll-Gomez¹⁸, el proyecto de 1941, o proyecto Peco¹⁹, el proyecto de 1960²⁰ de Sebastián Soler, los proyectos de Código Penal del año 1973²¹ y el proyecto de 1979²².

1.3. Concepto

Este instituto jurídico tiene un carácter universal, ampliamente reconocido por todas las legislaciones del mundo, con los matices propios de cada recepción pero siempre respetando su esencia: agresión arbitraria por un lado, defensa necesaria por el otro. Incluso el mismo Papa Juan Pablo II, en su Encíclica *Evangelium Vitae – El Evangelio de la Vida –* del año 1995, la define claramente como “El derecho a la vida y la obligación de preservarla”.

Esto lleva a que a la hora de dar un concepto de legítima defensa nos encontremos con distintas definiciones, entre las cuales podemos destacar aquella que nos brinda Soler citado por Lascano (2005, pág. 423) donde la define como “la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica”.

Alguna jurisprudencia ha sostenido que “la legítima defensa justifica la reacción que configura un hecho típico pero que no es antijurídico porque reúne los requisitos bajo los cuales el derecho la autoriza”²³.

Otra de las definiciones que surgen de manera más detallada y que fundamenta de otro modo la legitimidad de la reacción es aquella que la define como “repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la

¹⁸ Decreto del 19/09/1936.

¹⁹ Proyecto Peco del 25/09/1941.

²⁰ Proyecto de Sebastián Soler del 10/11/1960. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²¹ Resolución Ministerial N° 523 del 25/10/1972.

²² Resolución Ministerial N° 72 del 14/04/1976.

²³ Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, Sala Penal, “Palma, Juan Carlos Homicidio Agravado por el uso de Arma de Fuego”, 13/08/2008.

necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla” (Asúa, 1976, pág. 289). Esta definición brindada por Asúa se ajusta mucho más a lo establecido en el Código Penal, haciendo referencia a su vez, a los requisitos necesarios para que exista legítima defensa.

Por su parte, la doctrina mayoritaria, la define como un caso especial del estado de necesidad, que implica la acción y efecto de defender o defenderse, significando: amparar, librar o proteger.

En igual sentido es considerada por Nuñez (1999) quien enseña que:

Su justificación reside en la prevalencia de interés por la protección del bien agredido respecto del interés por la protección del bien del agresor, lesionado por aquel o por el tercero que lo defiende. A diferencia de lo que sucede en el estado de necesidad, aquí la justificación no encuentra su fundamento en el mayor valor del bien resguardado en relación al sacrificado, sino en la injusticia de la agresión del titular de este último. Siempre que haya racionalidad en el medio defensivo empleado por el agredido y que este no haya provocado suficientemente la agresión, resulta justificado el sacrificio de un bien de mayor valor que el defendido (pp. 162-163).

Y esa misma definición se ve reforzada si se tiene en cuenta lo expuesto por el Tribunal Superior de Río Negro:

La legítima defensa es un caso especial de estado de necesidad, pero debe advertirse, sin embargo que si bien lo determinante de la justificación, no es como en el estado de necesidad del artículo 34, inciso 3º, la sola relación valorativa intrínseca entre el bien jurídico atacado y el bien jurídico lesionado, no por eso es posible negar que la justificación de la legítima defensa obedece al principio del resguardo del interés prevaleciente. Sin embargo, esta prevalencia no se determina por los mayores valores intrínsecos de un bien sobre el otro, mirados en sí mismos, sino esencialmente por la ilicitud de la actitud del titular del bien ofendido y por la razonabilidad de la defensa del titular del bien agredido.²⁴

²⁴ Tribunal Superior de Justicia, Río Negro, Sala Penal, “C., L. J. s/Homicidio Simple, s/Casación”, 29/11/2005.

I.4. Naturaleza Jurídica

En un comienzo, cuando se hablaba de legítima defensa, se consideraba que la impunidad de la acción que daba lugar a este instituto, estaba fundamentada en aquella afirmación de que la necesidad no conoce ley, lo que para algunos tenía como consecuencia directa la eliminación de aquella pena que correspondería aplicar, mientras que para otros, era considerada como una mera causa de inimputabilidad. Actualmente la doctrina mayoritaria entiende que la legítima defensa forma parte de las denominadas causas de justificación, lo que lleva a eliminar la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico (Zaffaroni, 1999).

En igual sentido ha sido entendida por alguna jurisprudencia:

La concepción dominante en la doctrina argentina, no busca un fundamento especial para la legítima defensa, sino que, por ser una causa de justificación y considerando el principio general que informa todas las justificantes la preponderancia de un interés para el Derecho, la funda en una colisión de intereses entre el interés legítimo, y, por ello, preponderante, del agredido y el ilegítimo del agresor, resulta prevaleciendo y salvaguardándose el primero mediante el necesario sacrificio del segundo.²⁵

Es importante destacar que al hablar de causas de justificación, se está haciendo referencia a “situaciones de hecho o derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de un hecho típico” (Nuñez, 1999, pág. 157). O como también explica Jakobs citado por Lascano (2005, pág. 412) pueden ser consideradas como “permisos concedidos por la ley para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico”.

Estas definiciones nos llevan a decir que las causas de justificación surgen principalmente de dos fuentes, por una lado la ley, en donde se hace presente la normativa específica, encargada de exponer como lícitas ciertas acciones típicas, y por otro parte, la necesidad, que refleja aquella situación que lleva a la persona a actuar de la manera en que lo hace y que se encuentra previamente reconocida por el derecho (Lascano 2005).

Si bien esta naturaleza de causa de justificación esta unánimemente aceptada, queda por ver cuál es su fundamento, lo que no resulta sencillo, particularmente si consideramos que de él se derivan consecuencias para su ámbito y condiciones.

²⁵ Tribunal Superior de Justicia, Río Negro, Sala Penal, “C., L. J. s/Homicidio Simple, s/Casación”, 29/11/2005.

I.5.Fundamentación

Desde que se tomó a la legítima defensa como una causa de justificación, han existido distintos tipos de fundamentos que intentan justificar esta no punición de dicho instituto. Particularmente se destacan dos grandes criterios de clasificación bien diferenciados entre sí, por un lado existe un criterio social o colectivo (objetivista), el cual está orientado a dar un notable privilegio al orden jurídico, basándose en una profunda conservación del derecho o sistema jurídico y como éste debe ser defendido ante futuras agresiones injustas. Por otro lado, existe a su vez un criterio opuesto, que es el individualista (subjetivista), donde a diferencia del anterior, se enfoca directamente en la situación particular del ofendido, producto de la imposibilidad de ser asistido por parte del Estado ante una situación de peligro. Además de estos dos marcados criterios existe un tercero, el cual hace hincapié en la insuficiencia de la utilización de un solo criterio para fundamentar el instituto, proponiendo una fundamentación compleja que surja de una combinación de ambos (Rodríguez Olivari, 2008).

Es decir que para unos implica la defensa del derecho mismo, del orden jurídico en sí mismo, en tanto que para los otros es mera defensa de bienes jurídicos y no del derecho en el sentido de orden objetivo.

Ahora bien, a la hora de analizar el primero de los criterios, surge que al cargar el acento sobre la defensa del orden jurídico entendiendo éste como derecho en sentido objetivo, lo que sucede es que el ámbito de la legítima defensa se irá restringiendo, y de esa forma surgirá una necesidad de que exista cada vez más equivalencia del mal que se causa con el que se evita, y como consecuencia se acercará la defensa al estado de necesidad justificante, pasando por alto la relevancia jurídica de la antijuridicidad de la agresión (Zaffaroni, 1999).

Por otro lado, la vertiente individualista, como bien es considerada por Zaffaroni (1999):

Tiene origen abiertamente contractualista, partiendo 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, porque no pudiendo el Estado tutelar al individuo, tampoco puede exigirle obediencia. Siendo ello así, para nada importará la magnitud del daño que se infiera en la defensa, que sólo estará limitada por la necesidad que no conoce ley (p.587).

Se ha intentado a lo largo de la historia, llegar a un fundamento unificador, diciendo que el derecho no tiene por qué 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 solo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente. Aun 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 (Zaffaroni, 1999).

Si hablamos de la subsidiariedad de la legítima defensa, estaríamos hablando entonces de la importancia del rol del Estado en sus obligaciones de repartición de servicios de justicia y seguridad, a lo cual, 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 pueda proveerlo de una defensa igual o mejor que la que él mismo podría proporcionarse.

Por último corresponde hacer una breve explicación a ese tercer fundamento del que se hizo referencia al comienzo del apartado, que es el sostenido por el Prof. Claus Roxin citado por Rodríguez Olivari (2008, Pág. 52) quien dice que “el derecho a la legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la protección individual y el preavalecimiento del derecho”. Es decir, Roxin estaría incorporando una idea de prevención general, que llevaría a la necesidad de preservar derechos esenciales de los ciudadanos y a minimizar los daños para la sociedad, operando una disuasión en la comisión de los delitos, a través del permiso de acciones defensivas.

1.6. Bienes defendibles

Cuando se habla de legítima defensa uno de los temas de mayor relevancia es saber cuáles son los bienes que son susceptibles de defensa ante un posible ataque. 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 solo se pueden defender los bienes individuales, y esto depende de la relación entre el ataque y la defensa, que debe ser necesaria.

Es por eso errado restringir la defensa a determinados bienes en particular, o bien considerar que esos bienes son susceptibles de defensa únicamente cuando exista un peligro para la persona, porque cuando así suceda se estaría contrariando lo dispuesto por el Código Penal: “el que obrare en defensa propia o de sus derechos” o “en defensa de la persona o derechos de otro” (Soler, 1983).

Lo que se quiere decir con esto es que todos los bienes jurídicos que son objeto de derechos subjetivos, incluyendo los intereses inmateriales, pueden ser defendidos cuando sean ilegítimamente atacados, y todo bien jurídico puede ser legítimamente defendido, siempre y cuando la defensa sea ejercida con la moderación que haga razonable el medio empleado (Lascano, 2005).

Alguna jurisprudencia ha sostenido que “conforme la redacción de nuestro Código Penal, no se discute que la legítima defensa puede ser tanto de la vida e integridad física, como de otros bienes como el honor, el pudor, el patrimonio, etc.”²⁶.

Es decir, que el problema no consiste en seleccionar determinados bienes para declarar que solo esos son defendibles, sino en la proporcionalidad, racionalidad o necesidad de la defensa. Es que si cualquier derecho puede ser materia de ataque, cualquiera puede ser objeto de defensa.

Quizás el problema más grave es la defensa en cuanto a los derechos patrimoniales. Debido a que no se 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 admitirse que fuera 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.

Por otro lado nuestro Código también habla de la defensa de la persona o derechos de otro donde se crea la posibilidad de que un privado intervenga para rechazar el ataque a un bien jurídico que no sea de un individuo determinado y que corresponda al Estado. Y cuando hablamos de defensa del Estado decimos que éste posee sus propios medios para defender sus instituciones, de modo que el tercero no estará en condiciones de juzgar las circunstancias para

²⁶ Cámara 11ma en lo Criminal, Córdoba, Sala Unipersonal, “Videla, Víctor Hugo Homicidio Simple”, 03/11/2010.

apreciar la intervención del Estado, donde muy excepcionalmente puede darse un supuesto de legítima defensa en favor del mismo y en donde realmente corra un grave peligro, como por ejemplo, un atentado terrorista. (Soler, 1983).

Distinto es el problema respecto a aquellos bienes jurídicos de las personas jurídicas, en cuanto es permitida, sin duda alguna, la legítima defensa.

1.7. Tipos de legítima defensa

A la hora de tratar la legítima defensa nos encontramos con que es posible que reciba distintos tipos de clasificaciones, es así que podemos definir cuatro tipos de legítima defensa.

1.7.A. Legítima defensa propia

Núñez (1999) se encarga de explicarla diciendo que:

Actúa en defensa propia el que en defensa de su persona o de sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente por su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (p. 163).

Partiendo de dicha definición podemos decir entonces que este derecho a defenderse surge a partir del mismo momento de la agresión ilegítima, en que se hace evidente por parte del agresor, su intención de agredir, típico el caso de un ataque delictivo contrario a derecho.

Es en ese momento cuando el que se defiende, debe hacerlo de una manera proporcional, es decir equitativamente, en el sentido de que 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.

Es importante aclarar que cuando se habla de una equidad o equivalencia no debe confundirse nunca con el concepto de igualdad, ya que si no, incurriríamos en el error de considerar que ha actuado con exceso, quien utiliza un medio diferente para ejercer su defensa legítima, respecto del que es utilizado para atacarlo.

Son estas cuestiones las que van influir fuertemente para determinar en definitiva si alguien obró o no bajo este tipo de defensa, ya que el desconocimiento del que tiene por tarea la de juzgar, puede pecar por error en la apreciación y terminar emitiendo un fallo injusto, si considera que no hay una proporcionalidad como medio de defensa y de ataque, por ejemplo, entre un revólver y un puñal, como así también entre otras numerosas circunstancias que se pueden llegar a presentar, las cuales exceden al análisis de este apartado.

1.7.B. Defensa Putativa

Antes de empezar a analizar este tipo de defensa, es importante recordar que si no media la primera circunstancia (agresión ilegítima) no existe legítima defensa, porque de ser así faltaría lo que da nacimiento al instituto, es decir, un peligro real y concreto para la persona o sus derechos, y la posterior necesidad en que se encuentra el agredido, de emplear un medio dañoso para los derechos o la persona del agresor, y de esta forma salvar privadamente el derecho atacado. Pero esta regla presenta una excepción, que es la que se presenta cuando el que reacciona asume la posición de agresor, debido a que si su reacción no está precedida de una agresión, estaríamos en presencia de una reacción que será pura y simplemente una agresión (Laje Anaya, 1993).

Estas son las dificultades que plantea la llamada defensa putativa, donde como bien explica Laje Anaya (1993):

El que se defiende no se defiende de una agresión ilegítima (verdad objetiva), sino que su reacción tiene por base una agresión ilegítima que la cree tal (verdad subjetiva). Se trata, de una cuestión regulada por el error de hecho porque quien “se defiende”, no sabe de la inexistencia de la agresión (ignorancia), o cree que la agresión es real (error) (p.78).

En este aspecto, la mayoría de la jurisprudencia tiene dicho que:

Para que la defensa putativa pueda invocarse como excluyente de responsabilidad penal, es preciso que medien tres recaudos similares a los exigidos para la actuación en legítima defensa: a) creencia razonable de que hay una agresión ilegítima; b) necesidad racional

del medio empleado para impedir o repeler la supuesta agresión y, c) falta de provocación suficiente por parte del que cree defenderse.²⁷

Visto en un simple y clásico ejemplo, diríamos, aquella 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.

Ahora bien, en el momento de decidir la responsabilidad o no de la persona se tendrá en cuenta que, cuando el error versa, de modo no imputable a la persona, en la falsa apreciación de una agresión injusta, también excluirá la punibilidad, pero por ausencia de culpabilidad.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia al sostener que “para que se configure la legítima defensa putativa es menester un error esencial acerca de la existencia de la agresión ilegítima, y que tal error no resulte imputable al procesado en los términos de la ley”²⁸.

1.7.C. Defensa Privilegiada

La especial previsión que se encuentra establecida en la última parte del inc.6 del art. 34²⁹ no debe inducir a error en el sentido de que la referencia específica de la ley a la defensa de un bien (defensa nocturna de la propiedad) importe la exclusión de la de otros bienes, porque el objeto de la disposición recordada es el de crear una presunción, según la cual, existiendo nocturnidad y escalamiento “se entenderá” que concurren las circunstancias de la legítima defensa, es decir, agresión y necesidad (Soler, 1983).

²⁷ Cámara Nacional de Ap. En lo Criminal y Correccional, Capital Federal, Sala 6, “S, M.A. s/Legítima Defensa – Exceso – Defensa Putativa”, 05/06/1981.

²⁸ Cámara en lo Criminal, Esquel, Chubut, Sala Penal, “E., S., E.A. s/Homicidio Simple”, 05/05/1999.

²⁹ Código Penal Argentino. Art. 34° inc. 6 “Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;”

Con dicha norma se reconoce una situación de privilegio puesto que con ella se justifica “cualquier daño ocasionado al agresor”, inclusive la muerte, ya que cuando medie nocturnidad, escalamiento o fractura, lo que se presume legalmente es el peligro para las personas.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior es importante resaltar lo que ha expresado cierta jurisprudencia:

Conforme a la norma citada, la defensa privilegiada es aplicable en el caso examinado, pero a este instituto ya en sus orígenes se le establecieron límites en lo atinente a la expresión “cualquiera sea el daño que se produzca al agresor” ya que la Comisión de 1891, fijó la postura de que ella era una presunción *juris tantum* y que por lo tanto podría existir prueba en contrario que tornara ilusoria la aplicación de la frase en su expresión mencionada³⁰.

Es decir que, la entidad del daño que se cause al agresor es irrelevante, pero al hablar de una presunción *iuris tantum*, se admite prueba en contrario, por lo que llevaría a un supuesto de inversión de la carga probatoria.

De lo dicho entonces, resulta fundamental destacar, qué se entiende cuando hablamos de cada uno de los presupuestos exigidos por este tipo de legítima defensa, y Lascano (2005) los explica diciendo que:

Escalar muros ajenos en horas nocturnas (falta de luz natural) o la fractura de lugares cerrados de una casa, departamento o sus dependencias (en el que vive gente, aun de forma momentánea) constituye una agresión ilegítima aunque no se haya concretado en un acontecimiento. La fractura comprende la perforación y la entrada puede no ser la del acceso habitual de la vivienda, pudiendo llegarse al interior por el techo. Respecto al supuesto de encontrar a un extraño en su hogar (recinto cerrado donde se desenvuelve la vida íntima), requiere sorprender a un sujeto en la propia casa (no necesariamente desconocido sino que no viva en el hogar, aunque esté vinculado al que se defiende), puede ser de día o de noche, pero la prerrogativa existe siempre que haya resistencia por parte del intruso (p.433).

³⁰ Cámara en lo Criminal, Santa Rosa, La Pampa, “Ichoust, Oscar Alfredo s/Homicidio Simple”, 15/06/2013.

La resistencia puede presumirse de situaciones como que el extraño esgrima un arma de fuego y en todo caso habrá que realizar una valoración de las circunstancias fácticas de la situación bajo análisis.

1.7.D. Defensa de terceros

Según el inc. 7 del art. 34³¹, no es punible quien, sin haber sido agredido, obra en defensa de la persona o de los derechos de otro que ha sido agredido ilegítimamente, y lo hace con respecto al agresor, dentro de los límites de la letra b) del inc.6. Asimismo si el defendido provocó suficientemente la agresión ilegítima, su obrar defensivo seguirá siendo legítimo, al menos que también él hubiese participado en aquella provocación suficiente. Con esto lo que nos quiere decir la ley es que lo que se exigía al que se defendía, lo pone ahora en quien defiende (Laje Anaya, 1993).

Si la persona defendida por el tercero provocó suficientemente a su vez la agresión ilegítima, y se defiende de ésta, la defensa que de éste haga el extraño va a seguir siendo legítima para él, en razón de que, aunque en defensa imperfecta desde el punto de vista del defendido, para el tercero que defiende, él es el necesitado, y en su racional necesidad, ocurre en su auxilio. Pero esta situación presenta un límite, porque si ha participado en aquella provocación, su defensa será excesiva, y entonces su actuación será ilícita (Laje Anaya, 1993).

En otras palabras la exigencia es que el defensor no haya intervenido en ella ni como coautor, cómplice, instigador o haya cooperado de cualquier modo.

1.8. Conclusión

A lo largo de la historia, la posibilidad de defenderse por parte de los particulares fue cambiando, tanto en sus derechos como en su ámbito de actuación. Actualmente, los límites están establecidos por la propia Constitución Nacional, como así también por los Códigos de

³¹ Código Penal Argentino. Art. 34° inc. 7 “El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

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.

La legítima defensa es considerada como una causa de justificación, cuya finalidad desde el punto de vista punitivo, radica en la exclusión de la pena que correspondería aplicar ante la comisión de un determinado delito. Esto es así, gracias a que encuentra su apoyo en el propio derecho del ciudadano a ejercer la conducta defensiva directamente cuando el estado no puede proporcionarle sus servicios de seguridad y justicia, pero siempre respetando los límites impuestos por el Código Penal, de lo contrario no correspondería su aplicación.

Los presupuestos exigidos por la legítima defensa resultan entonces, según lo dicho en el párrafo anterior, de una extrema importancia, ya que serán en definitiva los que permitirán resolver y juzgar el actuar de una persona, en un caso tan extremo como el de esta figura.

CAPÍTULO II: EL REQUISITO DE AGRESIÓN ILEGÍTIMA

El objeto del presente apartado es el análisis del primero de los presupuestos exigidos por la legítima defensa. La determinación del contenido de este requisito es materia de conflictos, tanto a la hora de fijar un concepto de “agresión” como así también de “ilegitimidad”. En cuanto al primero de ellos, la problemática se sitúa en torno al concepto de agresión, que da lugar a distintas interpretaciones, como así también respecto a qué actitudes subjetivas quedarían bajo ese concepto. Por otro lado, existe una marcada discusión entre lo que quiere significar el Código cuando habla de “ilegitimidad”, ya que la discusión doctrinaria se basa en si esa ilegitimidad presenta similitud con el concepto de “antijuridicidad” o si por el contrario, representan dos marcos opuestos.

II.1. Encuadre legal

La agresión ilegítima constituye el primero de los requisitos necesarios para que exista la legítima defensa. Se encuentra regulado en el art. 34 inc. 6 a)³² de donde se desprende que quien obra en defensa de su persona o de sus derechos, o bien, de la persona o derechos de otro, lo haga cuando se encuentre ante una agresión ilegítima, considerándosela un verdadero presupuesto de justificación. Es decir, que solo actuará en defensa si concurre la existencia de dicha agresión, y de esta forma coloca a quien obra de forma defensiva en lo que la doctrina ha llamado la situación legítima de defensa (Rodríguez Olivari, 2008).

Ahora bien, nadie puede defenderse sino del peligro de un mal, debido a que el mal lesiona o tiende a lesionar la persona o los derechos del que luego reacciona. Sin embargo, es importante aclarar que no todo peligro, y su posterior reacción frente a él, llevarán a la tipificación de la figura de legítima defensa. Sólo el peligro, el mal creado o causado por una agresión ilegítima, es el que dará lugar a la institución; por eso la importancia del análisis de este primer presupuesto (Laje Anaya, 1993).

³² Código Penal Argentino. Art. 34° inc. 6 a) Agresión ilegítima.

De esta misma forma lo entiende la jurisprudencia cuando afirma: “ausente del caso la agresión ilegítima, corresponde descartar la invocada legítima defensa”³³.

II.2. Problemáticas que presenta el requisito

A la hora de analizar este elemento de legítima defensa, la exigencia de ilegitimidad de la agresión de la que habla el Código representa uno de los mayores problemas, ya sea tanto por su complejidad como por su relevancia para poner a prueba la fundamentación del instituto. Sin embargo, existen otros aspectos que surgen del mero concepto de agresión que son generalmente objeto de discusión y que conviene mencionar, aun cuando su tratamiento surge con relativa claridad de la fundamentación propugnada (Nino, 2005).

La primera cuestión a tratar es la que refiere a si la agresión debe necesariamente constituir una conducta humana, debido a que la palabra “agresión” puede tener un uso más amplio y referirse también por ejemplo, al comportamiento de un animal y hasta a procesos naturales. No obstante, el requisito de ilegitimidad es el que se encarga de restringir esta situación a conductas humanas, ya que, ese requisito viene a significar la violación de un deber jurídico y solo los hombres son titulares de tales deberes. De cualquier manera, el asunto es relativamente irrelevante porque solo los seres humanos son los que gozan de bienes primarios, que son los mismos que pueden llegar a generar conflictos a la hora de aplicar el principio del estado de necesidad (Nino, 2005).

Por otra parte nos encontramos con otro de los temas que presenta una fuerte discusión, que involucra las actitudes subjetivas que podrían ser exigidas por el mismo concepto de agresión. Aunque existe una coincidencia por parte de la doctrina mayoritaria que la agresión puede partir de un inimputable, casi todos los autores alegan que la agresión debe ser voluntaria, en el sentido de no responder a un mero reflejo o a un proceso hipnótico, e incluso alguno de ellos exigen que la agresión sea intencional (Nino, 2005).

³³ Tribunal Superior de Justicia, San Luis, “Incidente - Giménez, Nelson Sebastián s/Homicidio Simple – Recurso de Casación”, 23/11/2010.

II.3. Distintas consideraciones doctrinarias respecto de la “agresión”

Cuando se habla de agresión no solo se cae en el dilema de considerar si es posible agredir a alguien donde falte la acción, sino también a casos en que, existiendo un actuar capaz de modificar el orden exterior, éste se ve sin el contenido de la voluntad que se despliega a través del mismo (Rodríguez Olivari, 2008).

Es que el problema surge a pesar de admitir que la agresión es una “acción del agresor”, porque es imposible determinar quién es ese agresor, ya que podría tratarse de un loco, un inimputable o un niño, y en consecuencia no se sabría cuál sería la reacción justificada que quedaría para el afectado.

Núñez (1999) se ha expresado en este punto diciendo que la agresión únicamente puede llegar a ser producida por una conducta humana, incluyendo un accionar tanto comisivo u omisivo, excluyendo de esta manera aquellas situaciones provenientes de casos fortuitos o de la naturaleza y agregando que la agresión debe ser ante todo voluntaria, sin incluir aquellas situaciones que comprometan conductas imprudentes.

Por otro lado Rodríguez Olivari (2008) considera pertinente realizar un análisis de la agresión desde dos sentidos, uno objetivo donde refiere a un obrar proyectado directamente sobre el afectado, y por otro lado uno subjetivo, en el cual se incorporaría el individuo que la ejerce, ya que si no es capaz de comprender, conocer y dirigir el contenido de su voluntad conforme a su fines, el concepto de agresión se vería incompleto, y proyectaría sobre la persona auxiliada, una situación de peligro que recaerá en el ámbito del estado de necesidad pero no de la legítima defensa.

Zaffaroni (1999) pretende simplificar la cuestión señalando que la agresión debe estar constituida por tres requisitos fundamentales: una conducta humana, una agresión y que ésta sea antijurídica, descartando la agresión ilegítima cuando no hay conducta. Por ejemplo, aquella situación de verse bajo el efecto de una fuerza física irresistible o de un acto meramente reflejo o automático, pero a su vez se diferencia de los autores anteriores admitiéndola contra niños o inimputables aunque dándole un mayor rigor al requisito de racionalidad de la defensa.

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, por lo cual es correcto requerir solamente una voluntad lesiva y excluir del ámbito de la agresión las conductas que solo son imprudentes.

Según una interpretación del Código Penal brindada por Nino (2005), 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, solo 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, aun así, continua 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.

Para Luzón Peña citado por Rodríguez Olivares (2008) agresión es una palabra que, tanto en su empleo corriente de “ataque”, como en su sentido etimológico (aggressio, de ad-gradior: dirigirse o marchar hacia, tender a), presupone una acción consciente y controlada por la voluntad. Es por eso que los supuestos en donde falta la acción no pueden ser agresiones ni fundamentar, por consiguiente, legítima defensa. En este sentido se pronuncia Soler considerando, que no hay agresión si no hay voluntad, si falta la capacidad de acción o, en una palabra, si falta acción.

En el mismo sentido Pessoa citado por Rodríguez Olivares (2008) ha expresado que, de conformidad a la doctrina penal actual, se consideran casos o situaciones de falta de acción los estados de inconciencia y los casos de fuerza física irresistible, por lo que no se podrá actuar bajo el amparo de la legítima defensa, por falta de agresión ilegítima o por ausencia de acción como el de una persona que es empujada por el viento o una multitud contra otra o el de un epiléptico, ya que se tratan de cuerpos y no de sujetos que realizan una acción.

II.4. Requisitos que debe presentar la agresión ilegítima

Gran parte de la doctrina considera necesario definir una serie de características fundamentales que ayudan, en cierta forma, a tratar de resolver las cuestiones que se presentan en este supuesto de agresión ilegítima.

II.4.A. Conducta humana

El primer requisito nos dice que para que exista agresión ilegítima ante todo debe haber una conducta, lo que quiere decir que no será admisible la legítima defensa contra animales o cosas, cuando no sean los instrumentos usados por una persona y siempre que pertenezcan a quien los emplea o a quien los facilita para la agresión, ya que si son libres o pertenecen a un tercero ajeno a la misma, la cosa o el animal no pueden ser jurídicamente afectados, si no en la medida autorizada por el estado de necesidad justificante. Tampoco puede, como bien fue expresado en el apartado anterior, haber legítima defensa contra la amenaza proveniente de un involuntario o 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 (Zaffaroni 1999).

Por su parte Asúa (1976) también se expresa sobre aquella conducta desplegada por locos y también al caso de poder defenderse ante los ataques de animales, diciendo que cabrá la defensa contra toda agresión, considerando como susceptible de agresión a toda persona capaz de realizar actos. En cuanto a la primera situación considera que el loco tiene voluntad y motivación, aunque sean anormales, por eso, su acto es agresivo y nos constituye en defensores legítimos cuando le repelemos. En cambio, aquel que está bajo coacción no es capaz de acción, por tanto, no cabe legítima defensa contra sus aparentes agresiones. Por otro lado, al desarrollar la segunda cuestión, considera que al salvaguardar nuestra vida del peligro que nos causa, estamos en estado de necesidad. Con mayor motivo nos hallamos en él al repeler los ataques de un animal o al destruir el objeto que nos apresa. Pero si el perro ha sido excitado por su dueño, o si éste nos ha encerrado en su casa, al matar al animal o al destruir la puerta, obramos en legítima defensa contra el propietario de la bestia y de la madera.

II.4.B. Actualidad o inminencia

La doctrina incluye generalmente entre sus requisitos, que la agresión sea actual. Nuestra ley no hace una referencia específica a dicho carácter, pero esto no significa que este requisito no deba tenerse en cuenta, porque si bien lo estrictamente correcto es afirmar que lo actual debe ser la situación de peligro en el momento de la reacción, en definitiva, tales situaciones se superponen. La agresión ilegítima puede o no consistir en un acto súbito e instantáneo, y crear,

en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste mientras subsista el peligro (Soler, 1983).

El principal motivo para exigir que la agresión sea actual, refiere a que no corresponde defenderse contra ataques pasados, porque de ser así nuestra reacción tomaría un tinte vengativo y se alejaría de la legítima defensa. Sin embargo, la defensa no solo puede ejercerse contra una agresión actual, sino que también es posible contra una agresión inminente. Las Partidas, a pesar de haber sido escritas en épocas tan duras, y ser tan antiguas, ya consideraban esta situación, demostrando que no se debía esperar a que el otro le agreda primeramente porque podría suceder que ese primer golpe recibido le ocasionara la muerte y de esa forma ya no se podría amparar.

El texto del Código español, como el de la mayoría de los hispanoamericanos, permiten la posibilidad de defenderse contra una agresión inminente. Las propias leyes hablan de “impedirla o repelerla”. En consecuencia se repele lo actual, y se impide lo inminente. Es por ello que no cabe duda alguna de que, incluso conforme a la interpretación literal de la ley, es posible defenderse contra la agresión inminente (Asúa, 1976).

En este punto alguna jurisprudencia considera que:

En la defensa propia, el peligro de daño depende, de modo directo y exclusivo, de la agresión ilegítima. Ella puede ser actual, ya iniciada; o puede ser futura, no comenzada. Esto último autoriza la conducta defensiva racionalmente necesaria a condición de que, a pesar de ser futura la agresión, sin embargo exista en el presente, el peligro de ella y de su efecto dañoso³⁴.

Es importante hacer una breve referencia a aquella particular situación que se presenta si la agresión no se ha producido y se limita a ser solo una amenaza verbal, lo que se podría reflejar como un peligro de peligro, donde la doctrina mayoritaria considera que no habrá legítima defensa, ya que la persona que amenaza o injuria no es todavía un agresor, mientras no una la acción a la palabra, aunque eventualmente pueda ser considerado provocador (Soler, 1983).

³⁴ Cámara de Ap. En lo Criminal y Correccional, Santiago del Estero, “Gómez, Marta Jorgelina s.d. Homicidio e.p. Julio Cesar Santos s/Recurso de Apelación”, 22/06/2007.

Con respecto a esta situación, alguna jurisprudencia ha sostenido que “la defensa propia, requiere como presupuesto básico la agresión ilegítima, consistiendo esta última en la lesión o amenaza a un bien jurídicamente protegido”³⁵. Por lo que, en cierta forma, este tipo de amenazas que no sean verbales, sí pueden ser vistas como agresiones ilegítimas, pero siempre y cuando hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose un peligro real y objetivo con potencia de dañar.

II.4.C. Ilegitimidad de la agresión

Habremos de ingresar en el análisis del último de los requisitos de “agresión ilegítima” que exige el instituto en estudio, puesto que no cualquier agresión justifica el ejercicio de la acción defensiva sino aquella que es ilegítima, lo que nos lleva a determinar si ese carácter de ilegitimidad es lo mismo que el de antijuridicidad o, en cierta forma, si la agresión ilegítima es la agresión antijurídica.

En este caso es posible encontrarnos con algunos autores que han sostenido una equivalencia entre ambos términos, queriendo significar que ilegitimidad implica una nota de antijuridicidad o bien de ilicitud, y por el contrario, otros han percibido agresiones no antijurídicas pero ilegítimas contra las que procede la legítima defensa.

Por ejemplo, Zaffaroni citado por Nino (2005) sostiene que la agresión solo será ilegítima cuando la agresión sea antijurídica, de modo que no puede haber legítima defensa contra una conducta que no sea jurídicamente desvalorada o sea contraria al deber jurídico y consecuentemente, no cabe legítima defensa contra legítima defensa.

En cambio, Luzón Peña citado por Nino (2005) afirma una posición contraria con relación al derecho español, diciendo: si para conseguir el prevalecimiento del derecho y lograr sus fines de prevención general intimidatoria el orden jurídico no recurre a la pena sino en casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes (los jurídicos penalmente protegidos) y a las formas más graves de ataque (las tipificadas), parece que lo más satisfactorio es limitar ese otro

³⁵ Cámara de Ap. En lo Criminal y Correccional, Santiago del Estero, “Gómez, Marta Jorgelina s.d. Homicidio e.p. Julio Cesar Santos s/Recurso de Apelación”, 22/06/2007.

medio de intimidación (la legítima defensa) de igual o mayor dureza (porque no está regido por la proporcionalidad) a los casos de ataques de esa misma entidad.

Si se toma como cierta la posición que ve en la ilegitimidad y la antijuridicidad conceptos similares, se debería estudiar lo que se entiende por “antijuridicidad” y no por ilegitimidad, ya que dicha categoría se corresponde adecuadamente con la sistematización de la teoría del injusto penal y en especial con el ámbito de los tipos de justificación que se sitúan para la doctrina mayoritaria como excluyentes de la antijuridicidad.

Por su parte Díaz Palos citado por Rodríguez Olivari (2008, pág. 96), refiriéndose al concepto de ilegitimidad como calificativo de la agresión, la definió como aquella que:

Más allá de suponer cualquier injerencia, intromisión o invasión de la esfera jurídica ajena, merezca la nota de ilegítima como concepto más amplio que el de ilegal, que parece aludir tan solo al ataque constitutivo de delito, queriendo significar obrar contra derecho, visto de modo objetivo, con abstracción de la persona que actúa. En virtud de ello, no corresponderá invocar legítima defensa si el que nos violenta lo hace conforme al mismo.

En relación a la antijuridicidad, se han elaborado principalmente dos concepciones: una objetiva, que dice que al concepto de antijuridicidad pertenece todo aquello que se prohíbe de un modo general sin consideraciones individuales, y por ende, apartado del concepto de aquellos elementos subjetivos que aluden al contenido de la voluntad o a un dominio de la misma, y otra subjetiva, que expresa que, para que la agresión sea antijurídica, no basta que infrinja objetivamente el derecho, sino que además es necesario que parta de un sujeto que comprenda la significación de su agresión y esté en condiciones de comportarse de otra manera (Rodríguez Olivari, 2008).

Para salir de las diferentes posturas doctrinarias señaladas y tratar de dejar en claro qué quiere decir el Código cuando exige una “agresión ilegítima” retomaremos lo expuesto por Zaffaroni (1999), quien explica que 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, sí debe admitirse la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica, debido a 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.

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.

II.5.La conducta omisiva

El último de los aspectos controvertidos en este presupuesto de agresión ilegítima, es aquel que refiere a si el concepto de agresión puede abarcar el caso de una conducta omisiva.

Algunos autores han considerado que dada la conexión directa que ha de tener la agresión con el carácter de ilegitimidad, la omisión debe constituir un delito y bien puede ser considerada, (dentro del concepto agresión) una forma de acción, si entendemos por ésta cualquier manifestación exterior de voluntad comprensiva de una y otra modalidad, siempre que sea capaz de producir una puesta en peligro a determinado bien jurídico, lo cual se dificulta en el caso de la omisión propia, donde no existe agresión a un bien jurídico particular, sino, a lo sumo, a un bien jurídico supraindividual.

Esta situaciones de omisión pueden ser discutibles y verse reflejadas por ejemplo en aquella situación de quien omite simplemente prestar asistencia a un herido, para no trasladarlo a un centro asistencial pudiéndolo hacer, ya que para algunos autores es posible actuar ante una omisión, y para otros dicha omisión no es suficiente para afectar bienes jurídicos y no puede actuarse legítimamente para afectar los del omitente.

En similar sentido lo explica Nino (2005) sosteniendo que no ve porque no podría ser legítimo, por ejemplo, amenazar a quien rehúsa prestarnos socorro para que lo haga. Cualquier omisión que consista en la violación de un deber jurídico, (respaldado o no por sanciones penales según los casos) puede dar lugar a una defensa proporcional del bien que es objeto de la pretensión correlativa.

II.6. Conclusión

De lo dicho anteriormente surge entonces, que para que exista una agresión ilegítima debe haber una amenaza o inminencia de un mal o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley, prescindiendo de la titularidad de ese bien.

Asimismo, para que haya una causa de justificación, la agresión debe ser actual o inminente, pero no debe ser pasada, o sea, no debe estar concluida, ya que de lo contrario no habría causal de justificación. En caso de que el autor de la agresión actúe bajo fuerza física irresistible, no habilita a la causa de justificación, ya que no hay agresión, sino que estamos ante un caso de Estado de Necesidad exculpante.

Es por ello, que la causal de justificación opera como tal en los casos en donde existe una conducta humana, culpable, con actualidad o inminencia de daño o puesta en peligro a un bien jurídico.

CAPÍTULO III: LA ACCIÓN DEFENSIVA Y LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO

Este capítulo analiza el segundo de los requisitos exigidos por la legítima defensa, desarrollando los diversos aspectos oscuros y dilemas que presenta doctrinalmente. Asimismo, pretende arrojar luz a través de las soluciones jurisprudenciales adoptadas en las diferentes instancias judiciales de nuestro país.

Si bien es ineludible el estudio preciso de este requisito, puede adelantarse de que la cuestión a tratar se basa en la utilización del adjetivo “racional” como también en la expresión “medio empleado”.

III.1. Encuadre legal

Nuestro Código Penal hace referencia, en el art. 34 inc. 6 b)³⁶ a las características que debe reunir la acción defensiva, a través de la fórmula “necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima”, con lo que se quiere significar no solo que la agresión tiene que haber creado un estado de necesidad, sino que además, la reacción de quien se defiende debe ser el medio o la forma en que el peligro puede efectivamente evitarse, o ser la reacción que el sujeto podía razonablemente suponer que a tal efecto servía.

La primera medida para juzgar la necesidad del medio empleado la suministra la naturaleza y gravedad de la agresión, y esto resultará, en cada caso, de una comparación no solo de los instrumentos usados, sino también de las condiciones personales del agresor y del agredido. Por eso, la reacción siempre tiene que estar dirigida contra el agresor. La circunstancia de que un tercero resulte lesionado, deja subsistente la legítima defensa, solo cuando aquel resultado provenga del error no culpable de quien se defendió (Soler, 1983).

³⁶ Código Penal Argentino. Art. 34° inc. 6 b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

III.2. Problemáticas que presenta el presupuesto

Cuando se analiza el segundo requisito de legítima defensa pueden surgir distintas discusiones que conciernen directamente a tres situaciones: la primera de ellas, orientada hacia la necesidad que se requiere para emprender la acción defensiva, la segunda respecto de la proporcionalidad con la agresión y por último, las posibles actitudes subjetivas a tener en cuenta por parte del que se defiende.

Las confusiones reflejan la falta de precisión en la descripción del requisito, sobretodo en la utilización del adjetivo “racional”, como también de la expresión “medio empleado”, debido a que si no se presta la suficiente atención, podría pasarse por alto que el medio al que alude es la acción defensiva misma, y no los eventuales instrumentos o procedimientos a los que se puede recurrir en la ejecución de tal acción. Esta situación reviste una notable importancia ya que se puede caer en la confusión en donde la necesidad racional del medio empleado depende de la mera comparación de los instrumentos empleados por defensor y agresor (Nino, 2005). En realidad, es en este aspecto que la ley establece un criterio amplio, debiendo tenerse en cuenta la edad, el sexo, la contextura física, y demás características de las que se pueda inferir la racionalidad de la conducta defensiva dependiendo de los recursos que el agredido tenía a mano en ese momento, siempre considerando el momento *ex ante* de la defensa y guardando una proporcionalidad con la agresión; caso contrario, la defensa se vuelve irracional.

III.3. La exigencia de necesidad

En una primera aproximación, podemos decir que un acto es necesario cuando es capaz de repeler aquel daño que afecta de un modo inminente e inevitable los bienes jurídicos del que se defiende, y solo cuando el mismo es eficaz para el rechazo, porque lo que aún no es necesario, no puede ser razonablemente necesario y justificado. Dicho de otro modo, la acción defensiva nunca puede ir más allá de los límites que fija la necesidad requerida para lograr un eficaz rechazo de la agresión (Rodríguez Olivari, 2008).

La necesidad de la acción amparada se define no solamente por el carácter de inevitabilidad del daño contenido en la agresión ilegítima, sino también con la inminencia del mismo, esto es, la potencialidad del daño inmediato en la esfera de protección de los bienes

jurídicos. De forma que, de no obrar el rechazo, el daño será efectivizado definitivamente y en forma irrevocable, poniendo fin al marco cronológico de actuación de la defensa necesaria (Rodríguez Olivar, 2008).

La necesidad de la que hablamos es la nota de peligro de afectación al bien jurídico protegido, ya que la acción defensiva tiene una clara referencia subjetiva que es “para repeler o impedir el daño” y ésta es la orientación del ánimo de defensa que debe residir en quien opera la justificante.

En igual sentido lo ha expresado alguna jurisprudencia diciendo:

La legítima defensa requiere un peligro real, objetivo e inminente. Esto es, actos agresivos que demuestren materialmente un peligro actual, directo, ante lo cual surge la reacción para librarse de ello, reacción que debe ser racionalmente necesaria para impedir o repeler la agresión. Esto significa que sea “oportuna” – si se usa para impedir la agresión inminente o para repeler la agresión actual – y el medio empleado debe “guardar proporción con la agresión”. En consecuencia resultará inoportuna cuando se ejerce antes o después de producida la agresión, no agrediendo ya el que dejó de accionar (como se suele decir “no precipitación, no retardo, la que se anticipa es agresión, la tardía es venganza”)³⁷.

Nino (2005) considera que para determinar cómo debe calificarse la exigencia de necesidad para obtener resultados satisfactorios, es fundamental estudiar la relación que existen entre esa exigencia con la fundamentación de la legítima defensa. Ante todo considera importante aclarar que las acciones defensivas que se analizan son antijurídicas, es decir son acciones que pertenecen a una clase de conductas que se encuentran reguladas por una norma específica, cuya función primordial es prevenir que se lleven a cabo, si no fuera porque tienen ciertas propiedades adicionales que determinan que no sea aconsejable desalentar esa subclase más específica de conductas. Esto llevaría a la situación en que si alguna de las circunstancias que distinguen a la subclase de acciones justificadas están ausentes en un caso particular, la conducta en cuestión quedaría incluida entonces en la clase general de acciones antijurídicas. Según la fundamentación de la legitimidad de la defensa que se ha propugnado, las

³⁷ Cámara en lo Criminal y Correccional, Río Tercero, Córdoba, Sala Unipersonal, “Piatti, Jesica Belén Homicidio Simple”, 04/03/2010.

circunstancias relevantes para la justificación de una acción defensiva son, alternativamente: a) que no puedan preservarse ciertos bienes primarios irreparables por otros medios que afecten en menor medida a los bienes del agresor (defensa extrema) b) que la acción defensiva tienda a una minimización de los daños sociales sin lesionar bienes primarios del agresor (defensa socialmente útil), o c) que, aun cuando lesione tales bienes, el titular de estos haya consentido perder la protección jurídica contra lesiones de ellos que resulten de acciones defensivas permitidas por razones de interés colectivo (defensa punitiva).

Esto demuestra que lo que se requiere no es la simple necesidad, como fue explicada en los primeros párrafos de este apartado, sino que se exige una necesidad calificada por consideraciones de eficiencia. Esa eficiencia vendría a estar reflejada en aquella acción defensiva que constituye, según el caso particular, el medio menos dañino posible para contener la agresión. Es decir, que califica a la acción defensiva como necesaria, no solo cuando es el medio menos lesivo sino también cuando es el único (Nino, 2005).

Jiménez de Asúa (1976), define a la necesidad como un requisito fundamental de la defensa y no como una condición de la que se pueda prescindir y sin la cual se caería en una defensa excesiva. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad. Aparecen entonces la agresión y la necesidad como polos en torno a los cuales gira el eje de este instituto. Idea que se ve reforzada por parte de la jurisprudencia que sostiene que:

La relación entre la agresión y la acción necesaria para impedir o repelerla debe ser tal que se pueda afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción concreta de defensa era adecuada para repeler o impedir la agresión concreta³⁸.

Por otro lado, algunos autores prefieren hablar de dos tipos de necesidad, la primera de ellas considerada como una necesidad abstracta de la defensa y la segunda como una necesidad concreta. En cuanto a la abstracta, vendría a constituirse por la mera necesidad de defenderse de alguna forma, mientras que la concreta, es la necesidad del medio defensivo empleado. Con esto se quiere decir que, si falta toda necesidad de defenderse (necesidad abstracta), no cabe apreciar ni la legítima defensa completa ni la eximente incompleta, debido a que falta un elemento

³⁸ Cámara en lo Criminal, Esquel, Chubut, Sala Penal, “A., A. s/Homicidio Simple”, 13/09/2001.

fundamental de la eximente; si, en cambio, habiendo necesidad de defenderse, la defensa concretamente empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta (Lascano, 2005). Por lo tanto faltará la necesidad de la defensa concreta, cuando el sujeto pueda utilizar un medio menos lesivo, pero siempre recordando que no debe decidirse la cuestión con la simple comparación entre los medios de ataque y los de defensa.

III.4.La posibilidad de huir por parte del ofendido

El requisito de necesidad está conectado también con la controvertida cuestión de la huida. Se discute ampliamente si la posibilidad de evitar la agresión mediante la fuga cancela el carácter necesario de la acción defensiva.

La cuestión a resolver se presenta cuando entre esos otros medios existe alguno inofensivo, típico caso de la fuga, la cual se representa en el alejamiento del ofendido del lugar de peligro. Soler (1983) sostiene que ante todo es importante aclarar que la necesidad del medio empleado no es una necesidad absoluta, sino relativa, ya que como anteriormente se dijo, puede haber habido otros medios posibles de defensa. Este autor considera que no hay un deber de huir, pero que la rotunda negación del deber de alejarse puede llevar a injustas soluciones y concluye definiendo a la posibilidad de huir como un límite claro al estado de necesidad.

Por otra parte, Asúa (1976), no se pronuncia por el deber absoluto de fugar, y lo restringe a los casos en que la salvación por ese medio sea manifiesta y realmente útil. En caso de que se den estas cuestiones no debería discutirse sobre la base de resolver si el estado impone o no “el deber de huir”, o si exige una “conducta cobarde”, sino considerando si el sujeto que reaccionó lo hizo dentro de una racional necesidad.

Nino (2005) propone un enfoque particular con la intención de resolver esta cuestión:

Es obvio que la fuga frente a un ataque puede, en determinadas circunstancias, importar una lesión para ciertos bienes del individuo que huye, en especial (según sean las condiciones en que debe huir y las valoraciones del medio ambiente) la huida puede involucrar una lesión a la libertad de movimientos o al honor del individuo que debe emprenderla. Cuando esto ocurre (insistiendo que no siempre debe ocurrir) el individuo sufre un mal, que, no consistiendo en general en la pérdida de un bien primario, debe

contrapesarse, por un lado, con el mal que la lesión defensiva causaría, y, por el otro, con el daño involucrado en la agresión que se logra evitar. Como en todos los casos debe tomarse en cuenta, por supuesto, que cuando se da el consentimiento del agresor a perder la protección jurídica a sus bienes, hay un margen para afectar a esos bienes en una medida mayor al daño que se evita (por ejemplo, absteniéndose de huir) (pp. 111-112).

Es decir, en definitiva, como señala la mayoría de la jurisprudencia, “en principio la huida no es una conducta jurídicamente exigible”³⁹.

III.5. Racionalidad o proporcionalidad

El adjetivo “racional”, que en el Código Penal califica la exigencia de necesidad del medio empleado, podría interpretarse, como anteriormente se expuso, como referencia a consideraciones de eficiencia (es decir, que cuando la acción defensiva no sea la única forma de repeler la agresión, tiene que ser la menos dañina de las distintas alternativas posibles).

Sin embargo, la mayor parte de los intérpretes de nuestro Código Penal y del Código español, cuyo texto es coincidente, han optado por la tesis que considera a la expresión aludida anteriormente, no hace referencia a la eficiencia de la acción defensiva, sino a la proporcionalidad entre la acción defensiva y la agresión ilegítima (Nino, 2005).

Cierta jurisprudencia tiene dicho que:

La racionalidad que se exige debe ser considerada dentro de un contexto general, en las que se evalúan las circunstancias que rodean al hecho, los instrumentos que se usan, como así también las condiciones personales del agresor y de su víctima. Esa valoración debe efectuarse, teniendo especial consideración de la razonable interpretación que el agredido efectúa en las circunstancias descriptas y en la que a su vez entiende, verse realmente amenazado, y no en un cálculo aproximado, desde la serenidad de un despacho judicial. Es decir, hay que ubicarse en la situación de la persona agredida, en el momento y en el lugar en que el hecho se produce⁴⁰.

³⁹ Cámara de Ap. En lo penal, Rosario, Santa Fe, “F, A H s/Lesiones Leves”, 25/03/1992.

⁴⁰ Tribunal Superior de Justicia, La Pampa, Sala B, “Rojas, Julio Ricardo s/Lesiones Graves”, 14/05/1997.

Esta posición se contrapone a la tesis adoptada tradicionalmente por la doctrina alemana, donde se establece que el derecho no tiene por qué ceder a la injusticia, y el que actúa en situación de legítima defensa interviene, al mismo tiempo, en favor de la integridad del ordenamiento jurídico y no presupone una proporcionalidad de bienes. En consecuencia, puede admitirse que se dé muerte al agresor, en forma adecuada a la intensidad de su ataque, no sólo para proteger la vida o el cuerpo, sino también para defender valores reales (Nino, 2005).

En los países latinos prevalece la primera de las posturas, es decir que la defensa debe ser proporcional a la agresión.

Jiménez de Asúa citado por Nino (2005, pág. 118), defiende la exigencia de proporcionalidad manifestando que:

No puede ser de otro modo si nos remontamos al fundamento de la legítima defensa y a las propias bases de las causas de justificación. Si estas suprimen lo injusto porque impera el interés superior sobre el inferior y si aquella se justifica por la salvaguarda del bien jurídico más importante o del interés legítimo, sobre el inferior o injusto, es obvio que cuando sacrificamos por exceso de precauciones, por culpa o por temor, un bien jurídico desproporcionadamente más elevado, no podemos alegar la legítima defensa perfecta, que es la única que se califica como justificante.

Por otra parte, Soler (1983), después de afirmar que la posición alemana choca con la sensibilidad, argumenta de este modo:

Es verdad que, en principio, nadie puede ser obligado a sufrir un daño injusto por el solo hecho de que éste sea resarcible; no se trata de sancionar semejante principio sino de optar entre dos males a objeto de que la grave facultad de tutelar privadamente los derechos corresponda a un motivo realmente grave; entiéndase bien, siempre que la evitación de un pequeño mal solo pueda lograrse con una medida extrema (p. 404).

Como es fácil advertir, de este párrafo no se infiere otra razón para justificar la solución propugnada que la apelación a la *communis opinio*.

III.6.Determinación de la proporcionalidad

Una de las cuestiones que perturba considerablemente la tarea judicial de resolver casos de defensa privada es la de cuál es el criterio para apreciar el cumplimiento de la exigencia de proporcionalidad. Hay por un lado, un enfoque “objetivista”, que sostiene que la cuestión debe determinarse de acuerdo con todos los datos disponibles en el momento de juzgar y por otro lado existe un enfoque “subjetivista”, que afirma que la proporcionalidad debe determinarse basándose en el juicio que se formó el propio agente al emprender la defensa, según sus creencias y su posibilidad de obrar de acuerdo con ellas. Además, hay por último, un enfoque intermedio, que propicia estimar la proporcionalidad según el juicio que se hubiera formado un hombre razonable en la situación del que ejercita la defensa privada (Nino, 2005).

Las decisiones judiciales argentinas son coincidentes respecto de que:

Quando la ley exige como uno de los requisitos indispensables para la legítima defensa, “b) la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla” quiere significar la existencia de una necesidad racional, de una situación de tal índole, y también que el medio empleado sea el necesario de que el autor dispone y que la proporcionalidad se tenga que estimar no de modo abstracto sino con relación a cada caso⁴¹.

Es decir, que para apreciar la proporcionalidad de la defensa, no hay que manejarse con descripciones genéricas de la situación acaecida, sino con descripciones que reflejen, en detalle las circunstancias específicas del caso (edad, sexo, contextura física, lugar, hora, etc.) ya que solo considerando todas las circunstancias relevantes se podrá formular un juicio plausible acerca del grado de peligro al que los bienes involucrados estuvieron sometidos.

Idénticas conclusiones han llevado a la jurisprudencia a sostener que:

La racionalidad del medio empleado, como presupuesto básico de la defensa propia, consiste en la proporcionalidad entre la conducta defensiva – y no el instrumento empleado – y el ataque del agresor. Tal calificación depende de la situación fáctica, entendiéndose que debe existir proporcionalidad ante la potencialidad ofensiva desplegada por el agresor y las posibilidades defensivas de la víctima. Así debe

⁴¹ Tribunal Superior de Justicia, Corrientes, “Rocha, Raúl – González, Marcelo – Lezcano, Agustín Ramón s/Lesiones Leves”, 19/09/1995.

considerarse que el medio empleado resulta razonable o guarda proporción con la agresión si, en base a las circunstancias del caso y los bienes atacados, su uso resulta acorde con los medios defensivos con que cuente el agredido y de los cuales ha de valerse para repeler el ataque⁴².

Por otro lado, con respecto a la tercera postura del “hombre razonable” la mayoría de la jurisprudencia declara que “no puede exigírsele al incoado que, frente a la obstina violencia del agresor, repela el ataque observando una actitud prolija y mesurada”⁴³.

Este tema está estrechamente vinculado con la cuestión de si la legitimidad de la defensa requiere un ánimo de defensa, el cual al igual que los anteriores tópicos tratados presenta una amplia discusión. Nino (2005, pp. 125-126) cita a Jiménez de Asúa quien se “inclina decididamente por una opinión afirmativa, sobre la base de que la preposición -en- empleada en la frase de los Códigos español y argentino, -el que obrare en defensa-, implica intención de defenderse”.

En igual sentido se pronuncia Díaz Palos citado por Nino (2005), sobre la base de que repugna conceder una justificación a quien, por ejemplo, ataca a quien lo estaba por agredir sin saber qué, de este modo, impedía la agresión.

En cambio encontramos autores como Rivacoba citado por Nino (2005), que emiten una opinión negativa, basando sus argumentos en considerar a la legítima defensa como un subrogado de la actuación de los órganos públicos, y siendo de esta forma, al no exigir actitudes subjetivas para justificar la actuación de estos últimos no se debe exigir tampoco para los casos de defensa privada.

Es cierto que el empleo por parte de nuestra legislación de la frase “obrar en defensa” genera, como acabamos de ver, distintas opiniones encontradas; no obstante parece que el obstáculo no estaría en la utilización de la preposición “en” (que no siempre denota intención, como se muestra en la frase “obrar en ignorancia”) sino porque el término “defensa” parece

⁴² Cámara de Ap. En lo Criminal y Correccional, Santiago del Estero, “Gómez, Marta Jorgelina s.d. Homicidio e.p. Julio Cesar Santos s/Recurso de Apelación”, 22/06/2007.

⁴³ Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, “Romero, Marcelo German Homicidio Simple”, 15/03/2012.

denotar una actividad intencional (parece chocante decir que alguien se defendió sin querer) (Nino, 2005).

III.7. Medios mecánicos de defensa

Los medios mecánicos, han preocupado mucho a la doctrina, generando una falta de comprensión a la hora de determinar si constituyen una forma de legítima defensa.

Medios mecánicos 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 maquina 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 (Zaffaroni, 1999).

La cuestión referida 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, porque bien puede colocarse una alarma, la defensa de los galpones y de las flores también puede hacerse por medios menos lesivos, por lo que no hay tampoco legítima defensa (Zaffaroni, 1999).

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.

III.8. Conclusión

De acuerdo a lo expuesto en las líneas precedentes se desprende 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 y en ese momento pueden llegar a 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.

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, es decir, siempre resaltando que la importancia de este segundo presupuesto se encuentra en la proporcionalidad de la conducta defensiva respecto de la agresiva.

CAPÍTULO IV: LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE DEL QUE SE DEFIENDE

Este capítulo presenta el tercer y último de los presupuestos exigidos por la legítima defensa, el cual ha sido objeto de agotadores debates doctrinarios.

Antes de comenzar con su estudio, debe ponerse atención en las diferencias entre la agresión ilegítima y la provocación, porque son conductas desarrolladas por agentes diferentes, cuyas consecuencias jurídicas también difieren. Con mayor motivo porque integran entre sí una relación normativa dialéctica, por lo que su confusión conlleva a la parálisis de la resolución de cualquier caso. Si el juez no decide primeramente si la acción conflictiva original fue agresiva o provocadora, no tendrá manera de calificar las acciones que la sucedieron, y estas calificaciones no pueden hacerse sin respetar los órdenes lógicos y temporales del razonamiento, es decir, no pueden hacerse válidamente a la inversa del orden del instituto.

IV.1. Encuadre legal

La falta de provocación suficiente es el tercer requisito establecido en el apartado c), del inc. 6°, del art. 34⁴⁴, el cual consiste en que la agresión ilegítima que genera la legítima defensa no haya sido suficientemente provocada. Como explica Nuñez (1999) “provoca no solo el que incita maliciosamente para disimular, so pretexto de defensa, la criminalidad de su conducta, sino también el que se coloca en situación de agredido como el ladrón y el amante de la adúltera” (p. 164).

No basta haber provocado al agresor de cualquier modo para perder el derecho de defensa, sino que esta provocación debe ser suficiente. Para determinar cuándo lo es, muchas veces se la ha considerado equivalente a la provocación adecuada o a la provocación intencional. También se ha visto el fundamento de este requisito en el *qui versari in re illicita* que haría responsable al sujeto objetivamente de la consecuencia de su conducta ilícita originaria pero, desde este punto de vista, solo se permitiría castigar lesiones imprevisibles para el defensor (Lascano, 2005).

⁴⁴ Código Penal Argentino. Art. 34° inc. 6 c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Además de lo dicho anteriormente, este requisito de falta de provocación presenta dos cuestiones, la primera de ellas referida a la posibilidad de no ser considerada como carácter fundamental de la legítima defensa, lo que llevaría a considerarla como un exceso en la causa o como una eximente incompleta. Mientras que la segunda cuestión se basa en determinar si la provocación dolosa llevaría a una responsabilidad plena y la culposa por imprudencia a una responsabilidad minorada.

IV.2. Problemáticas que presenta el requisito

El presupuesto de nuestra regulación legal de que quien se defiende no haya provocado la agresión ha determinado innumerables confusiones y controversias. Éstas se refieren no solo a la interpretación, sino también a la justificación de esta exigencia de que quien se defiende no haya provocado la agresión.

Una de las circunstancias que genera mayor confusión en el tratamiento de esta condición, consiste en no distinguirla suficientemente de la exigencia de agresión ilegítima, hasta el punto de que esta última a veces también se denomina “provocación suficiente”. Es por eso importante tener presente que a la hora de analizar este requisito nos debemos situar en que esa falta de provocación a la que alude el texto legal, es la de quien pretende beneficiarse con la justificación de la legítima defensa (Nino, 2005).

IV.3. Diferencia entre provocación y agresión

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, se 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. 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, 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 del Código Penal⁴⁵. 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 Código Penal. 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 solo una apariencia de defensa, que no es defensa en sí misma (Zaffaroni, 1999).

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 supuesto de exceso (art.35) y la intencional quedaría fuera de la legítima defensa (Zaffaroni, 1999).

Se ha esforzado tanto la doctrina argentina para adecuar nuestro texto a las soluciones alemanas o españolas, 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.

⁴⁵ Código Penal Argentino. Art. 35°: 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.

IV.4. La provocación y el pretexto de legítima defensa

Existen en el derecho comparado leyes en las cuales la legítima defensa depende solo de dos requisitos esenciales (agresión y necesidad), lo que lleva a que la cuestión a resolver sea más simple, dado que solo se basa en considerar la existencia o no del estado de necesidad, determinado por un agresor injusto. De esta forma, si decimos que la defensa siempre es posible contra toda agresión injusta, en este caso y según estas leyes la defensa será lícita para todo aquél que no sea calificado como injusto agresor, a pesar de no ser totalmente inocente en la situación particular. Agregando a su vez que aquella es posible incluso contra el que si bien comenzó defendiéndose, luego se excedió, porque todo exceso posee un carácter ilegítimo (Soler, 1983).

Contraria es, sin embargo, la opinión de Carrara citado por Soler (1983), para el cual no hay legítima defensa cuando hubo injusticia de parte del amenazado, y así no podría invocarla el adúltero sorprendido y amenazado de muerte por el cónyuge ofendido, aunque éste obra sin derecho, ya que su acción es un delito; ni tampoco el ladrón perseguido, ni el que promueve una riña. En general, no puede ser invocada en todos los conflictos en los cuales el peligro en que se encuentra una determinada persona, haya tenido ocasión en un hecho suyo reprochable. En tales casos cesa la justificación, aunque este autor acepta como subsistente la excusa, encuadrando esas hipótesis en la figura del exceso. Esto es lo que algunos llaman exceso en la causa.

Por lo que, esta tesis, frente a la ley, vendría a tener la deficiencia de interpretar la disposición de la misma forma que si el tercer inciso no existiera, y exigiéndose sólo dos de los requisitos anteriormente mencionados -agresión y necesidad-, debido a que provocación suficiente no querría decir otra cosa que agresión ilegítima. Pero esta manera de interpretar la ley, adolece de un defecto fundamental que la lleva a su invalidación: en vez de interpretarla, la niega, al suponer que el legislador, al expresarse, no ha querido decir nada: si “provocación suficiente” quiere decir “agresión ilegítima”, no era necesario que la ley dijera dos veces la misma cosa (Soler, 1983).

La complicación traída por este tercer requisito, consiste en que debe significar algo, y algo distinto de agresión ilegítima. Desde luego, tampoco puede ser entendido como destinado a excluir los casos en los que la legítima defensa es solo un pretexto o una simulación.

Según Soler (1983):

Existe simulación de legítima defensa cuando alguien maliciosamente provoca una agresión para tener la oportunidad de reaccionar en situación de aparente legitimidad. Desde luego, en tal supuesto, la legítima defensa queda excluida por inexistencia de un estado de necesidad inculpable. Y lo mismo ocurre cuando la legítima defensa es solamente un pretexto para cubrir una situación en la que obro sin necesidad, como cuando se lesiona al que huye después de consumado el ataque (p. 354).

Con inmejorable claridad distingue Fontán Balestra (1995) entre simulación y provocación suficiente:

La segunda hipótesis excluida es la de que quien provoca la agresión para colocarse en aparente situación de necesidad. Este supuesto, conocido en doctrina con el nombre de pretexto o simulación de legítima defensa, no tiene carácter de provocación. Es más: no existe necesidad real; la crea en apariencia y maliciosamente el propio agredido. Tampoco hay voluntad de defensa. A este mismo resultado se llega interpretando los textos legales que no contienen el requisito de la falta de provocación. De donde resulta claro que el motivo que da carácter ilícito a la defensa en estos casos no es la provocación suficiente sino la ausencia de necesidad (p. 321).

Como queda claro de las iniciales palabras de los autores citados, en los casos de simulación le está vedado al agredido el derecho a defenderse legítimamente, no por razón de haber provocado con suficiencia la agresión, sino por defecto del requisito de necesidad de su reacción defensiva.

Por lo tanto, es forzoso admitir que la presencia de ese requisito determina consecuencias específicamente dependientes de él, con relación a las leyes que no lo contienen.

IV.5.La “provocación” “suficiente”

Para ampararse en la legítima defensa, frente a nuestra ley, es necesario, como anteriormente se dijo, que no haya existido por parte del que se defiende, una provocación suficiente. Aquél que injuria gravemente a alguien que posteriormente reacciona, o bien el que fue sorprendido in ipsius rebus veneris por el ultrajado, o incluso el ladrón que huyendo con la re

furtiva es perseguido por el dueño, no podrán invocar la legítima defensa contra el injuriado, el cónyuge ofendido o el propietario.

No puede negarse que en tales casos hay provocación suficiente, aunque no sea suficiente para justificar la reacción, porque si en tales situaciones el injuriado, el cónyuge o el propietario matan, ese homicidio, por regla general, se juzgara solo atenuado de modo específico, y justamente a mérito de la provocación (Soler, 1983).

Desde luego, para excluir la legítima defensa no basta una provocación cualquiera, por insignificante que sea. La ley, de una manera expresa, elimina toda cuestión cuando requiere que la provocación haya sido suficiente, es decir, de gravedad.

Y en este sentido cierta jurisprudencia ha entendido:

En la previsión normativa de legítima defensa no basta que se haya provocado la agresión, sino que es necesario además que esa provocación sea “suficiente”, a cuya ponderación habrá de atenderse a aquella conducta que según un sentido social de normalidad, tiene idoneidad como motivación para el ataque, ya sea por poseer “cierta gravedad”, o porque “según el orden en que común y naturalmente se producen esos hechos, aquella debe, ordinariamente, determinar una agresión” o “cuando explique, de una manera cumplida y satisfactoria, el ataque mismo; cuando sea adecuada, bastante y proporcionada a la agresión nacida de ella⁴⁶.

Es importante resaltar dos cuestiones fundamentales en este apartado: la primera de ellas es que toda suficiencia debe medirse con la agresión ilegítima del provocado, y la segunda refiere a que nunca es justificable la reacción del provocado, debido a que ella consiste siempre, incluso cuando es suficientemente provocada, en una agresión ilegítima. El único efecto de la provocación suficiente es el de vedar al provocador su permiso a defenderse legítimamente, pero de ninguna manera tornar lícita la agresión del que ha sido provocado. La prueba de esto estriba en que la ley permite a un tercero, que no haya participado en la provocación, defender al provocador agredido.

⁴⁶ Tribunal Superior de Justicia, Santiago del Estero, “F. R. S. S. H. S. E. D. M. D. s/Casación Criminal”, 06/02/2007.

Es decir, que en este punto no resulta correcto interpretar el tercer requisito como referente a cualquier provocación, sino a una que alcance, dentro de su propia naturaleza, un grado tal que la haga adecuada para desatar en el provocado la reacción ilegítima que efectivamente cometió, desde un punto de vista ético-objetivo y teniendo en cuenta las costumbres vigentes en ámbito espacial y temporal de aplicación de nuestra ley penal.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia diciendo que “por conducta provocadora se entiende la que reúne un significado subjetivo de “falta de inocencia”, de modo que ella sea motivo determinante y desencadenante de la agresión que el agente afrontará⁴⁷.

Es cierto que el cálculo aquí se encuentra con una dificultad, que ciertamente tiene su origen en la propia ley: el juez debe, a la vez que calificar de ilegítima una agresión, afirmar que ella misma ha sido suficientemente provocada. La aparente dificultad, puede salvarse al examinar la culpabilidad del agente de la agresión ilegítima. Por ejemplo en una situación en el cual un hombre mira de mala manera a la hija pequeña de otro, y éste se lanza sobre el provocador y le causa lesiones leves. Estas agresiones son ilegítimas, aunque hayan sido suficientemente provocadas, pero nada obsta a que el juez absuelva al padre provocado y agresor, por entender que se encontraba comprendido en una de las causales de exclusión de la culpabilidad. Por esto no debe asociarse con ligereza la ilegitimidad de la agresión provocada con la efectiva imposición de una condena a su agente. Lo indiscutible en este ejemplo es que, si el provocador hubiera reaccionado defendiéndose y causando lesiones al padre provocado, tales acciones no hubieran estado amparadas por la causal de legítima defensa, al haberse viciado tal derecho con la existencia de una provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Es importante resaltar a su vez lo que sostiene el Tribunal Superior de Formosa, al afirmar que:

Para la ponderación de la suficiencia de la provocación, no es posible enunciar reglas generales, pues se requiere una valoración que depende de la constelación situacional completa que el Juzgador debe necesariamente tomar en cuenta. La ley niega el permiso de defenderse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión. La provocación suficiente siempre será una conducta anterior a la agresión, desvalorada por

⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia, Santiago del Estero, “F. R. S. S. H. S. E. D. M. D. s/Casación Criminal”, 06/02/2007.

el derecho, en tal forma que haga cesar el principio fundamentador de la legítima defensa. Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero ello será siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta, mostrándose inadecuado para la coexistencia. La coexistencia impone la evitación de situaciones conflictivas extremas, como son las que tienen lugar cuando aparece la situación de legítima defensa⁴⁸.

Por su parte Zaffaroni (1999) considera que la suficiencia depende de dos caracteres, uno positivo y otro negativo. El carácter positivo 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 forma tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta. Mientras que el carácter negativo de la suficiencia refiere a que la suficiencia de la provocación es un criterio ético-jurídico que excluye del ámbito de la justificante la conducta que se muestra 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.

Estos caracteres de la suficiencia dados por Zaffaroni han sido considerados como válidos por gran parte de la jurisprudencia, como sostiene el Tribunal Superior de Formosa al decir:

La provocación suficiente capaz de desplazar la aplicación de la justificante del art. 34 inc. 6° del Código Penal es la conducta anterior a la agresión que opera como motivo determinante de la reacción de la otra persona. Para que sea suficiente se requieren dos elementos: uno, de carácter positivo, es la previsibilidad del desencadenamiento de la agresión; el otro, de tipo negativo, deriva de un criterio ético-jurídico pues excluye del ámbito de la justificante la conducta inadecuada para la coexistencia⁴⁹.

IV.6. Teoría de la actio libera in causa

Como se dijo al comienzo del capítulo existe un planteamiento que pretende resolver la cuestión por vía de la teoría de la actio libera in causa, que se traduce como el acto libre en su

⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia, Formosa, “Ruiz Díaz, Anastasio s/Homicidio Simple y Tentativa de Homicidio”, 23/11/1999.

⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia, Formosa, “Sánchez, Eduardo s/Homicidio”, 28/06/1994.

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 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 cualquiera manera, debido a 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 (Zaffaroni, 1999).

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 pre-ordenación, 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 pre-ordenación (Zaffaroni, 1999).

Tampoco hay razón para excluir de la provocación suficiente la conducta típica culposa. No parece que puede 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 (Zaffaroni, 1999).

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, mientras que en nuestro derecho no puede ser aceptada por expresa disposición legal, dado que mediante provocación suficiente no hay una actio ilícita in causa sino una actio ilícita 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 (Zaffaroni, 1999).

IV.7. Conclusión

La provocación es una conducta diferente a la agresión ilegítima, en su ubicación lógica y temporal, en sus agentes y en sus efectos, por lo que no importa la intensidad que pueda alcanzar la primera, nunca se trasmutará por exceso en la segunda.

Al calificarse la provocación de “suficiente” queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa, y por lo tanto la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito. Pero esa suficiencia, debe medirse con la agresión ilegítima del provocado; nunca es posible afirmar que hubo provocación suficiente y que sin embargo la reacción fue desmedida, porque es un contrasentido lógico.

Nunca es “justificable” la reacción del provocado, puesto que ella consiste siempre, incluso cuando es suficientemente provocada, en una agresión ilegítima. El único efecto de la provocación suficiente es el de vedar al provocador su permiso a defenderse legítimamente, pero de ninguna manera tomar lícita la agresión del que ha sido provocado.

CONCLUSIONES Y APORTES

Llegando a la etapa final del trabajo de grado, se ha querido lograr una profunda comprensión sobre cada uno de los presupuestos que constituyen el instituto de legítima defensa; independientemente de que estudiosos del derecho ya han abarcado y profundizado sobre esta temática, se intentó obtener una recopilación doctrinaria y jurisprudencial que no solo permitiera dar sustento al trabajo final de graduación, sino que principalmente fuera capaz de reflejar las distintas cuestiones que presenta esta amplia figura.

A lo largo del desarrollo de los capítulos que constituyen esta investigación, hemos podido observar los problemas que presenta cada uno de sus requisitos, la mayoría de ellos vinculados con cuestiones de redacción y de utilización de ciertos términos que no resultar del todo precisos, dando lugar, de esta forma, a una serie de discusiones.

Al ser la legítima defensa una causa de justificación, el juez deberá evaluar en el caso concreto, la legitimidad del acto de defensa desplegado por parte del que pretende verse amparado, teniendo en cuenta no solo las circunstancias que rodean el hecho, sino especialmente, aquellas cuestiones vinculadas con la existencia, o no, de estos tres requisitos exigidos por el art. 34 inc. 6.

Hemos visto en el transcurso del segundo capítulo que para que exista legítima defensa, se requiere ante todo, una agresión ilegítima, término que presenta algunas dificultades que hicieron que la doctrina creara o estableciera una especie de sub requisitos. Dichos requisitos permiten dejar de lado ciertas situaciones controversiales diciendo que, la agresión de la que habla nuestro Código Penal, es más bien una conducta humana que debe ser actual o inminente y que además para ser ilegítima debe atacar a un bien que está protegido por derechos o pretensiones, es decir, por derechos que son correlativos de deberes jurídicos de otras personas, lo que lleva a concluir que una conducta debe estar jurídicamente prohibida para constituir una agresión ilegítima. A su vez, como vimos a lo largo del capítulo, estos mismos requisitos fueron y son sostenidos por los distintos tribunales de nuestro país.

Basándonos en la doctrina y jurisprudencia seleccionada para realizar el presente trabajo, observamos que los términos “medio” y “racional” requieren al igual que el anterior, una serie de precisiones, ya que quedando tipificados de esta forma, se dejaría abierta la posibilidad a

distintas interpretaciones. Este segundo requisito ya nos sitúa en la persona del que se defiende, por lo tanto resulta importante recordar que, las acciones defensivas privadas son subsidiarias de la actividad preventiva estatal, lo que lleva a que en igualdad de circunstancias tendrán prioridad para actuar los órganos públicos. La fundamentación de la acción defensiva exige que ellas sean necesarias para contener un peligro constituido o que se está desarrollando, ya que si se defiende en un momento posterior, esa defensa pasaría a ser una venganza. Por otro lado el “medio” que se exige, no solo puede implicar que sea el único para contrarrestar el peligro, sino que sea el menos dañoso o el más eficiente de todos los disponibles. Por último quedaría por reemplazar la expresión “racional” por “razonable” y, sobre todo, calificar con este adjetivo la acción defensiva misma y no el medio empleado.

El último de los requisitos presenta igual de importancia que los dos anteriores, ya que por más que estén cumplidos, si éste no se respeta, no podremos hablar de legítima defensa. Ante todo, resulta fundamental aclarar que no puede identificárselo con la agresión ilegítima, porque si así fuere la disposición saldría sobrando por repetición de conceptos, además de ser dos conductas desplegadas por personas diferentes. En este punto los maestros del derecho se dividen entre aquellos que sostienen la existencia de este tercer requisito y los que por otra parte proponen suprimirlo, pero como el objetivo de esta investigación estuvo orientada hacia una modificación con fines de esclarecimiento, tomaremos como válida la primera de las posturas diciendo que, la legítima defensa no podrá ser invocada en aquellos conflictos en los cuales el peligro en que se encuentre quien pretende ampararse en esta figura, haya tenido ocasión en un hecho suyo reprochable, dejando subsistente la excusa, y encuadrando esta hipótesis en la figura del exceso.

Dejando las cosas de este manera, nos llevaría a la necesidad de determinar cuándo una conducta es suficiente y cuándo no, a lo que responderíamos diciendo: aquella conducta que según un sentido social de normalidad, tiene idoneidad como motivación para el ataque, ya sea por poseer cierta gravedad o porque según el orden en que común y naturalmente se producen esos hechos aquella debe ordinariamente determinar una agresión. Destacando siempre que el único efecto de la provocación suficiente es la de vedar al provocador su permiso a defenderse legítimamente, pero de ninguna manera tornar lícita la agresión del que ha sido provocado.

Luego de haber analizado y estudiado cada uno de los presupuestos exigidos por la legítima defensa, resulta pertinente hacer una breve referencia al último anteproyecto del Código Penal (decreto PEN 678/12) presentado por la comisión creada al efecto.

En este anteproyecto la legítima defensa se ubica en la Parte General del Título II, específicamente en lo que respecta al hecho punible y a las figuras que operan como eximentes de responsabilidad penal. El Artículo 5° inciso d regula los tres presupuestos exigidos para que se configure el mencionado instituto, de los cuales sus dos primeros no presentan ningún tipo de modificación con respecto al texto del Código Penal vigente, mientras que el tercer requisito presenta una pequeña modificación en cuanto al adjetivo “defiende”, ya que es reemplazado por “agredido”, quedando tipificado de la siguiente manera: “Falta de provocación suficiente por parte del agredido”.

Por otro lado, el nuevo texto presenta un cambio importante en lo que respecta a la figura de la legítima defensa privilegiada, donde se considera que actuará bajo esta figura aquel que obrare: i) para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado, ii) por encontrar a un extraño dentro de su hogar, siempre que ofreciere resistencia. Es decir que, en esta parte, el nuevo texto no exige que la legítima defensa sea durante la noche como si lo exigía el texto anterior, permitiendo de esta forma la posibilidad de una defensa necesaria durante el día.

Otra de las diferencias con el texto anterior es que este nuevo anteproyecto no autoriza la posibilidad de ocasionar cualquier daño al agresor, sino que en alguna medida se supone que el mismo apunta a evitar un ataque y no a eliminarlo.

Por último, el nuevo texto legal agrega una innovación legal específica referente a la violencia doméstica: “igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un concepto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia”, lo que llevaría a decir que, a simple vista, la última parte del mencionado párrafo presenta un notable problema, ya que si se piensa acerca de qué pasaría si el cónyuge o conviviente afectado se defiende de un ataque por primera vez, surgiría de inmediato una discusión, debido a que si se toma como afirmativa la posibilidad de que alguien se defienda ante un primer ataque, se estaría desconociendo la descripción de la ley de manera taxativa, mientras que si se niega esta posibilidad, se estaría condicionando la legítima defensa a solo aquellos casos en donde la

victima haya sido agredida por su pareja en varias oportunidades y no solo la primera vez. Por lo que sería una contradicción exigirle a una persona que se deje pegar o matar porque es la primera vez que se lo ataca.

Por todo lo expuesto es importante generar en los legisladores la conciencia de una reforma del art. 34 inc. 6 del Código Penal Argentino, la cual esté basada principalmente en un nuevo y moderno tratamiento que asegure la posibilidad de comprender de una mejor manera cada uno de los presupuestos y así dejar concluida de manera definitiva la problemática que gira en torno a ellos desde prácticamente su nacimiento legislativo.

Como aporte final del presente trabajo de grado se sugiere que si existiese una reforma futura del art. 34 inc. 6, la misma quede redactada de la siguiente manera: ***“Artículo 34.- No son Punibles: 6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Conducta humana efectuada con voluntad y de carácter agresiva, actual o inminente y antijurídica; b) Similitud o equivalencia entre el poder ofensivo y el poder defensivo utilizado para impedir o repeler la conducta del inciso a) en el momento en que es inminente o actual y no posterior; c) Inexistencia por parte del que se defiende, de una conducta anterior a la expuesta en el inciso a), que según un sentido social de normalidad, y desde un punto de vista ético-objetivo, tenga idoneidad como motivación para el ataque”***.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

Bibliografía

Doctrina

Fontán Balestra, Carlos (1995). *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Jiménez de Asúa, Luis (1976). *La ley y el Delito – Principios de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Laje Anaya, Justo (1993). *Defensa en Legítima Defensa*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

Lascano, Carlos Julio (2003). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba: Editorial Advocatus.

Nino, Carlos Santiago (2005). *La Legítima Defensa*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Núñez, Ricardo (1999). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

Rodríguez Olivari, Gilberto (2008). *La Legítima Defensa Imprudente*. Buenos Aires: Editorial B de F.

Soler, Sebastián (1983). *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1999). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Legislación

Proyecto Tejedor del 5/12/1864. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

Proyecto Villegas, Ugarriza y García del 3/01/1880. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

Ley 1.920 del 7/12/1886. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Proyecto del 9/12/1904. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

Ley 11.179 del 29/10/1921. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Código Penal Argentino (2009). Argentina: Editorial Errepar.

Anteproyecto del Código Penal Argentino (decreto P.E.N. 678/12). Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

Jurisprudencia

Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, Sala Penal, “Palma, Juan Carlos Homicidio Agravado por el uso de Arma de Fuego”, 13/08/2008.

Tribunal Superior de Justicia, Río Negro, Sala Penal, “C., L. J. s/Homicidio Simple, s/Casación”, 29/11/2005.

Cámara 11ma en lo Criminal, Córdoba, Sala Unipersonal, “Videla, Víctor Hugo Homicidio Simple”, 03/11/2010.

Cámara Nacional de Ap. En lo Criminal y Correccional, Capital Federal, Sala 6, “S, M.A. s/Legítima Defensa – Exceso – Defensa Putativa”, 05/06/1981.

Cámara en lo Criminal, Esquel, Chubut, Sala Penal, “E., S., E.A. s/Homicidio Simple”, 05/05/1999.

Cámara en lo Criminal, Santa Rosa, La Pampa, “Ichoust, Oscar Alfredo s/Homicidio Simple”, 15/06/2013.

Tribunal Superior de Justicia, San Luis, “Incidente – Giménez, Nelson Sebastián s/Homicidio Simple – Recurso de Casación”, 23/11/2010.

Cámara de Ap. En lo Criminal y Correccional, Santiago del Estero, “Gómez, Marta Jorgelina s.d. Homicidio e.p. Julio Cesar Santos s/Recurso de Apelación”, 22/06/2007.

Cámara en lo Criminal y Correccional, Río Tercero, Córdoba, Sala Unipersonal, “Piatti, Jesica Belén Homicidio Simple”, 04/03/2010.

Cámara en lo Criminal, Esquel, Chubut, Sala Penal, “A., A. s/Homicidio Simple”, 13/09/2001.

Cámara de Ap. En lo Penal, Rosario, Santa Fe, “F, A H s/Lesiones Leves”, 25/03/1992.

Tribunal Superior de Justicia, La Pampa, Sala B, “Rojas, Julio Ricardo s/Lesiones Graves”, 14/05/1997.

Tribunal Superior de Justicia, Corrientes, “Rocha, Raúl – González, Marco – Lezcano, Agustín Ramón s/Lesiones Leves”, 19/09/1995.

Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, “Romero, Marcelo German Homicidio Simple”, 15/03/2012.

Tribunal Superior de Justicia, Santiago del Estero, “F. R. S. S. H. S. E. D. M. D. s/Casación Criminal”, 06/02/2007.

Tribunal Superior de Justicia, Formosa, “Ruiz Díaz, Anastacio s/Homicidio Simple y Tentativa de Homicidio”, 23/11/1999.

Tribunal Superior de Justicia, Formosa, “Sánchez, Eduardo s/Homicidio”, 28/06/1994.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo 21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

| | |
|--|--|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | Zunino, Emiliano Sebastián |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | DNI: 34.574.384 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | Presupuestos configurativos de la Legítima Defensa |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | emizunino@hotmail.com |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |
| Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

| | |
|---|----|
| Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1] | SI |
| Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán) | |

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Río Cuarto, Córdoba, 30/10/2014

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta
dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.